



**Direito, Universidade e Advocacia:
homenagem à obra do**

Prof. Dr. René Ariel Dotti

**PAULO CÉSAR BUSATO
GUSTAVO BRITTA SCANDELARI**
ORGANIZADORES

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.



UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br
Prefixo Editorial: 67141
GEDAI/UFPR

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ	J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Carol Proner – UniBrasil	Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
José Augusto Fontoura Costa – USP	Sérgio Staut Júnior – UFPR
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Valentina Delich – Flacso/Argentina

Editoração: IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR – Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br / <https://ioda.org.br/>

Capa, projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdígão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdígão Lana, Heloísa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D598 Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem
à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti / organização de Paulo César Busato, Gustavo Britta
Scandelari – Curitiba: Gedai, UFPR 2021.
819p.: 23cm
Vários colaboradores
ISBN: 978-65-86233-51-3 [Recurso eletrônico]
ISBN: 978-65-86233-52-0 [Impresso]

1. Direito. 2. Universidade. 3. Dotti, René Ariel, 1934-2021. I. Busato, Paulo César (org.).
II. Scandelari, Gustavo Britta (org.).

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

Creative Commons 4.0
(CC BY 4.0)



PAULO CÉSAR BUSATO
GUSTAVO BRITTA SCANDELARI
ORGANIZADORES

**Direito, Universidade e Advocacia:
homenagem à obra do**

Prof. Dr. René Ariel Dotti



2021

Em nome da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR e do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR, registramos a nossa satisfação em contribuir para a concretização desta justa homenagem à memória do nosso querido professor Doutor Titular René Ariel Dotti, materializada nesta importante obra coletiva. Agradecemos muito aos organizadores deste livro, professor Doutor Paulo César Busato e professor Doutor Gustavo Britta Scandelari, a todos os autores por suas imprescindíveis contribuições e à família do professor Dotti, nas pessoas das sras. Rogéria, Cláudia e Rosarita Dotti, que nos autorizaram e auxiliaram na realização desta homenagem. Registramos ainda o trabalho primoroso de toda a equipe da Editora Gedai. Desejamos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Titular João Gualberto Garcez Ramos

Departamento de Direito Penal e
Processual Penal da UFPR

Prof. Dr. Titular Fabrício Ricardo de Limas Tomio

Coordenador do Programa de Pós-graduação
em Direito da UFPR

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

Diretor da Faculdade de Direito do
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

APRESENTAÇÃO

O Professor René Ariel Dotti é, sem dúvida alguma, uma referência em muitas distintas instâncias. Além de professor, é reconhecido como advogado militante e consagrado, intransigente defensor das liberdades e do regime democrático em âmbitos formais e informais, autor de obras jurídicas que marcaram a história do Direito penal brasileiro, amante das artes e da literatura entre um sem número de outros aspectos. Seria verdadeiramente impossível incluir uma descrição detalhada sobre cada uma das esferas do conhecimento que o seu espírito iluminado tocou e quanta diferença isso fez na vida de cada uma das pessoas que se uniram para a composição do presente volume.

Por isso, optamos por restringir-nos ao aspecto que deu origem à composição do livro: a formalização do reconhecimento, pela Universidade Federal do Paraná, da importância inigualável da passagem de René Ariel Dotti.

É impossível que quem tenha passado pelo curso de Direito da Universidade Federal do Paraná não se tenha servido das suas contribuições para o engrandecimento desta centenária Instituição, desde os espaços do Centro Acadêmico até os lugares de fala dos professores da graduação e da pós-graduação. René Dotti ingressou na faculdade de Direito da UFPR em 1953 e, nos dois últimos anos do bacharelado, já estava profundamente envolvido com o mundo do Direito, pois escrevia artigos para jornais e desempenhou, nos últimos dois anos de graduação, o cargo de Diretor Jurídico do Centro Acadêmico Hugo Simas.

A carreira de Prof. Dotti no magistério na UFPR começou em 1962. O convite veio do Professor Ildefonso Marques, o qual havia sido nomeado, pelo Presidente da República, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Prof. Dotti assinou contrato para a disciplina de Direito Penal, que foi renovado até 1966, quando, mediante concurso, ele foi aprovado como Professor Auxiliar. Seguiram-se outros desafios de concursos públicos com provas de conhecimentos e de títulos, para alcançar os cargos de Professor Assistente, em 1970, Professor Adjunto, em

1979, e, finalmente, de Professor Titular, em 1981. A tese defendida para aprovação no concurso da Titularidade teve o título *“Bases e alternativas para o sistema de penas”*, obra que, como se sabe, tornou-se um dos clássicos da literatura jurídico-penal brasileira.

Logo após ler essa tese, no início da década de 1980, o Min. Evandro Lins e Silva colheu de uma caneta e, imediatamente, escreveu uma carta ao seu autor, o Prof. René, na qual lhe disse o seguinte: *“Você estabelece as relações entre o Direito Penal e a Criminologia e nos dá a esperança de que os novos juristas sejam influenciados por essa orientação, que é a mais correta para uma disciplina cuja aplicação se destina a fatos dramáticos da vida e a seres humanos. Mais do que isso, você oferece um estudo panorâmico de toda a problemática do Direito Penal contemporâneo, especialmente no nosso país, e propõe uma revisão do sistema de penas de um modo completo e exaustivo. (...) Quem quiser modernizar-se no conhecimento do Direito Penal, quem quiser conhecer com segurança a nossa legislação e quem quiser orientar-se no sentido do aperfeiçoamento de nosso sistema penitenciário não pode deixar de ler o seu livro excelente. Tenho-o recomendado a vários colegas e amigos e chamado a atenção de todos para a obra que você escreveu e que vai ficar como um marco na bibliografia penal brasileira.”* Tinha razão o Min. Lins e Silva, pois, mais tarde, esta obra do Prof. Dotti efetivamente viria a influenciar diretamente nas reformas da Parte Geral do CP, de 1984, e das penas, com a Lei 9.714/98.

Esses foram apenas alguns momentos de uma vasta herança humana e intelectual – mais de 50 anos de atuação como Professor, centenas de artigos, palestras e inúmeros livros publicados no Brasil e no exterior, além dos mais de 60 anos dedicados à advocacia – que não pode jamais ser esquecida.

Este é o sentido da realização desta obra. Inspirados pelo exemplo já tradicional nas universidades europeias – berço cultural tão apreciado por nosso homenageado – de composição de livros homenagem aos professores de referência nas comunidades acadêmicas respectivas, entendemos necessária a perenização de seu nome também por esta via.

É evidente que a amplitude da influência exercida por René Dotti em todo o ambiente jurídico-penal do Brasil e do mundo vai muito além do que quer que possa representar um único volume escrito.

Entretanto, é igualmente certo que nem todos os participantes da presente homenagem tiveram ocasião de render-lhe justo reconhecimento em oportunidades anteriores. Queremos, a propósito, agradecer a cada um dos autores pelo envio de suas contribuições à presente homenagem; nosso muito obrigado, ainda, à Marli Leal e à Gabriela Brusamarello pelo auxílio com a formatação dos textos.

Os textos aqui reunidos são escritos por alguns dos vários autores que foram influenciados pelas marcantes lições humanitárias e jurídicas legadas pelo Professor René e podem, assim, dar teste pessoal da sua lhanza, refinamento teórico e imensa capacidade de percepção da alma humana. Transpira dos textos a influência exercida por ele em cada um de nós.

O ato de perenização de uma homenagem em forma de livro permitirá a todas as futuras gerações de alunos e professores que não tiveram a felicidade de serem contemporâneos de René Ariel Dotti terem notícia acerca da monumental contribuição do seu trabalho para esta instituição e conhecerem ao menos alguns traços de sua obra e – por que não? – de sua personalidade.

Particularmente aos encarregados da organização deste volume, o Professor René Ariel Dotti legou particulares lições. Ensinou-nos desde a teoria da norma à normatização da prática forense; da teoria do crime até a importância da compressão da incriminação; desde a teoria das consequências jurídicas do delito à necessidade de humanidade da condenação; desde a disciplina nos estudos e na profissão à generosidade e a solidariedade no trato com colegas e com os necessitados de auxílio jurídico. Com sua pena sóbria e altiva, mas ao mesmo tempo cândida e acolhedora, o Professor René soube escrever as linhas sobre as quais traçamos até hoje – e assim será para sempre – nossas trajetórias acadêmicas na Universidade Federal do Paraná.

Em Curitiba, setembro de 2021.

Paulo César Busato

Gustavo Britta Scandelari

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
PAULO CÉSAR BUSATO GUSTAVO BRITTA SCANDELARI	

I

LIBERDADE E DEMOCRACIA

PRISÃO E LIBERDADE: UMA VISÃO CRÍTICA DA ATUALIDADE.....	19
ANTONIO RUIZ FILHO ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO	

DIREITO À RESSOCIALIZAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: DA NORMA-PRINCÍPIO À NORMA-REGRA.....	49
BRUNO CORTEZ CASTELO BRANCO LUCAS HENRIQUE LOPES DOS SANTOS	

RENÉ ARIEL DOTTI, A REFORMA PENAL DE 1984 E AS ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	73
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA	

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL.....	97
RODRIGO MORAES DE OLIVEIRA FABIO ROBERTO D'AVILA	

CRUELDADE E ILEGALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	125
JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO	

A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME E O PAPEL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA INTEGRAÇÃO NORMATIVA.....	145
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA MARIA PAULA CASSONE ROSSI	

SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA PELOS TRIBUNAIS E OS LIMITES DO <i>NON REFORMATIO IN PEJUS</i>	171
MARION BACH ISABELA MARIA STOCO	

DIREITO PENAL E DOGMÁTICA

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA AUTORIA POR DOMÍNIO ORGANIZACIONAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS.....	189
ALEXANDRE KNOPFHOLZ GUSTAVO BRITTA SCANDELARI	
DO CRIME – REVISITANDO CONCEITOS BÁSICOS.....	205
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO	
A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PELO DIREITO PENAL: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS	235
GUILHERME SIQUEIRA VIEIRA FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI	
É A TEORIA DO DELITO TRADICIONAL SUFICIENTE PARA IMPOR-SE AOS CRIMES ECONÔMICOS?	269
FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO	
CRIMES DE MINERAÇÃO NO BRASIL: REGULAÇÃO, FISCALIZAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	291
FELIPE EDUARDO HIDEO HAYASHI	
A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	307
LUIZ EDSON FACHIN LUCAS NOGUEIRA ISRAEL	
O INTITULADO SEQUESTRO DE BENS NOS CRIMES QUE RESULTAM PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	337
CLAUDIA DA ROCHA MARIANA N. MICHELOTTO MARLUS H. ARNS DE OLIVEIRA	
A COLISÃO DE DEVERES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM PERSPECTIVA	353
MATHEUS ALMEIDA CAETANO	
CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO.....	393
MIGUEL REALE JÚNIOR	

A REFORMA PENAL DE 1984 E O AUTORITARISMO PRÓPRIO DO FINALISMO	409
PAULO CÉSAR BUSATO	
A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DA CULPABILIDADE: UMA QUESTÃO CONTROVERSA	439
RAFAELA ALBAN	
QUESITAÇÃO SOBRE CULPA OU DOLO: CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO	457
RODRIGO FAUCZ PEREIRA E SILVA	
OMISSÃO DE SOCORRO: PARECER JURÍDICO.....	477
SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA LUIGI GIUSEPPE BARBIERI FERRARINI	

3

DIREITO PROCESSUAL PENAL

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO ESTADO DE SÃO PAULO: O ITINERÁRIO DA PERSISTÊNCIA.....	505
FAUZI HASSAN CHOUKR	
POR UMA TEORIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL	519
GUILHERME BRENNER LUCCHESI	
TRIBUNAL DO JÚRI E A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA: UM TRIBUTO A RENÉ ARIEL DOTTI	539
GUSTAVO BADARÓ	
CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DO USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO JÚRI	561
JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS RONALDO DE PAULA MION	
A LICITUDE DA PROVA COMO NOVO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA DA ACUSAÇÃO.....	591
JULIANO BREDÁ	

O DIREITO PROCESSUAL PENAL ANTE A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL INDIRETA DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES EMPRESARIAIS.....	627
LEONARDO AVELAR GUIMARÃES	

4

ORDENAMENTO JURÍDICO, ECONOMIA E CONHECIMENTOS HUMANOS

DIREITO E LITERATURA: VERDADE E FICÇÃO – UMA ANÁLISE COMPARATIVA.....	661
CARLYLE POPP	

LIBERDADES INDIVIDUAS E A ORDEM ECONÔMICA: O VOTO PLURAL NAS SOCIEDADES POR AÇÕES.....	675
MODESTO CARVALHOSA	

HART E OS LIMITES DO DIREITO PENAL NA REALIDADE ANGLO-AMERICANA: UM CONTRIBUTO À FILOSOFIA POLÍTICA DA PUNIÇÃO	691
RODRIGO SÁNCHEZ RIOS VÍCTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA	

5

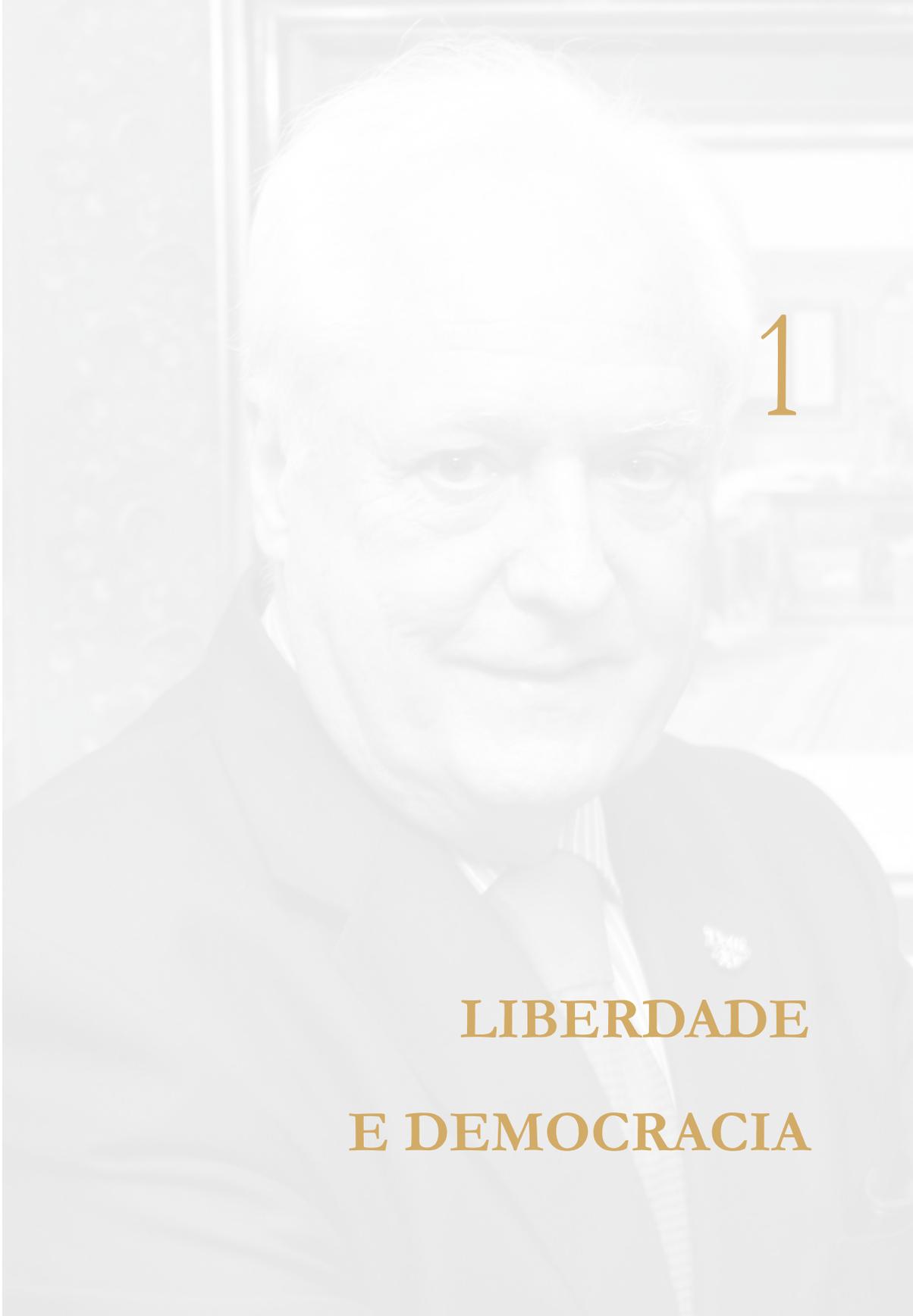
DEPOIMENTOS PESSOAIS

AS LIÇÕES DE UM JURISLITERATO.....	715
ANGELA DOS PRAZERES	

RENÉ DOTTI, O REGIME MILITAR E A DEFESA DAS MINORIAS PARLAMENTARES: O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34/71.....	735
FRANCISCO ZARDO	

RENÉ ARIEL DOTTI E O JULGAMENTO DE OTELO.....	745
JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO	

O JULGAMENTO DE OTELO: DIREITO E ARTE SOB A BATUTA DO PROFESSOR RENÉ ARIEL DOTTI.....	755
PRISCILLA PLACHA SÁ	
RENÉ DOTTI, CANDIDE E O MELHOR DOS MUNDOS POSSÍVEIS	779
RENATO CARDOSO DE ALMEIDA ANDRADE	
MESTRE RENÉ E O GUARDA-CHUVA	791
ROBERTO DELMANTO	
DUAS DÉCADAS DE APRENDIZADO, ADMIRAÇÃO E INSPIRAÇÃO: PARA O PROFESSOR RENÉ DOTTI.....	795
ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO	
UM GRANDE PROFESSOR NÃO MORRE. ELE PARTE.....	807
ROGÉRIO MAINARDES	
O INDOMÁVEL RENÉ ARIEL DOTTI.....	809
TÉCIO LINS E SILVA	

A portrait of an elderly man with white hair, wearing a dark suit, white shirt, and dark tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is slightly blurred, showing what appears to be an office or library setting with bookshelves. The entire image has a light, semi-transparent overlay.

1

**LIBERDADE
E DEMOCRACIA**



PRISÃO E LIBERDADE: UMA VISÃO CRÍTICA DA ATUALIDADE

ANTONIO RUIZ FILHO¹

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO²



RESUMO

O artigo, baseado na experiência da advocacia e no cotidiano dos fatos que envolvem a Justiça Criminal, visa a fazer uma análise crítica e opinativa sobre a real utilidade da pena de prisão, seus efeitos e dificuldades na aplicação. Ainda discorre sobre as mudanças mais recentes da legislação e que afetam a decretação e o cumprimento da prisão preventiva. Nesse contexto, avalia o uso do *habeas corpus* como instrumento de liberdade e discute a necessidade e adequação das fórmulas para conter sua abusiva utilização. Emprega-se o método dedutivo de pesquisa, com procedimento bibliográfico e jurisprudencial para a abordagem do tema.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Liberdade; Processo Penal; Justiça Criminal; *Habeas Corpus*.

¹ Advogado criminalista, graduado pela PUC/SP em 1984, é presidente da Comissão de Defesa da Democracia e Prerrogativas da Federação Nacional dos Advogados (FENAdv). Foi conselheiro, diretor e presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), por duas gestões, e conselheiro, presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas e diretor da Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). E-mail: antonio@ruizfilhoadvogados.com.br

² Advogado. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo – Procurador de Justiça aposentado. Doutor em Ciências Sociais pela UNESP. Mestre em Direito pela UNIVEM/Marília. Especialização em Processo Penal pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito no UNIVEM/Marília (Centro Universitário Eurípedes de Marília). Professor do Curso CERS/AD VERUM.

SUMÁRIO

1. Breve homenagem; **2.** Introdução; **3.** A prisão como panaceia; **4.** Prisão pela condenação antes do trânsito em julgado; **5.** Alternativas e avanços da legislação; **6.** *Habeas Corpus* como instrumento de liberdade; **7.** Considerações finais; Referências.

1 BREVE HOMENAGEM

O risco de assumir a responsabilidade de escrever em homenagem a alguém da expressão de René Ariel Dotti é ficar muito aquém do suficiente. Mas, honrados por este convite, pior seria não dar cabo dessa justa missão.

Sem a pretensão de alcançar o alto conhecimento por onde transitiu com singular desenvoltura o mestre Dotti, dedicamos este trabalho a reverenciar aquele que está entre os grandes penalistas do nosso tempo. Homem de cultura, amante da liberdade, indignado com a injustiça, nunca faltou quando foi preciso ter coragem, ao tempo em que mesclou sua intrépida conduta com educação refinada e notável generosidade. Sua voz firme, conservando o agradável sotaque sulista, nunca calou quando foi preciso reagir.

Seus inumeráveis predicados sempre estiveram a serviço da proteção dos direitos fundamentais, das grandes causas e dos desvalidos, da democracia e da justiça. Sua ausência fará muita falta, porém seu legado haverá de seguir iluminando o nosso caminho.

2 INTRODUÇÃO

No Brasil da atualidade, repetir o que é elementar tornou-se tarefa imprescindível. Nunca dispusemos de tão farta quantidade de informações – vivemos a era da informação planetária em tempo real – e, ao mesmo tempo, estivemos tão longe de saber o que corresponde ou mais se aproxima da verdade dos fatos. Como repetiu incansavelmente o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, “vivemos tempos estranhos”. E assim é, entre outros fatores, porque certezas perenes, hoje em dia, não passam de conjecturas. O que sempre

foi de tal ou qual modo já não é mais assim considerado. Ante avanços inimagináveis da ciência, como por exemplo a inteligência artificial, vige neste momento na nossa sociedade uma espécie de desorientação quanto ao que é básico.

Embora essa grave confusão que se instaurou entre nós não seja apanágio da ciência penal e do seu processo, fato é que também se infiltrou nessa seara, provocando o abalo de conceitos sedimentados e criando instabilidades que percorrem todo o sistema.

Sendo assim, partiremos de algumas constatações maçantes para os iniciados, mas que precisam ser reforçadas, sob pena de serem submersas por um mar de inconsistências que atualmente permeiam a discussão sobre esses temas.

Na pesquisa que resultou no presente artigo emprega-se o método dedutivo de pesquisa, com procedimento bibliográfico e jurisprudencial para a abordagem do tema.

3 A PRISÃO COMO PANACEIA

Desde o surgimento do Direito Penal moderno, a pena de privação da liberdade vem sendo matéria de alta indagação, tanto do ponto de vista da filosofia de uma sistemática mais avançada de combate ao crime, como de sua utilidade prática para a função a que se destina. Se de um lado busca-se a segregação do elemento nocivo ao convívio social, de modo a garantir a paz pública, de outro, desde algum tempo, está no cerne da pena de prisão o seu caráter ressocializador. A função retributiva, como espécie de vindita social, ficou sepultada pelo iluminismo de Beccaria³.

No século passado nunca cessou a discussão sobre a pena de prisão, por muitos estudiosos considerada um atraso, por outros vista com descrédito, sendo, porém, mantida como um mal necessário, na falta de outras medidas que pudessem cumprir o seu objetivo com mais humanidade. Recentemente, a legislação foi atenuada quando se trata de prisão provisória, como será objeto de comentários mais à frente.

³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A par disso, sempre se soube que o sistema prisional brasileiro, salvo alguns poucos oásis, é em geral comparável a formas medievais de apenamento, não oferecendo mínimas condições de salubridade à permanência humana, assim reconhecido oficialmente pelo então ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo e, também, pela nossa Corte Suprema, que ressaltou, pelo voto do Relator no julgamento de ADPF, “o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário”, em decorrência da precariedade de condições⁴.

Não obstante os senões que se possa agrupar como indicação de que a privação da liberdade nem regenera o apenado, nem mesmo resolve ou atenua o problema social da criminalidade, antes podendo até agravá-lo – como se dá com a formação de perigosas facções criminosas de altíssima periculosidade dirigidas a partir dos próprios presídios –, entre nós, nos últimos tempos, sacralizou-se a peremptória necessidade de prender o infrator penal e mesmo o suspeito, aquele sobre quem ainda paira a presunção de inocência, e isto tem sido assim defendido como panaceia para reprimir distorções sociais de toda ordem e que alcancem o Direito Penal, apesar de considerado na posição de *ultima ratio*.

Aliás, algo que parece ter ficado esquecido, revela que a nossa classe política, e mais propriamente o Poder Legislativo Federal, arditosamente, ou pelo menos por inominável desconhecimento, utiliza-se do Direito Penal e processual como se fora o único instrumento capaz de combater o crime, parecendo querer iludir ou ludibriar a sociedade com falsas soluções, sempre na direção de tornar as penas maiores, de prender mais, de subtrair direitos, de relativizar as garantias do devido processo legal, tudo em prejuízo da defesa e raras vezes justificando esse agravamento penal com resultados palpáveis dele decorrentes ou algo que sinalize para o possível sucesso de tais medidas.

Contrariamente, o que se vê com maior nitidez, desde a criação dos chamados crimes hediondos em 1990, é que o agravamento da legislação penal jamais provocou o efeito de conter o avanço do crime, o que, por si, evidencia o desacerto dessa estratégia. O empirismo que se aplica a vidas humanas chega a ser desconcertante. Enquanto isso, a academia

⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - ADPF 347*. Julgamento em 09.09.2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: DJe-031. 19.02.2016.

e os especialistas parecem convergir apenas entre si sobre as soluções a adotar, sem meios de influir decisivamente nas providências que se vem implementando, originadas do Parlamento e do Poder Judiciário.

O suposto arrefecimento da corrupção, como exemplo mais atual, segundo muitos defendem, dependeria de “enjaular” todos os corruptos e corruptores, mesmo os acusados de forma atabalhoada e sem muitas provas, inclusive aqueles sobre os quais ainda não haja condenação definitiva, como única forma de deter o patrimonialismo que corrói as nossas instituições públicas.

Ledo engano ou apenas produto de má-fé. A sociedade, a imprensa, muitos se unem em torno desse engodo. A prisão de alguns não fará cessar a vilania de outros. A possibilidade da pena não tem a eficácia que a ela rotineiramente se empresta como fórmula dissuasória. O agravamento das sanções e a predileção pelo encarceramento provaram-se ineficientes, tanto para o combate à criminalidade violenta, que só faz crescer, quanto para conter a chaga social que representa a corrupção. E, ao mesmo tempo, a diminuição das garantias do acusado e do condenado acaba por gerar injustiças irreparáveis.

A par de todos esses problemas que envolvem a falta de resultados para o combate da criminalidade a partir do Direito Penal e do seu processo, a sociedade, atualmente, parece deslumbrada com a possibilidade de prender mais, de prender sempre, de manter o acusado e mesmo o investigado sob custódia preventiva indefinidamente e até como meio de persuadir a que se faça delações ou a título de dissimulada punição antecipada, ao contrário do princípio que sempre regeu a nossa legislação processual de manter a liberdade enquanto não há decisão final e se o encarceramento não for motivadamente imprescindível para a proteção da eficácia do processo. A regra, no curso da persecução penal, era, sempre foi, a liberdade. Hoje, na prática da Justiça Criminal, já não é mais assim; salva-se da prisão prematura apenas quem não tenha mesmo como ficar preso, numa completa inversão de valores. A exceção passou a ser efetivada como regra.

O Brasil, em razão dessa distorcida visão, impulsionada por imamente desejo social, tornou-se um dos países que mais prende no mundo: convencionou-se dizer, a partir dessa perversa realidade reconhecida por

poucos, que por aqui se prende muito e se prende mal. E, o que se nota é que a prisão nos casos em que se poderia evitá-la, ao invés de cumprir seu desiderato, também serve, quando se trata de crimes violentos, para nutrir a criminalidade, estabelecendo um deletério círculo vicioso. E, no caso dos crimes de colarinho branco, não faz substancial diferença como meio de contenção, haja vista que os escândalos se sucedem.

Se de um lado a prisão, ainda que utilizada a granel, não é capaz de manter a criminalidade em níveis aceitáveis, há, ainda, outro problema de concepção que ocasiona males incontornáveis, qual seja, a postura da Justiça Criminal como linha de frente nessa luta contra o crime, quando se espera apenas que julgue sob rígidos critérios de independência e imparcialidade, com amparo na Lei e na Constituição.

Juízes criminais que se postam como empedernidos defensores da moralidade, últimos bastiões da decência, que decidem sob o influxo de um esquizofrênico “consequencialismo”, assim afastando-se dos valores teleológicos das normas legais e constitucionais, acabam causando deformidades no sistema, subvertendo o que dizem as regras do jogo, gerando, mais que tudo, perniciosa insegurança jurídica. Isto, como a história recente vem de demonstrar, revela-se absolutamente inconveniente sob vários aspectos.

A Justiça Criminal não se presta a combater o crime, senão para atuar na retaguarda desse enfrentamento. Antes, assim como a pena de prisão, é um mal necessário e paliativo. O aparato punitivo estatal, com a aplicação das leis penais e processuais, aparece no cenário do crime apenas depois de praticado o ato típico, para remediar situação que já não há mais, muitas vezes, como recompor – as vias do ressarcimento do dano, desde algum tempo, integram o quadro de possibilidades no rol das sanções penais, mas seu uso ainda é incipiente. Não se pode desprezar a recuperação de capitais financeiros decorrentes das famosas forças-tarefa e operações que se tornaram frequentes e festejadas, mas o custo social e econômico de tudo isso ainda está sendo contabilizado, sem contar os prejuízos que se vêm identificando pela incorreta aplicação das leis, como que os fins justificassem os meios – inclusive os ilegais.

Diante desse quadro, releva consignar que a prisão que se pode evitar, ainda que seja para o cumprimento de pena definitiva, e o encarce-

ramento prematuro, quando outras medidas poderiam causar resultado até mais satisfatório, não oferecem solução minimamente adequada aos problemas de que padece a sociedade brasileira no campo da criminalidade. Há outros meios, bem mais eficazes, de combate ao crime. Policiamento ostensivo e especializado, inteligência a serviço da investigação, ações preventivas difusas, aprimoramento dos meios de fiscalização, reforço das agências reguladoras, políticas públicas contra a injustiça e a desigualdade social, maior transparência e menos burocracia, são apenas alguns poucos exemplos de condutas que afugentam ações criminosas.

A pena privativa de liberdade ou a prisão na sua forma cautelar vão continuar a existir e têm o seu papel, mas estão longe de constituir panaceia capaz de, isoladamente, resolver todos os problemas nacionais. Os que defendem que assim seja, ou não compreendem a gênese das nossas dificuldades ou assim agem para escamotear suas verdadeiras intenções, como forma de permitir que tudo continue como está.

4 PRISÃO PELA CONDENAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

O tema virou moda entre os que veem o Direito Penal e processual como meio de combate ao crime e passaram a defender a prisão obrigatória para cumprimento de pena, a partir do julgamento da apelação e antes da solução dos recursos aos tribunais superiores, como meio indeclinável de moralizar o nosso sistema de sanções penais, considerado muito brando por expressiva parcela da sociedade e até pelos meios de comunicação.

Segundo essa crença, tida pelos que a defendem como verdade absoluta, o fato de se aguardar o julgamento de todos os recursos, considerados em número excessivo, para, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, dar início à fase de execução penal, seria responsável pela desmoralização da Justiça Criminal, provocando prescrições indesejáveis e espraiando o sentimento de impunidade e de ineficiência do aparato punitivo, isso servindo de incentivo aos infratores da lei penal. Como reforço dessa ideia, ainda se utiliza o direito comparado para afirmar que essa exigência constitucional, decorrente da presunção de inocência enquanto a condenação não é definitiva, seria mais uma jaboticaba.

Mesmo que assim fosse – supondo que a exigência do trânsito em julgado para o cumprimento da pena representasse um mal a ser extirpado –, e que outros países apliquem diferentes alternativas para o início do cumprimento da pena, isso pouco ou nada importa, uma vez que há vedação expressa na Constituição Federal a impedir que se faça tal interpretação ou que se altere essa sistemática. O constituinte de 1988 blindou a possibilidade de alteração dos direitos fundamentais, figurando entre eles a presunção de inocência, que não é demasiado repetir: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵.

Essa opção do legislador constituinte originário decorre de terríveis e impactantes violações aos direitos humanos no difícil período autoritário que, à época, se buscava superar. Exatamente para evitar, ao máximo, o desrespeito a direitos indeclináveis é que regras como a do inciso LVII do artigo 5º foram inseridas na Carta Magna e alçadas à intocável categoria de cláusulas pétreas, nos termos do que dispõe o artigo 60, § 4º, IV, da mesma Constituição Federal. E, nos dias em que vivemos, é possível aferir o acerto do constituinte pátrio.

A regra constitucional é clara e não há como tergiversar. Como alguém que ainda não seja considerado definitivamente culpado, e, portanto, sobre quem ainda paire a presunção de inocência, seria obrigado a cumprir pena? Segundo o preceito constitucional, a culpa criminal decorre do trânsito em julgado, oportunidade em que a condenação se torna definitiva; assim, quem ainda não pode ser considerado culpado, jamais deve ser conduzido ao cárcere para o cumprimento de pena, passível de ser alterada ou cancelada pelo julgamento dos recursos aos tribunais superiores, situação em que não se poderá devolver ao injustiçado o tempo de expiação já cumprido.

Apesar de todos esses impedimentos, fruto de interpretação literal da Constituição que não deixa dúvidas e, pois, dispensa outra espécie de exegese (*in claris cessat interpretatio*), no Parlamento, e até perante o Supremo Tribunal Federal, defendeu-se inclusive a inconstitucionalidade do artigo

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*- artigo. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

283 do Código de Processo Penal – cuja disposição apenas espelha o conceito emanado da Lei Maior. Ainda hoje há Projeto de Emenda Constitucional tramitando no Congresso com a finalidade de subverter a regra da presunção de inocência⁶, a despeito de ser o seu conteúdo protegido e imutável.

Ideia já defendida por Cezar Peluso, ministro aposentado do STF, seria antecipar o trânsito em julgado para o julgamento perante os tribunais regionais ou estaduais, de modo a transformar os recursos aos tribunais superiores em espécies de ações rescisórias, o que, pelo nosso entendimento e com todas as vênias e máximo respeito de que é merecedor esse valoroso magistrado, seria um meio de burlar a norma constitucional e a vontade soberana do Poder Constituinte originário, contra todos os pressupostos da sistemática processual vigente, o que não se pode admitir. Isto sim seria inconstitucional.

Mas há erro grave na raiz de tudo isso, pois parcela considerável daqueles que advogam a mudança contra o texto expresso da Constituição, por desconheçê-lo ou desprezã-lo, incorrem em equívoco, por imaginar que não se possa prender antes da condenação definitiva. Ainda que pareça uma obviedade, mas que sucumbe à ignorância de muitos que se arvoram a debater o assunto, inclusive publicamente, é, sim, perfeitamente possível prender antes da condenação definitiva, mas desde que estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva, a demonstrar que essa medida extrema de força seja providencial, necessária, inafastável, cumpridos os seus estritos ditames processuais e em superação da liberdade como regra geral.

Visto assim, o nosso sistema se apresenta orientado por lógica meridiana e visível racionalidade: antes do trânsito em julgado, prende-se preventivamente quando é absolutamente necessário; após o trânsito, se a sanção aplicada conduzir à prisão, inicia-se o cumprimento da pena.

Quando se alega a prescrição como motivo essencial para que se opere a mudança de interpretação ou nas regras, cumpre redarguir para enfatizar que a causa dessa ocorrência extintiva da punibilidade não está ancorada no momento de início do cumprimento da pena, mas naquela que consiste numa das piores mazelas da Justiça brasileira: a morosidade.

⁶ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. PEC 199/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 15 ago. 2021.

O modo de se evitar a ocorrência da prescrição não reside em subtrair direitos de quem é alcançado pela persecução penal, mas impõe a busca por meios de acelerar o andamento dos processos, o que é possível resolver ou amenizar com a implantação de melhor dinâmica na administração da Justiça, dotando-a de meios mais eficientes, e agindo para o afastamento de certos anacronismos, de que são exemplos a apelação com a interposição sem as razões para só depois serem apresentadas; o parecer do Ministério Público nos recursos provenientes de ações penais em que seja parte; a supressão de exigências que limitam o conhecimento de recursos aos tribunais superiores, ocasionando a interposição de novos recursos e impetração de seguidos *habeas corpus* etc.

Cabe observar, ainda, que a demora excessiva ocorre, sobretudo, devido à longa permanência dos autos de processos judiciais nos escaninhos da Justiça à espera de julgamento. Fosse expedita a tramitação dos processos, nos tribunais especialmente, não haveria estímulo para recursos procrastinatórios, nem perda de tempo e muito menos perigo de prescrição pela atenção aos direitos de defesa. Aliás, a excessiva demora na tramitação dos processos é frequentemente atribuída aos advogados, o que vem a ser rematada injustiça. Esses abnegados defensores do direito alheio são obrigados à estrita obediência aos prazos processuais e, ao mesmo tempo, por imperativo dever de ofício, devem esgotar os meios de que dispõem, dentro das balizas legais e deontológicas, em benefício de seus constituintes. Assim, os gargalos que consomem o tempo da Justiça têm outras origens, internas, sobretudo, cuja superação não depende de grandes mudanças legislativas, embora aperfeiçoamentos possam ser feitos.

Há projeto de novo Código de Processo Penal em tramitação perante o Congresso Nacional, o que oferece oportunidade ímpar de se elaborar um procedimento mais célere, a um só tempo eficaz e garantista, que faça jus ao Estado democrático de Direito, “destinado a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, como augura o preâmbulo da nossa Constituição cidadã.

5 ALTERNATIVAS E AVANÇOS DA LEGISLAÇÃO

A Lei nº 12.403/11, entre outras mudanças positivas, trouxe a possibilidade de impor “medidas cautelares diversas da prisão”. Isto é de grande valia quando se sabe que trinta a quarenta por cento dos presos que superlotam as nossas ruinosas prisões são provisórios, o que, de resto, aniquila o argumento de que não se prende em momento anterior ao trânsito em julgado, antes muito pelo contrário. Prende-se excessivamente como demonstram as estatísticas, mesmo quando tal medida não corresponda à necessidade de cautela social ou se destine, concretamente, à proteção do regular andamento do processo, pois, frequentemente, se confunde a gravidade do crime com a gravidade da acusação, o que leva à prisão, mediante indisfarçável antecipação da culpabilidade. Utiliza-se a necessidade de preservação da ordem pública quando não há abalo sensível; enfim, lança-se mão dos requisitos para a decretação da prisão preventiva de forma aleatória, pouco ortodoxa e indiscriminada ou vazia de significado, malbaratando os princípios de liberdade que regem – ou que deveriam reger – o nosso Processo Penal, inclusive fazendo *tabula rasa* da presunção de inocência e da essencial ponderação sobre o potencial lesivo da manutenção da liberdade no curso da persecução penal.

Neste ponto, cabe destacar que os critérios legais autorizadores da prisão preventiva, há muito tempo, vêm sendo desvirtuados, inclusive pela jurisprudência, de modo que se tornaram insuficientes, perigosamente fluidos, desprovidos de substância e dissociados do seu verdadeiro sentido. Aqui, sim, há necessidade de novos paradigmas legais, de conceitos menos abertos e de fácil apuração prática, para evitar que o juiz, ao decretar uma prisão provisória, contra os pressupostos de manutenção da liberdade da legislação processual penal, tenha pouca margem de discricionariedade. Quantas injustiças poderiam ser evitadas se os critérios legais de decretação da prisão preventiva fossem mais objetivos... Já passou da hora de rever esses critérios.

A possibilidade legal de substituir a prisão preventiva por outras limitações fora do encarceramento apareceu com o objetivo de racionalizar o recolhimento prematuro à prisão sem que fosse de inequívoca necessidade. Todavia, como se sabe, a mudança da lei nem sempre é capaz de alterar a cultura entranhada na práxis forense. E se percebe que a Justiça Criminal

brasileira, a par de alterações legais avançadas e garantistas, conserva o ímpeto de prender, mais do que procura evitar uma prisão prematura e por vezes injusta, desnecessária e, portanto, indesejável, ainda que a opinião pública seja contrariada, quando se trata de crime midiático.

Nota-se, ainda agora, que as medidas alternativas à prisão são pouco utilizadas, pelo menos não o são em número suficiente para aplacar injustiças de prisões antecipadas sem adequada motivação, de sorte a determinar sensível diminuição da população carcerária de índole provisória, sem utilidade, sobretudo, e, assim, melhor atender aos desígnios da lei processual, com inegáveis vantagens.

Nesse contexto, a Lei nº 13.964/19 vem a ser um capítulo à parte, isto porque, no campo Penal, de certa forma reproduziu parte dos excessos que estiveram na origem do famigerado Pacote Anticrime, mas, ao mesmo tempo e para surpresa generalizada, veio a implantar avanços bastante significativos relacionados ao Processo Penal.

O nosso processo, como se sabe e já tivemos oportunidade de ressaltar⁷, consagra, entre seus princípios elementares, o contraditório e a ampla defesa, a paridade de armas, a competência do juiz natural, a imparcialidade das decisões judiciais, entre outros direitos, estabelecendo um complexo de normas constitucionais e também de legislação ordinária enfeixadas no devido processo legal, cujas regras estritas visam a assegurar ao cidadão, objeto da persecução penal, a real oportunidade de escusar-se da culpa criminal que o Estado, por meio dos seus agentes – Polícia e Ministério Público, braços do Poder Executivo –, injustamente ou em excesso, pretenda imputar-lhe; jamais se pode esquecer que todas essas garantias processuais estão a serviço da inocência.

Noutras oportunidades, já afirmamos que o processo penal se destina à defesa⁸, e que todos os meios legalmente assegurados estão ordenados a

⁷ RUIZ FILHO, Antonio. A Nova Disciplina da Prisão Preventiva. *Revista Consultor Jurídico* (CONJUR), Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/disciplina-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 ago. 2021.

⁸ RUIZ FILHO, Antonio. Observações sobre o novo processo penal. *Revista do Advogado* nº 113. São Paulo: AASP, setembro de 2011: “(...) Tenho para mim ser essencial, ao ensaiar uma reforma processual penal, partir da concepção filosófico-teleológica de que a razão de existir do processo penal é o inocente, não o culpado. (...) O processo penal visto por esse prisma tem conteúdo eminentemente libertário (...)”, p. 45.

permitir a demonstração de que a increpação nele materializada é improcedente, de sorte a garantir que somente a certeza da prática de uma infração penal seja merecedora da respectiva e justa sanção. O aparato normativo, portanto, destina-se a evitar que pessoas inocentes respondam por crimes que não cometeram, sendo essa a suprema utilidade da Justiça Criminal e da sua atuação, por intermédio das regras processuais. Não fosse assim, bastaria decretar condenações sumárias, sendo suficiente apenas o Código Penal, para definir os crimes e cominar as penas⁹. Essas balizas legais e constitucionais do Processo Penal estão atreladas ao conceito de Estado democrático de Direito, e têm sua aplicação mais ou menos respeitada na medida do desenvolvimento civilizatório de cada nação.

Vejamos, então, quais são os novos contornos da legislação processual relativa à prisão preventiva.

O novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, cuja vigência está suspensa por decisão liminar do ministro Luiz Fux¹⁰, estabelece expressamente que doravante “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”¹¹.

Nesse passo, o § 2º do artigo 282 do diploma processual deixa de facultar a decretação de medidas cautelares ao juiz, que passa a depender de iniciativa da parte interessada ou de representação da autoridade policial para decretar a segregação provisória.

O modificado artigo 311 do Código de Processo Penal também reafirma o princípio do processo acusatório e a impossibilidade da prisão decretada *ex officio*, sendo literal em relação a quem pode ser autor do requerimento: “*caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente, ou por representação da autoridade policial*”.

⁹ Princípio da legalidade, também conhecido como princípio de Feuerbach.

¹⁰ A medida liminar anteriormente concedida pelo então presidente da Corte Suprema não abarcava esse dispositivo, que não está vinculado com a questão discutida sobre o juiz das garantias.

¹¹ O sistema, ante a suspensão de vigência desse dispositivo, continua sendo híbrido, pois ainda permite que o juiz participe livremente da produção das provas, ainda que esteja proibido de prender de ofício.

No caso de descumprimento de outras imposições do juiz, diversas da prisão, o § 4º do artigo 282 do Código processual, permite a prisão preventiva a pedido, mas frisando que assim se procederá apenas “*em último caso*”, de modo a reforçar ainda mais a excepcionalidade da prisão provisória.

O § 5º do artigo 282, do Código de Processo Penal, permite ao juiz que revogue a prisão de ofício ou a substitua por medidas cautelares mais brandas e, ainda, que volte a decretá-la “*se sobrevierem razões que a justifiquem*”, mas a regra geral das cautelares impõe que haja provocação da parte interessada no sentido de nova decretação; caso contrário, o juiz terá de permanecer inerte, como convém à sistemática de um processo genuinamente acusatório.

Na sequência, o § 6º do mesmo artigo 282 condiciona a prisão preventiva, que “*somente será determinada*” (sempre em caráter excepcional) quando não for possível a substituição por outra medida cautelar entre aquelas possibilidades ofertadas pelo art. 319, o que “*deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada*”. Já havia tal recomendação na redação anterior do dispositivo, mas vinha sendo sistematicamente ignorada, daí a necessidade de reforço.

O artigo 283, de seu turno, objeto de rumoroso julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, apesar de abreviada a sua redação, foi mantido na essência. Para frisar a impossibilidade de prisão para cumprimento de pena, antes da condenação definitiva, a nova redação do artigo 313, § 2º, veio assim expressa: “*Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia*”.

Inclua-se, neste ponto, a prisão decorrente de pronúncia que, embora não citada expressamente, haverá de sucumbir às mesmas exigências emanadas da regra geral, de modo que a Súmula 21 do STJ¹², que validava a prisão preventiva por prazo indeterminado após a decisão de pronúncia, tornou-se *contra legem* e, portanto, sem aplicação.

¹² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula 21 do STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução”. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

Os artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal modificado incluíram a audiência de custódia no direito positivo, pois até o advento da Lei nº 13.964/19 estava prevista apenas por meio de resolução do CNJ¹³. Cabe enfatizar que a implementação das audiências de custódia representou enorme avanço, sendo que a rápida avaliação do juiz sobre a prisão propicia a libertação imediata de pessoas que ficariam presas por meses sem necessidade ou adequação, ao mesmo tempo em que permite fiscalizar a existência do uso desmedido de força na execução das prisões, evitando-se atos de tortura ou criando-se ocasião para constatá-los e reprimi-los.

Incluiu-se no artigo 312 um novo pressuposto para a prisão preventiva. Além de “*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*”, passou a ser necessário demonstrar, também, o “*perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*”.

O conceito de *perigo pelo estado de liberdade* é vago e, por essa razão, vai gerar dificuldades para a sua correta aplicação, até que se estabilize na jurisprudência uma interpretação razoável. Como frisamos anteriormente, melhor seria que os pressupostos para permitir a prisão preventiva fossem objetivos e de fácil reconhecimento.

Criou-se o § 2º para o artigo 312 do Código de Processo Penal, cuja redação, além desse novo pressuposto de perigo para caracterizar a necessidade de prisão preventiva, veio positivar alguns critérios que apareciam na doutrina e na jurisprudência: “*a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e **existência concreta de fatos novos e contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada*”.

Assim, o expresso *perigo pelo estado de liberdade*, em combinação com a necessária *existência concreta de fatos novos e contemporâneos*, demonstram que o “perigo” a que se refere a Lei deve ser também impeditivo da realização dos fins do processo, que ficariam sob risco se o infrator estiver à solta, prestes a cometer novos crimes (por exemplo, com a comprovada execução de atos preparatórios), prejudicando a coleta das provas ou adotando conduta que sinalize para uma possível fuga. E tudo isso não pode decorrer de presunção ou mera probabilidade, mas o exigido *perigo* deve estar amparado em *fatos novos, concretamente demonstrados e contemporâneos*.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução nº. 213/2015. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021.

Fato contemporâneo é aquele que está ocorrendo por ocasião da prisão ou subsiste no tempo desde a sua decretação. Assim, se o infrator está solto por ausência da necessidade de cautela, apenas um novo fato haverá de permitir o encarceramento prematuro. Mas, ao contrário, se estiver preso, a sua manutenção no cárcere haverá de estar concretamente amparada por elementos que possam influir no tempo presente, de maneira que os fatos primitivos que geraram o decreto inicial não são válidos para a manutenção da prisão cautelar, se os seus efeitos tiverem cessado ou esvaído pelo decurso dos dias ou, ainda, pelo esgotamento dos meios ou objetivos, assim perdendo a característica de contemporaneidade ou atualidade.

O § 1º do artigo 315 repete o binômio “*atos novos ou contemporâneos*”, cuja redundância denota o desejo do legislador de tornar isso muito evidente como exigência de confirmação da legalidade da medida excepcional de prisões provisórias, de forma a evitar, definitivamente, decisões desmotivadas ou calcadas em fatos que já não a justifiquem.

Decreto prisional provisório não fundamentado, mal fundamentado ou inadequadamente fundamentado, haverá de ser considerado nulo e libertado o seu destinatário. Sempre foi assim ou deveria ter sido. A frequente falta de obediência a essas condições básicas para o decreto de prisão preventiva gerou no legislador processual a cautela de ser até redundante, para nada escapar da sua previsão. A conferir se será suficiente...

O *caput* do artigo 315 impõe que “*A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada*”. Aqui, novamente, a aparente redundância, entre os vocábulos “motivada” e “fundamentada”, quer significar que é necessário apontar elementos concretos de prova, os motivos, assim como será imprescindível amparar a decisão em dispositivos legais que permitam a medida de força excepcional mediante adequada fundamentação.

O novo § 2º do artigo 315 reproduz o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, que naquele diploma trata dos elementos essenciais à regularidade das decisões judiciais em geral. Contempla o novel dispositivo verdadeiro rol de obviedades, que seria até desnecessário, não fosse o grande número de prisões provisórias decretadas sem fundamentação adequada, idônea ou suficiente para medida de especial gravidade e extravagância, cujos prejuízos são perenes em casos de injustiça. Não é necessário ir a cada inciso, bastando dizer que a decisão prisional

que contenha algum daqueles apontados defeitos há de ser prontamente invalidada e cassados os seus efeitos.

Mediante o artigo 316 do Código de Processo Penal, permite-se a revogação da prisão preventiva, de ofício ou a pedido, quando o juiz “*verificar a falta de motivo para que subsista*”, mas, por óbvio, quando o mesmo dispositivo parece permitir que o juiz tenha a faculdade de “*novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*”, de forma alguma poderá agir sem provocação da parte interessada ou da Polícia, isto pelo que impõem os artigos 3º-A (este com vigência liminarmente suspensa), 282, § 2º e 311, do mesmo Código.

Como visto, a qualquer tempo e de ofício, o juiz pode e deve revogar a prisão que se torne desnecessária ou abusiva, mas a nova decretação, segundo concepção mais arraigadamente acusatória, sempre estará na pendência de novo pedido da parte interessada ou representação policial e sob severa análise de suficiente motivação e fundamentação.

O parágrafo único do artigo 316 do Código processual criou regra de especial interesse, com a seguinte redação: “*Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal*”.

A necessidade de revisar o despacho que deu origem à prisão preventiva, como se observa, deve ser promovida de ofício, e o descumprimento dessa obrigatória revisão gera a ilegalidade do decreto prisional, com a consequência lógica de que a prisão seja imediatamente revogada. A regra é objetiva e não comporta, ou não deveria comportar, “interpretações” dissociadas do seu texto expresso.

Lamentavelmente, julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal enterrou a eficácia do novo e utilíssimo dispositivo, para se manifestar contrário à soltura de notório traficante e líder de organização criminosa, solto por decisão do então ministro Marco Aurélio Mello, “unanimemente” vencido por julgar a prisão preventiva nula pela falta de decisão revisional de manutenção, ultrapassado o prazo de 90 dias¹⁴, fundado nos estritos termos da lei.

¹⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - STF*. HC 191.836. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 23/11/2020. Publicação: 01/03/2021 - DJ. 37 de 01/03/2021.

Constrange verificar que a nossa Corte Suprema, pelo seu órgão máximo¹⁵, decidiu desfazer-se da nova regra, que veio em socorro de inúmeras prisões provisórias por tempo indefinido, assim agindo para atender ao que considerou ser descabido para um único caso, em detrimento da pletora de situações em que o dispositivo legal recém inserido na dogmática processual penal seria de inquestionável serventia, não importando se para réus pobres ou ricos, perigosos ou não – a lei é para todos.

Assim como a decisão sobre prender para cumprimento de pena após o julgamento da apelação oscilou, com marchas e contramarchas, até se chegar à melhor definição do tema, aqui também se pode antever que virá ocorrer o mesmo, no sentido de respeitar a regra expressa e clara que impõe o reconhecimento da ilegalidade quando não houver estrita obediência ao prazo revisional por nova decisão motivada e fundamentada, além de cumpridos todos os demais requisitos para a manutenção regular da prisão preventiva.

Aliás, esse prazo de 90 dias deveria ter significado bem mais abrangente que simples renovação de sua validade, para afirmar o **novo limite temporal de duração da prisão preventiva**, pois os dispositivos a ela atinentes impuseram que essa “*revisão de necessidade*” fosse bem mais que um despacho “carimbado” ou simples fruto do indigesto “copia e cola”. Decisão assim mantida também haveria de ser considerada absolutamente ilegal, inclusive por ser afrontosa à nova sistemática implantada pela Lei nº 13.964/19.

Revisar significa passar em revista, rever, reexaminar os elementos antes considerados para o decreto primitivo da prisão preventiva.

A partir da excepcionalidade da segregação cautelar, expressa de forma abundante nos dispositivos da Lei nº 13.963/19 e que passaram a integrar o Código de Processo Penal, essas prisões finalmente devem ser

Lê-se na ementa: “[...] 4. Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória. 5. Habeas corpus indeferido.”

¹⁵ Não se desconhece que, antes disso, já havia algumas decisões monocráticas no mesmo sentido, e que foram até citadas no acórdão em que se afirmou esse entendimento, que consideramos divorciado do exposto conteúdo da norma.

reduzidas ao *minimum minimorum*, para que, de uma vez por todas, cessem os abusos, não apenas quanto à utilização dessa agressiva medida de força, de certa forma banalizada, mas, como é elementar, também contra a sua duração por prazo excessivamente dilatado.

É preciso reconhecer que se está, inexoravelmente, diante de novos paradigmas para a decretação de uma prisão antes da definitiva formação da culpa – quando a lei nova proíbe o juiz de prender como ato de ofício, e que, mesmo em atenção a requerimento ou representação, em casos de *urgência ou perigo* deverá *justificar e fundamentar* sua decisão com elementos *concretos e contemporâneos*, que atendam à excepcionalidade da medida de força (art. 282, § 3º, 312, *caput* e § 2º, do CPP); quando a prisão cautelar é expressamente relegada a ser aplicada “*em último caso*” (art. 282, § 4º); quando sua aplicação passa a ser possível apenas mediante o afastamento “*justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada*” de outras medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal (art. 282, § 6º); quando se exige que o preso seja levado à presença do juiz para audiência de custódia no prazo máximo 24 horas, oportunidade em que se verificará se é caso de manter a prisão (art. 310 do CPP); quando se impõe que o juiz avalie se o fato não está acobertado por excludentes de ilicitude (art. 310, § 1º); quando se acresce aos pressupostos da custódia cautelar o “*perigo gerado pelo estado de liberdade*”; quando há exigência de que a prisão preventiva seja *motivada e fundamentada* “*em receio de perigo e existência concreta de fatos novos e contemporâneos*” que a justifiquem (art. 312, e § 2º, do CPP); quando fica expresso que não será admitida a prisão cautelar como “*antecipação de pena*” ou como “*decorrência*” do desencadeamento das fases processuais (art. 313, § 2º, do CPP); quando, ainda uma vez mais, afirma-se que “*A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada*” (art. 315 do CPP); quando fica expressamente exigido que “*Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada*” (§ 1º), seguindo-se um “roteiro” de ilegalidades que o juiz deve evitar para que sua decisão seja considerada válida e adequadamente fundamentada (§ 2º).

A partir dessas exigências expressas na Lei nº 13.964/19 e que passaram a integrar o Código de Processo Penal, não faz o menor sentido

permitir que a prorrogação da prisão preventiva para além dos 90 dias – cuja provisoriedade aponta para a necessidade de que a sua duração seja rápida, breve, efêmera, precária –, seja derivada de simples renovação ou mera ratificação da decisão cautelar anterior. Nada mais inconveniente e abusivo.

Nesse contexto de expressa excepcionalidade, depois de afastada a possibilidade da aplicação do rol de todas as outras medidas cautelares previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá perdurar por 90 dias; ao final desse prazo deverá ser criteriosamente revisada em relação à necessidade de sua manutenção, mediante decisão devidamente motivada e fundamentada, novamente afastada a possibilidade de substituição por medidas cautelares alternativas de menor impacto, sob pena de, assim não procedendo o juiz, tornar-se a decisão ilegal por escapar às regras de estrita excepcionalidade e de perigo atual, **aqui ainda mais exigentes por se tratar de ato revisional obrigatório depois de considerável lapso temporal**. E, isto, sem olhar para a capa dos autos, para ver de quem se trata o preso, sob pena de aplicação seletiva e odiosa, que faria desaparecer o significado legal e isonômico da medida.

Veja-se que não se trata, absolutamente, de simples renovação, mediante despacho singular, de que é necessário manter a prisão porque assim deve ser, mas de nova decisão cautelar, sob critérios legais bastante severos e de aplicação cogente.

A determinação desse prazo de três meses, que não é diminuto ou insuficiente, há de ser compreendida e recepcionada em respeito à presunção de inocência, e às demais regras do devido processo legal, e em atenção a todas essas novas regras atinentes às medidas cautelares e mais propriamente em relação à prisão preventiva, para salvaguardar os direitos individuais e a necessidade de respeito à dignidade humana e seu inerente *status libertatis*.

Essas prisões provisórias que se eternizam no tempo e em tudo se assemelham a cumprimento antecipado de pena sem julgamento definitivo, agora expressamente proibidos na lei, devem ser varridas da nossa história forense, por ser algo que envergonha o sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Prisão é coisa séria. Provoca chagas profundas em quem quer que seja submetido a tal privação. Desestrutura famílias, destrói carreiras e aniquila reputações. Amesquinha o ser humano. Não pode ser aplicada com tanta facilidade, como vem sendo até agora e de longa data.

É evidente que, depois de tantos anteparos para a decretação da medida de força de especial excepcionalidade, o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal remete a 90 dias, naturalmente, o prazo máximo que deveria, a partir da vigência da nova Lei, durar uma prisão preventiva. Aliás, os mais antigos hão de se lembrar que por muito tempo a duração da prisão provisória, assim considerado pela doutrina e maciça jurisprudência, era de 81 dias¹⁶. Ao final desse período, mesmo sem a força de lei expressa, a soltura era praticamente automática e imediata, considerando-se abusiva a prisão sem culpa formada que fosse além desse tempo razoável.

Com o passar dos anos esse limite temporal foi sendo abandonado por critérios utilitaristas, de maneira que, mesmo depois da Lei nº 13.964/19, continuam a existir situações teratológicas de prisões provisórias de muitos meses e até de vários anos, inclusive antes de um primeiro julgamento de mérito, o que vem a ser absurdo. Havia urgência em acabar com essa escandalosa usurpação da liberdade alheia, muitas vezes apoiada numa falsa proteção social. Ante esse cenário, a decisão do STF, ao mitigar os efeitos do descumprimento da regra de revisão obrigatória, representou retrocesso a ser o quanto antes superado.

O prazo da prisão preventiva, se vencidos todos os anteparos que a consideram como medida de extremada excepcionalidade, afastadas outras cautelas previstas pelo artigo 319, e por despacho com requintes de motivação, deve ter duração máxima de 90 dias. Ao final desse prazo, o que era, de início, medida de excepcionalidade extrema, a ser decretada “em último caso” (art. 282, § 4º, do CPP), passa a ser de difícil sustentação, a não ser diante de circunstâncias especialíssimas, ver-

¹⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - STF*. HC 78978/PI. Rel. Min., Segunda Turma, Data do julgamento: 09/05/2000. Publicação: 13/10/2000. DJ. nº. 198, de 13/10/2000: “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O prazo para encerramento da instrução criminal conta-se separadamente. Precedentes. A demora na formação de culpa, excedendo os 81 dias, sem motivo dado pela defesa, caracteriza constrangimento ilegal. Habeas deferido.”

dadeiramente anormais, estrepitosas, que indiquem uma extrapolação permitida e ainda mais excepcional e até anômala, a ser concretamente motivada.

Se a decisão original de prisão preventiva, ante a nova sistemática, há de ser motivada e fundamentada, com o apontamento de fatos que determinem urgência, perigo e contemporaneidade (art. 282, § 3º, 312 e 315, § 1º, do CPP), e, ainda, com os rigores estabelecidos por vários dispositivos de contenção, especialmente pelo artigo 315, § 2º, I a IV, do diploma processual, o que se dirá em relação ao despacho que decide pela sua revalidação depois de três meses de duração?

É razoável entender que, nesse interregno de 90 dias, o Estado-juiz tenha movimentado a sua estrutura para encontrar elementos novos e contemporâneos que possam justificar a manutenção da medida extraordinária, se esse for o caso, novamente tendo de afastar aquelas possibilidades diversas da prisão de que trata o artigo 319, ante a sua demonstrada insuficiência.

Ainda, o descumprimento dessas novas regras legais, mediante a comprovação do exigido dolo específico, deverão ser enquadradas como crimes de abuso de autoridade previstos na Lei nº 13.869/19, sendo responsabilizado penalmente o juiz que decretar privação da liberdade em evidente desacordo com as hipóteses legais (art. 9º, *caput*) ou que dentro de prazo razoável deixe de relaxar prisão manifestamente ilegal (art. 9º, I), de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível (art. 9º, II).

Tudo isso, ao contrário das críticas que sempre virão, elevará a qualidade da nossa Justiça Criminal, que se tornará, quando necessário manter o criminoso perigoso preso, mais célere e eficiente, em prol da proteção social e do respeito aos direitos individuais, protegidos a partir da Constituição Federal.

Em vista das regras impostas pela Lei nº 13.964/19, é possível apresentar um decálogo com as novas diretrizes para a prisão preventiva:

Regra legal nº 1: os juízes estão impedidos de mandar prender sem provocação anterior da parte interessada ou representação policial que lhes outorgue essa possibilidade;

Regra legal nº 2: as decisões que decretem prisão preventiva devem conter elementos do caso concreto que justifiquem a aplicação de medida considerada excepcional e, portanto, a ser decretada apenas *em último caso*;

Regra legal nº 3: a prisão deve ser revogada de ofício ou substituída por medidas cautelares mais brandas se deixarem de existir razões que justifiquem a conduta excepcional;

Regra legal nº 4: a prisão preventiva será cabível apenas quando não for possível a aplicação de medida diversa, entre aquelas previstas pelo artigo 319 do CPP, fundada em elementos concretos e que possam ser atribuídos por circunstâncias individualmente reconhecidas, de modo a tornar evidente que nada além da prisão é suficiente para acautelar o processo ou a sociedade;

Regra legal nº 5: não existe prisão provisória possível para o cumprimento de pena, real ou disfarçado, nem pode ser decretada como decorrência natural da evolução das fases processuais;

Regra legal nº 6: todo preso será apresentado ao juiz competente, em 24 horas¹⁷, para a realização da audiência de custódia, com o objetivo de verificar a necessidade de manutenção da prisão provisória;

Regra legal nº 7: o infrator, contra quem cabe prisão preventiva, deve oferecer perigo concreto e atual, de maneira que sua liberdade importe em risco provado, para os fins do processo ou para a proteção da paz social;

Regra legal nº 8: a decisão que promova mudança do *status libertatis* deverá ser suficientemente motivada e fundamentada, sob pena de nulidade;

Regra legal nº 9: o juiz deve revogar a prisão cujos motivos se mostrem insubsistentes, mas não pode tornar a decretá-la de ofício, e nem deixar de expor os motivos concretos e

¹⁷ O prazo de 24 está suspenso por medida liminar na ADI 6298 MC/DF.

contemporâneos de validação, além de afastar a suficiência de medidas cautelares diversas da prisão;

Regra legal nº 10: a prisão preventiva tem prazo certo de 90 dias, devendo sua prorrogação, de caráter excepcionalíssimo, ser obrigatoriamente revisada após esse período e ser mantida apenas diante de circunstâncias ainda mais especiais, mediante o apontamento de motivos concretos e contemporâneos.¹⁸

6 A IMPORTÂNCIA DO *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE LIBERDADE

Todos os operadores da área penal sabem ou deveriam saber da importância do *habeas corpus* como instrumento de liberdade e forma eficiente de reparar injustiças.

Contudo, de modo recorrente discute-se a profusão de *habeas corpus* que entulham os gabinetes de Suas Excelências, criando plethora invencível de impetrações que congestionam os tribunais¹⁹.

Argumenta-se que se criou uma exótica abrangência para a utilização do *habeas corpus*, que passou a servir para combater ilegalidades de forma extensa e generalizada, abundante, abusiva dizem alguns, ultrapassando os limites próprios ao seu regular manejo quando não se trate, imediatamente, do direito de ir e vir, casos em que a liberdade esteja em perigo iminente ou já indevidamente sacrificada pela ação persecutória do Estado.

A abundância de *habeas corpus* que chegam todos os dias aos tribunais não é um defeito em si mesmo ou mal a ser combatido; não é causa, mas, efeito. Antes de se antagonizar com uma certa liberalidade para o uso do remédio heroico, cumpre reconhecer que este se presta a conter verdadeira epidemia de ilegalidades que assolam os direitos dos investigados e réus.

¹⁸ O STF mitigou os efeitos dessa regra, mas não revogou sua eficácia.

¹⁹ RUIZ FILHO, Antonio. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 39, n. 141, abr. 2019, p. 18. Edição em comemoração aos 30 anos do Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus: Problema ou solução?*

O excessivo uso do *habeas corpus*, assim visto pelos críticos que consideram o seu emprego indiscriminado, está a serviço da ampla defesa e da justiça, sendo, por essa razão, mais uma vantagem do que um mal a ser extirpado. Se assim é, como então limitar esse instrumento processual que tomou proporções como meio de afastar arbitrariedades, oferecendo à defesa ferramenta eficaz para enfrentá-las?

Há de se reconhecer que o alargamento do cabimento do *writ* – tão criticado nas hostes judiciárias e do Ministério Público – deve-se, em grande medida, à própria jurisprudência, que, corretamente, ao longo do tempo e por seguidas decisões ampliativas, foi transformando o *habeas corpus* num instrumento eficiente, menos demorado e capaz de levar questões de interesse da defesa a julgamento dos tribunais sem as barreiras impostas, intransponíveis muitas vezes, para outras modalidades de solução processual, notadamente os recursos cabíveis e, especialmente, os recursos aos tribunais superiores, de onde partem as maiores reclamações, não por acaso.

Cumprе reconhecer que, toda vez que se criam óbices à impetração de *habeas corpus*, retira-se da cidadania a possibilidade de afastar ou mitigar, mediante intervenção mais célere, a prática de considerável contingente de ilegalidades, de tal forma que condutas assim orientadas representam sempre um retrocesso em termos de preservação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o que se crê não seja intenção de ninguém.

Para sanar ou amenizar a distorção que seria a abusiva quantidade de impetrações, ao longo do tempo foram surgindo restrições ao *habeas corpus* por meio de artifícios judiciais. Isto ocorreu com a edição da Súmula 691 pelo STF, que teve por escopo impedir a impetração de *habeas corpus* contra decisões negativas de medida liminar, ou quando se passou a recusar impetrações consideradas substitutivas de recursos, criando-se a teratológica situação de não conhecer do *mandamus* por substituir-se ao recurso próprio, apesar de, muitas vezes, ante manifesta ilegalidade, decidir-se pela forma oblíqua da concessão de ofício, tudo na vã tentativa de conter a verdadeira enxurrada de impetrações.

Veja-se que, apesar de não alcançarem o efeito desejado, isto é, de criar um dique para a contenção de *writs* vistos como impertinentes, tais

restrições atingiram os *habeas corpus* em geral, inclusive limitando as impetrações voltadas a sua natureza de reagir à frustração ilegal do direito de ir e vir.

Trata-se – o grande volume de *habeas corpus* – de um falso dilema, pois não há barreira capaz de impedir o impetrante lançar mão dessa importante ferramenta para sanar injustiças (disponível, inclusive, para manejo de qualquer do povo), e nem há como impedir o juiz competente de conceder a ordem ante as circunstâncias do caso concreto em que haja constrangimento ilegal manifesto. É possível concluir, então, que os anteparos criados não resolveram o problema do excesso de demanda por julgar *habeas corpus*, a demonstrar que não é esse o meio adequado para diminuir o número de impetrações, conforme o desejo de desembargadores e ministros.

Ao se criar obstáculos, por exemplo, nos casos de não conhecimento sob a alegação de se tratar de *habeas corpus* substitutivo, não é raro verificar-se que a defesa, por imperativo da sua própria natureza, acaba por interpor o recurso exigido, sem dispensar a impetração concomitante de *habeas corpus*, de tal modo a oferecer ao seu constituinte o mais amplo cabedal de possibilidades de solução para a coação ilegal.

Ademais, não se pode esperar do advogado de defesa que seja contido ao manejar os instrumentos disponíveis. Integra o seu mister adotar todas as medidas que estiverem ao seu alcance, obviamente dentro dos parâmetros legais e éticos, para proteger os interesses e direitos do seu constituinte. A combatividade está entre as virtudes profissionais mais exigidas do advogado, de maneira que não pode descansar enquanto não esgota tudo quanto é possível fazer em prol da defesa. Diante dessa característica imanente à profissão, não há como esperar passividade ante o receio de que seu pleito seja indeferido ou mesmo repellido por impertinência.

O Procurador da República Vladimir Aras, citado pelo ministro Rogério Schietti²⁰, glosou impetrações pitorescas como, por exemplo, visando a obter inscrição na OAB sem o exame de ordem; para preventivamente impedir submissão ao bafômetro; almejando o trancamento de ação penal por tentativa de suborno em autodefesa; obtenção gratuita de cópias de inquérito; para incluir suposto corrêu na denúncia... É claro que

²⁰ CRUZ, Rogério Schietti. “Por uma lei do *Habeas Corpus*”. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: Editora JC, Edição 222, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

existem aberrações, como de resto há em quase tudo. Estas não devem mesmo ser conhecidas pelos tribunais. Mas, mesmo esses exemplos, que seguramente são mais raros, não devem justificar algum tipo de restrição ao *habeas corpus*, dada a sua importância como instrumento de defesa.

Sobre a invencível utilização dos *habeas corpus* serve a imagem de um balão de ar, que premido por um lado, na mesma medida, expande-se para o outro. Para diminuir o número de impetrações é preciso, em primeiro lugar, combater as ilegalidades na origem, apontando às instâncias inferiores quais são os meios considerados legais de atuação para a Justiça Criminal, a começar de precedentes jurisprudenciais seguros. Também poderia existir melhor interação entre tribunais, que se tem mostrado insuficiente. Não raramente, por exemplo, decisões dos tribunais estaduais e regionais desatendem à jurisprudência dominante nas cortes superiores. Essa conduta deforma o sistema, no mais das vezes, em prejuízo da defesa, o que obriga à impetração de *habeas corpus*, além do perverso efeito de ocasionar insegurança jurídica.

Considerando a importância que o *habeas corpus* atingiu para a defesa do cidadão e que seu amplo espectro de utilização está a serviço de combater constrangimentos ilegais praticados pelo aparelho estatal repressor da criminalidade, como enfrentar, então, a verdadeira avalanche de impetrações que os tribunais não conseguem vencer?

A resposta parece conduzir a dois caminhos: a adoção de providências para refrear ilegalidades, ao mesmo tempo oferecendo outras formas eficientes de reação processual à defesa. De um lado, coibir as frequentes coações ilegais; de outro, dar maior eficácia aos recursos.

Em artigo acima mencionado, o ministro Schietti fez importante alerta:

(...) Temos de reconhecer que também nos cabe uma parcela de responsabilidade por essa crise, pois ainda carecemos do aprimoramento concreto de algumas decisões penais – quanto ao dever de motivação do ato decisório – e de uma maior aceitação prática dos vínculos que devem ser observados em relação aos precedentes qualificados, formados pelas cortes de vértice, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Neste particular, se aceitarmos que a divisão de competência desses dois tribunais lhes atribui a interpretação última da Constituição e das leis federais, teremos,

afinal, um sistema (na acepção própria da palavra) em regular funcionamento, com o aumento da segurança jurídica e estabilidade da função jurisdicional e, conseqüentemente, diminuição da litigiosidade produzida em *habeas corpus*, tributável, amiúde, à falta de uniformidade das soluções dadas pelos mais de 18 mil magistrados do país às questões jurídicas já sedimentadas na jurisprudência dos tribunais superiores (...) ²¹.

Há um percentual considerável de ordens de *habeas corpus* concedidas por tribunais em geral, e, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, a indicar que, antes de alcançar as instâncias superiores, não se extirpou a ilegalidade reclamada, evitando-se o indevido prolongamento da coação ilegal.

Ilustre ministro da Corte Superior, em seminário que ocorre anualmente na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), reclamou ter de apreciar *habeas corpus* sobre o simples furto de um guarda-chuva. Mas o inusitado dessa história não é apenas um asoberbado ministro ter de dedicar seu precioso tempo a apreciar tão irrisória ocorrência. O incrível desse episódio é o furto de um simples guarda-chuva não ter sido resolvido antes de chegar à instância extraordinária. É disso que se trata, de reconhecer que os juízes do primeiro grau e, depois, os tribunais estaduais e regionais, estão deixando escapar a possibilidade de solucionar causas que poderiam receber tratamento satisfativo, evitando a necessidade de recorrer aos tribunais superiores impetrando *habeas corpus*.

É possível conter o volume de impetrações ampliando os movimentos para que as ilegalidades não avancem. Por outro lado, a enxurrada de *habeas corpus* impetrada perante os tribunais superiores guarda relação com o enorme volume de Recursos Especiais e Extraordinários não recepcionados. A consequência é a interposição de novos recursos e mais *habeas corpus*.

Buscar maior uniformidade das decisões, reduzindo as oscilações da jurisprudência e, conseqüentemente aumentando a previsibilidade judicial e a segurança jurídica, são medidas que podem contribuir para a

²¹ CRUZ, Rogério Schiatti. “Por uma lei do *Habeas Corpus*”. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: Editora JC, Edição 222, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corporus/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

diminuição do número de *habeas corpus*, sem olvidar que os precedentes e as decisões sumuladas também têm de vir em socorro da defesa, e não apenas da acusação.

Reprimir a demanda judiciária por meio de empecilhos à impetração de *habeas corpus*, bem ao gosto da assim chamada jurisprudência defensiva, não atinge o efeito desejado, ao mesmo tempo em que afasta da cidadania esse inegável instrumento realizador de Justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas linhas agrupam algumas ideias inéditas e outras expostas em artigos antes publicados cujas abordagens são aqui repisadas, sem a pretensão de ombrear com os tantos ensinamentos profundos que o Professor René Ariel Dotti transmitiu ao longo de profícua carreira acadêmica e atuação como advogado entre os mais conceituados e respeitados do País. Todavia, como revelado de início, não quisemos faltar às reverências que aqui também se prestam a essa figura luminar que deixou marcas indelévels na cultura jurídica nacional.

Assim, buscamos compartilhar certa experiência haurida da militância na advocacia criminal, mas também da observação destes *tempos estranhos*, em que há defesa desproporcional da prisão como se fora um benefício em si, chegando-se à persistente manifestação social pela antecipação do cumprimento da pena para antes de afastar, definitivamente, a possibilidade da inocência, ainda que tal medida não guarde pertinência constitucional, por estar protegida como cláusula pétrea.

Mas nem tudo são trevas. Cabe ressaltar que, no campo processual penal, tem havido significativos avanços legais, apesar da recalci-trância quanto à sua aplicação. Há em vigor, se bem respeitada, uma legislação processual qualificada a restringir excessos na aplicação da prisão preventiva.

Por último, pretendemos evidenciar a importância de sublimar o *habeas corpus* como fundamental instrumento de liberdade e de consecução da Justiça, não havendo meio de restringi-lo, se continuarem a pulular ilegalidades decorrentes do mal funcionamento do aparato repressivo do Estado e da nossa Justiça Criminal.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2017.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. PEC 199/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça – CNJ*. Resolução nº. 213/2015. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula 21 do STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. ADPF 347. Julgamento em 09.09.2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: DJe-031. 19.02.2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - STF*. HC 191.836. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 23/11/2020. Publicação: 01/03/2021 - DJ. 37 de 01/03/2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - STF*. HC 78.978/PI. Rel. Min., Segunda Turma, Data do julgamento: 09/05/2000. Publicação: 13/10/2000. DJ. nº. 198, de 13/10/2000.

CRUZ, Rogerio Schietti. “Por uma lei do *Habeas Corpus*”. *Revista Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: Editora JC, Edição 222, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

RUIZ FILHO, Antonio. A Nova Disciplina da Prisão Preventiva. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/disciplina-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 ago. 2021.

RUIZ FILHO, Antonio. Observações sobre o novo processo penal. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 113, setembro de 2011.

RUIZ FILHO, Antonio. *Habeas Corpus: Problema ou solução?* *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 141, abril de 2019.



DIREITO À RESSOCIALIZAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: DA NORMA-PRINCÍPIO À NORMA-REGRA

BRUNO CORTEZ CASTELO BRANCO¹

LUCAS HENRIQUE LOPES DOS SANTOS²



RESUMO

O presente artigo objetiva discutir a Lei de Execução Penal (LEP) como norma-regra intermediadora do princípio da ressocialização, problematizando o direito do apenado de ter seus dados apagados, ou, melhor dizendo, de ter os seus crimes esquecidos, de forma que sua honra e imagem não sejam mais maculadas em razão de fatos passados, abstraindo assim o seu caráter infamante – já denunciado por René Dotti quando da Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Para tanto, apresenta-se uma breve histórico do período que antecedeu a LEP e suas inovações; propõe-se uma reformulação do conceito de ressocialização em consonância com um estado democrático plural; faz-se um panorama da correlação entre normas e princípios na teoria do direito; expõe-se o papel da LEP como norma-regra intermediadora da norma-princípio da ressocialização; e, por fim, discorre-se sobre o direito à proteção de dados dos egressos na sociedade da informação como importante condição para sua reintegração social e existência digna.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal; Princípio da ressocialização; Direito ao esquecimento; Direito ao apagamento de dados.

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela UFPR (Universidade Federal do Paraná). Advogado e Professor Universitário. E-mail: brcortez@gmail.com

² Mestrando em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR (Maringá/PR). Graduado em Direito pela UEL (Universidade Estadual de Londrina). Advogado. E-mail: henrique-lobesadv@hotmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Uma reformulação do conceito de “ressocialização”; **3.** A LEP como norma-regra intermediadora do princípio da ressocialização; **4.** A norma-regra de proteção de dados como concretização do princípio ressocialização; **5.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A primeira Constituição brasileira, de 1824, já reluzia o princípio da humanidade ao estipular que as cadeias haveriam de ser “seguras, limpas e bem arejadas”, separando-se os réus conforme suas circunstâncias e natureza dos crimes (art. 179, inc. XXI), mas foi a Lei de Execução Penal (LEP), 170 anos depois, que traçou as regras estruturais para sua operacionalização, antes mesmo da Constituição Cidadão de 1988 – e com a expressiva contribuição do homenageado, Professor René Ariel Dotti³.

O artigo 1º da LEP, ao dispor que a execução penal deve “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”⁴ possui grau de abstração próprio de um princípio, sem possibilidade de realização direta, que aqui desenvolveremos como “princípio da ressocialização” – e que conceituaremos mais adiante. Os artigos 38 a 43, por sua vez, veiculam normas-regras, ao disciplinar os direitos e deveres dos apenados, os quais por sua vez devem ser interpretados com amparo na norma-princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e no princípio da solidariedade (artigo 3º, III, da Constituição Federal), do qual também se pode extrair o “princípio da ressocialização”.

Outra destacada contribuição da LEP nesse cenário de progressiva otimização dos direitos fundamentais foi, sem dúvidas, a jurisdicionalização da execução penal, preenchendo o vazio normativo deixado pela Lei

³ A comissão redatora do anteprojeto da LEP foi formada por Francisco de Assis Toledo, como coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, e, a comissão de revisão, por Francisco de Assis Toledo (coordenador), René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci.

⁴ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

6.416/1977, a qual delegou à legislação estadual ou a provimentos dos tribunais a regulamentação dos regimes de cumprimento da pena – que, “salvo raríssimas exceções, as unidades federativas e o Judiciário simplesmente ignoraram”⁵. Com a LEP, o princípio da legalidade, baluarte do Iluminismo penal⁶, também se concretizou no âmbito da execução penal.

O *labeling approach*⁷, por seu turno, evidenciou como a reação social ao delito se procede mediante a atribuição de rótulos mediante estereótipos. Visando impedir a eterna estigmatização do egresso, muito se tem debatido no meio jurídico sobre o direito de que os dados referentes a crimes cometidos no passado sejam apagados, já que estas pretéritas informações, se já não são relevantes para fins de prevenção, podem traduzir uma pena infamante perpétua – recorrentes na redação original da parte geral do CP de 1940, sob o título de “penas acessórias”, mas em boa parte superadas pela reforma de 1984⁸.

Isto posto, o presente artigo objetiva discutir a LEP como norma-regra intermediadora da norma-princípio da ressocialização – ao qual se oferecerá um novo conceito após sucinto panorama dogmático e criminológico –, sustentando-se ao fim o direito de o egresso do sistema prisional ter seus dados apagados, ou, melhor dizendo, de ter os seus crimes esquecidos, de forma que sua honra e imagem não sejam mais maculadas em razão de fatos passados.

⁵ BEZERRA, Elton. *LEP é letra morta, diz Dotti ao recusar ida à audiência*. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-26/lep-letra-morta-ariel-dotti-recusar-convite-audiencia>. Acesso em: 28 ago 2021.

⁶ “O código bávaro (o bayerischenStGB), elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, se opunha à concepção instituída na *Constitutio Criminalis Carolina* e, em virtude disso, representou um dos Códigos mais característicos do direito penal alemão, na medida em que, inclusive, já previa, em seu início, o princípio da legalidade, de acordo com a fórmula apresentada pelo jurista (*nulla poena sine lege*)”. Cf. GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 565-582, jul. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QfyWFhvkSczLQDT5xSknH-Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁷ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? o crime e o criminoso*: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁸ DOTTI, p. 60.

O tema se mostra relevante, haja vista a necessidade de se demonstrar que quando há colisão entre princípios – no caso em análise, o conflito entre o direito à informação e o direito à ressocialização –, deve prevalecer aquele que se mostrar mais consentâneo com a norma-princípio da humanidade, entrelaçados por uma relação de circularidade interpretativa.

2 UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE “RESSOCIALIZAÇÃO”

Roxin⁹ concebe que a execução da pena somente se justifica se prosseguir a meta da reintegração do delinquente na comunidade “na medida do possível”, de modo que se estabeleceria uma relação de redundância entre uma e outra. Nesse contexto é que foram elaborados o projeto alternativo do Código Penal Alemão de 1966, bem como a reforma de 1975, o que resultou na adoção preferencial de penas restritivas de direitos em substituição às privativas de liberdade de curta duração, de modo a minorar os efeitos criminógenos advindos da prisionização.¹⁰

Para Dotti¹¹, o processo de ressocialização há de ser transferido do Estado (prisão) para a comunidade, limitando as consequências da marginalização do sistema carcerário. A criação, pela LEP, de “Conselhos da Comunidade” em cada comarca, veio justamente ao encontro desse processo de abertura, incumbindo-lhe, dentre outras tarefas, diligenciar para obtenção de recursos humanos e materiais para melhor assistência do preso.

Dotti¹² registra ainda que o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro previu o inovador instituto da multa-reparatória, destinada à vítima como forma de compensação pelo prejuízo sofrido e calculada a partir do sistema dia-multa – embora a revisão do Anteprojeto tenha excluído a previsão, a redação final aprovada em 1984 o positivou. A própria pena de multa foi remodelada: antes prefixada em valores

⁹ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 40.

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 683.

¹¹ DOTTI, René. Problemas atuais de execução penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 0, n. 20, p. 21-44, 31 dez. 1981, p. 56. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8859/6170>. Acesso em: 27 ago. 2021.

¹² *Ibidem*, p. 59.

nominais que acabavam por ser corroídos pela inflação, prejudicando a efetividade da resposta penal, e depositadas na conta-geral do Estado, passou-se a disciplinar índices de correção monetária e uma nova destinação: o Fundo Penitenciário. Uma outra norma-regra, dessa vez uma norma-decisão, foi indispensável para o descontingenciamento do Fundo – que nunca cumpriu a contento a sua finalidade de promover melhorias no sistema carcerário: a ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” por que passa o sistema penitenciário.

Juarez Cirino, a propósito, desvela que, para além das funções oficiais ou declaradas da pena, como a ressocialização, há funções reais ou não declaradas (latentes): o controle social da massa de marginalizados e indesejáveis, aos quais se impõem condições existenciais adversas e para os quais a prisão serve ao único propósito de replicar e conservar tais condições, apartando-os de forma duradoura¹³. Na contemporaneidade, a prisão tem por destino preferencial os “consumidores falhos” de que fala Bauman¹⁴, pessoas economicamente descartáveis, tal qual eletrodomésticos defeituosos cujo reparo é excessivamente dispendioso.

No âmbito da sociologia criminal, Cohen, ao estudar as subculturas criminais, já havia chegado à conclusão de que nestas há a construção e reforço de um código de comportamento que existe por oposição aos valores dominantes, especialmente os da classe média¹⁵. Matza e Sykes, por sua vez, inverteram a premissa: a maioria dos desviantes compartilha os valores ordinariamente aceitos pela sociedade de modo geral, mas desenvolvem certas técnicas discursivas de neutralização para racionalizar e justificar suas condutas¹⁶. Nos valendo de Sutherland¹⁷, poderíamos mencionar, ainda, os criminosos de colarinho-branco, que ocupam posições sociais de relevo e são imitados pelas classes subalternas (que sequer os veem como desviantes) – como, pois, falar em ressocialização para esses

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. ICPC: Curitiba, 2014. p.429.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

¹⁵ COHEN, Albert. *Delinquent Boys*. Glencoe: The Free Press, 1955.

¹⁶ SYKES, Gresham M.; MATZA, David; FRANÇA, Leandro Ayres; QUEVEDO, Jéssica Veleda. *Técnicas de neutralização*: uma teoria da delinquência. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018. p. 19.

¹⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*: the uncut version. Yale: Yale University Press, 1983.

indivíduos, ou para aqueles que praticam crimes culposos ou em circunstâncias excepcionais?

Paulo Busato¹⁸ suscita reflexão exatamente sobre quais valores e qual sociedade devem orientar a pretensão de ressocialização, uma vez que nem sempre haverá convergência entre eles, concluindo que a instrumentalização do homem aos fins perseguidos pelo Estado implica em sua coisificação e rejeição de pensamentos divergentes – característico de regimes totalitários –, violando, pois, o respeito que a dignidade de cada indivíduo merece¹⁹. Seria, em outros termos, o “Homem-máquina” de La Mettrie de que nos dá notícia Foucault: um corpo dócil que pode ser submetido, utilizado, transformado e aperfeiçoado, objeto de uma “coerção sem folga”²⁰.

Assim, se o ideal ressocializador albergado pela LEP, além de não se verificar empiricamente, é minado por severas críticas de viés filosófico e criminológico, seria então um conceito igualmente descartável? Ou uma *reciclagem conceitual* é possível? Pensamos que sim: a reintegração social não pode ser confundida ou circunscrita a uma concepção positivista *correcionalista* de subjugação de um indivíduo aos valores da maioria, de todo incompatível com uma sociedade democrática, como alerta Ferrajoli²¹.

É preciso, pois, ir um pouco além, conciliando-a com a missão do próprio Direito Penal: se partimos do pressuposto de que é a proteção seletiva de bens jurídicos, então a única forma de salvar a legitimidade da prevenção especial positiva é compreendê-la como um “mandado de conformidade”, de cumprimento e respeito aos interesses fundamentais para o desenvolvimento individual numa sociedade²². Mas esse “mandado de conformidade”, como tipo ideal, deve ser lido como via de mão

¹⁸ BUSATO, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Grupo Gen, 2020. v. 1. p. 586. (ebook)

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001. p. 164.

²¹ “Qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta para fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006. p.254.

²² BUSATO, Paulo. 2020. *Op. cit.*, p. 292. (ebook).

dupla, pois exige de modo equivalente que o Estado-sancionador atue, ele próprio, em “estado de conformidade”, garantindo as “condições para a harmônica integração social” do apenado. Mas esta norma-princípio reclama concretização por intermédio de regras – e o que faremos nos tópicos a seguir.

3 A LEP COMO NORMA-REGRA INTERMEDIADORA DO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO

Se, em Ronald Dworkin, o Juiz Hércules é aquele que só lança mão de princípios quando se depara com “casos difíceis”²³, para Marcelo Neves se dá precisamente o contrário: os princípios devem ser “levados a sério” não apenas em “casos difíceis”, mas em qualquer caso submetido a julgamento, pois há uma relação de circularidade entre normas-regra e normas-princípios²⁴.

Neves estabelece um interessante paralelo entre o papel do Juiz Hércules de Dworkin e a figura mitológica da Hidra: assim como esta possuía múltiplas cabeças, os princípios também refletiriam uma abertura de múltiplas possibilidades na cadeia argumentativa. As regras, por outro lado, é que agiriam como Hércules, reduzindo a margem de discricionariedade, num progressivo processo de fechamento argumentativo.

Melhor desenvolvendo este ponto, Neves²⁵ assinala que toda regra, antes de sua concretização, é mero programa argumentativo, e por isso se apresenta aberta e incompleta. Já os princípios atuam no plano reflexivo, como balizamento para aplicação de regras, mas ao mesmo tempo só se realizam por meio de regras, dado que o nível reflexivo depende sempre do nível refletido e vice-versa.

Destarte, nenhum princípio é passível de concretização imediata em si mesmo: quando a Constituição fala em “dignidade da pessoa humana” – o que, por óbvio, inclui pessoas privadas de liberdade –, é preciso enunciar argumentativamente uma regra que lhe dê concretude.

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131.

²⁴ NEVES, Marcelo. 2019. *Op. cit.*, p. 275.

²⁵ *Ibidem*.

Por exemplo: “é proibido o confinamento em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias” ou “é vedado o uso de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalam diversos ‘andaes’ de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação prevista”²⁶.

Com tal abordagem, Neves²⁷ distingue o plano da ação, em que o enunciado linguístico é impreciso, e o plano do discurso, que envolve a concretização do programa normativo mediante regras. E justifica: se as regras fossem interpretadas sem a base dos princípios, notadamente em casos complexos, seu campo de visão seria bastante limitado e não conseguiria dar conta de todas as nuances do problema. Dá-se, pois, uma rotunda colisão com o modelo de regras e princípios de Dworkin, para quem aqueles incidiriam por mera subsunção (“tudo ou nada”) enquanto estes demandariam ponderação, incumbindo ao Juiz Hércules identificar e aplicar, nos “casos difíceis”, os princípios subjacentes às regras²⁸.

Cabe destacar que a tese central do modelo normativo de Neves é o caráter híbrido entre regras e princípios, tendo em conta a dificuldade de sua classificação *prima facie*: o que os distingue não é o maior ou menor grau de abstração, ou a possibilidade ou impossibilidade de “otimização”, mas a capacidade de atuar como razão definitiva para o caso concreto. Regras e princípios são tipos ideais, na linguagem de Weber²⁹, pelo que não correspondem a realidade fenomenológicas em sua pureza conceitual.

Assim, a anterioridade penal, inscrita no art. 5º, inciso XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), e a intranscendência da pena, no art. 5º, inciso XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), ambos da Constituição Federal, conquanto comumente enquadrados como “princípios”, não possuem elevado grau de abstração, mas constituem razão direta de incidência. São, portanto, regras, e não princípios. Mas a sua aplicação demanda, inexoravelmente, um retorno ao nível reflexivo (principiológico), espe-

²⁶ Cf. STF, RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015.

²⁷ NEVES, Marcelo. *Marcelo Neves entre Hidra e Hércules*. 13.04.2013. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>. Acesso em: 27 ago 2021.

²⁸ DWORIKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, p. 164-165.

²⁹ WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 105.

cialmente em situações envolvendo normas heterotópicas, de tipologia processual, mas com reflexos materiais no âmbito da liberdade individual – a exemplo do artigo 366 do CPP, que ao mesmo tempo determina a suspensão do processo e da prescrição.

Avançando, Neves sustenta que os princípios, assim como na teoria de Alexy, podem ser aplicados sem que, necessariamente, recorra-se ao sopesamento, isto é, sem a concorrência com outros princípios – e nisso divergem de Dworkin. Por outro lado, Alexy afirma que os princípios sempre atuam como grandezas com diferentes gradientes de realização (“mandamentos de otimização”), e que as regras se caracterizam por serem “satisfeitas ou não satisfeitas”³⁰ –, ao passo que, segundo Neves, tanto princípios quanto regras são sopesáveis³¹, pois a diferença entre ambos é quantitativa, e não qualitativa. Ou seja: tanto regras quanto princípios, dada a circularidade dialética que os permeia, podem se “otimizar” reciprocamente e, inclusive, se “auto-otimizar” – não se restringindo, portanto, a um “sopesamento comparativo”, como defende Alexy.

Dado este panorama, não é inoportuno realçar que, quando a Constituição Federal e a LEP afiançam que a dignidade do preso deve ser respeitada, basta conhecer a realidade prisional brasileira para notar sua forte carga simbólica. Há, contudo, um aspecto positivo: esse princípio, assim como um traje que fica pendurado no armário à espera de que as medidas do corpo a ele estejam ajustadas para o seu uso, deve servir de baliza para uma avaliação crítica das práticas governamentais, de modo que as contingências possam vir a ser transformadas e a promessa seja concretizada. A otimização ou realização no maior grau possível da ressocialização, portanto, há de operar do princípio à regra e da regra ao princípio, do abstrato ao concreto e do concreto ao abstrato.

No próximo tópico abordaremos, a título ilustrativo, uma norma-regra de concretização da norma-princípio da ressocialização no contexto da sociedade de informação (bastante diverso daquele em que se editou a LEP, é verdade, mas que continua a opor obstáculos à efetivação de seus postulados): o “apagamento de dados” do apenado após o cumprimento da pena como forma de otimização do seu direito à reintegração social.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³¹ NEVES, Marcelo, 2019, *Op. cit.*, p. 289.

4 A NORMA-REGRA DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO RESSOCIALIZAÇÃO

A origem do direito ao esquecimento está assentada no campo das condenações criminais, colocada como uma parcela importante do direito do egresso à ressocialização. Não é atribuído a ninguém o direito ao apagamento de fatos ou mesmo de reescrever a própria história, mas é possível discutir o uso que será dado aos fatos passado, mais especificamente, a forma como são lembrados³².

Há diversos argumentos que impulsionam a ideia de um direito ao esquecimento. Estes argumentos tratam das mudanças levadas a cabo pela evolução da tecnologia e seu impacto nas relações sociais para problematizar, entre outras coisas, os efeitos de um ambiente tecnológico que teria tornado o esquecimento uma exceção, e a memória, a regra. Tais ideias misturam-se a outras que apontam para a dificuldade dos indivíduos de abandonarem certos aspectos de seu passado para retomar uma vida normal, especialmente diante da redistribuição de certas informações ou do acesso permanente e facilitado a informações antigas que tratam de fatos ou eventos passados. O exemplo clássico, nestes casos, é a busca de interdição da circulação de informações pelo ex-detento que, depois de cumprida a pena e já em liberdade, busca a ressocialização e quer se desvencilhar da pecha de criminoso.

O debate sobre um direito ao esquecimento foi impulsionado pela decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no paradigmático caso envolvendo o Google Espanha e pelas discussões sobre a atualização das normas de proteção de dados pessoais na União Europeia.

A ideia de um direito ao esquecimento, entretanto, é anterior a estes eventos, e foi discutida em diversos precedentes internacionais, a exemplo do caso Lebach (BVerfGE 35, 202 - Caso Lebach I - Soldatenmord von Lebach, j.5/6/1973), na Alemanha, em que foi reconhecido que o direito à ressocialização do condenado que já cumpriu sua pena se sobrepõe ao interesse público de receber notícias sobre crimes ocorridos no passado.

³² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 20 agosto 2021.

4.1 O CASO LEBACH

Segundo Cláudia Kodde³³, um dos pilares da jurisprudência constitucional sobre um direito ao esquecimento é a decisão de 1973 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, proferida no chamado caso Lebach, que leva o nome da pequena cidade daquele país onde quatro soldados foram assassinados, no ano de 1969, enquanto vigiavam um depósito de munições das forças armadas. Três criminosos foram julgados e condenados pelo crime, atraindo considerável atração do público.

Anos depois e meses antes da libertação de um dos condenados, um canal de televisão alemão (ZDF) planejou produzir um documentário chamado “The soldiersmurderatLebach”, relembrando detalhes do crime. O documentário planejava exibir a fotografia do detento, identificando-o pelo nome, bem como fazer referência às suas “tendências homossexuais”. Insatisfeito, o indivíduo ajuizou ação buscando impedir a emissora de televisão de veicular o documentário³⁴.

O Tribunal Regional de Mainz rejeitou a demanda citando o direito à liberdade de imprensa previsto no art. 5º da Constituição (ou Lei Fundamental) alemã, levando o autor a ajuizar uma reclamação constitucional na qual alegou que o filme dificultaria sua ressocialização e violaria o seu direito de livre desenvolvimento da personalidade, protegido no art. 2º da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que o canal de televisão estaria em geral protegido pela liberdade de imprensa. Por outro lado, apontou que este direito deveria ser balanceado em relação aos direitos do autor da ação. A decisão afirmou que, no caso da reportagem de eventos recentes, as necessidades de informação do público sobrepõem-se aos direitos da personalidade do indivíduo. Entretanto, como o exercício dos direitos constitucionais deveria estar de acordo com o princípio

³³ KODDE, Claudia. Germany’s ‘Right to Be Forgotten’ – between the Freedom of Expression and the Right to Informational Self-Determination. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 30, n. 1-2, p. 17-31, 2016.

³⁴ SWCHAB, Jurgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488.

da proporcionalidade, isso poderia mudar com o tempo³⁵. Dito de outra forma, uma reportagem veiculando informações sobre fatos ocorridos há um longo tempo poderia ser considerada ilícita na medida em que colocasse em risco a pessoa retratada, especialmente ao limitar a capacidade de reabilitação de um criminoso que já cumpriu sua pena.

A decisão enfatizou que a reabilitação é um dos objetivos da pena e que, tanto o indivíduo apenado quanto a sociedade, devem estar preparados para receber o indivíduo na comunidade. Como bem apontado por Moncau³⁶, a decisão do Tribunal alemão foi fundamentada em concepções de privacidade que antecederiam a ideia de autodeterminação informacional, que viria a ser reconhecida por aquele mesmo Tribunal naquele mesmo ano. Realçando a necessidade de proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que a invasão da esfera pessoal do indivíduo deveria ser limitada à necessidade de satisfazer adequadamente o interesse do público em receber a informação, enquanto o dano causado ao indivíduo deveria ser proporcional à gravidade da ofensa ou à importância do fato para o público. Diante disso, o Tribunal concluiu que nem sempre deve ser permitido divulgar o nome, a imagem ou usar outros meios de identificar o autor do crime ao reportar fatos antigos.

Mas o Tribunal apontou que não é possível determinar de maneira geral e precisa quando uma reportagem de eventos antigos perde a sua “*contemporary vitality*”³⁷. Dessa forma, não é possível, na visão do Tribunal, dizer quando deixaria de ser permitido que eventos se tornassem objeto de uma discussão pública. O que deve ser observado, segundo a decisão, é o interesse do indivíduo e o da sociedade na ressocialização.

O exame de referida decisão deixa claro que, efetuada a operação de ponderação entre os direitos envolvidos, prevaleceu a validação da proteção ao direito da personalidade invocado pelo postulante em detrimento do direito de informação, sob o argumento de que a imprensa não há de se ocupar da pessoa de um condenado por tempo ilimitado, o que aqui,

³⁵ SWCHAB, Jurgen, *Op. cit.*, p. 488-489.

³⁶ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (e-book).

³⁷ A expressão de difícil tradução pode ser traduzida com limitações como “vitalidade contemporânea”.

in casu, interferia em seu processo de ressocialização. E, com esse fundamento, ainda que não tenha se operado menção expressa, reconheceu-se, de forma inequívocas, o Direito ao Esquecimento do condenado³⁸.

O caso Lebach foi revisitado na década de 1990 (caso Lebach-2 - BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999). Nessa ocasião, entretanto, o Tribunal Constitucional Alemão chegou a resultado diverso. No caso Lebach-2, outra emissora de televisão (SAT) produziu uma série de nove episódios chamada “Crimes que fizeram história”. O episódio piloto da série referia-se ao caso Lebach. Na narração dos fatos, a audiência era informada de que a história era real, mas que os autores do crime não teriam os nomes divulgados.

A SAT chegou a ser objeto de uma ação movida pelo mesmo indivíduo que logrou impedir a veiculação do primeiro documentário em 1973. Neste caso, entretanto, o Tribunal Regional de Sarre entendeu que havia uma diferença crucial entre o primeiro e o segundo documentário, já que o filme a ser exibido pela SAT não veiculava o nome e nem a imagem do ex-detento. Além disso, o tempo transcorrido também deveria ser considerado, pois as emoções em torno do crime já teriam se dissipado, de modo que haveria menos motivos para crer que a audiência investigaria ou buscaria saber mais sobre os autores do crime³⁹.

Clarificando a decisão no caso Lebach-1, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que em nenhum momento restou decidido que havia sido assegurada uma imunização completa contra a reportagem dos fatos. O Tribunal também apontou que o fato de o tempo de condenação ter sido ou não cumprido seria irrelevante, de modo que o decisivo seria tão somente o risco de se prejudicar a ressocialização do preso. A decisão destacou, ainda, algumas diferenças em relação ao seu primeiro julgado: no caso Lebach-1, o documentário pela ZDF teria um caráter sensacionalista e a sua veiculação em um momento próximo ao fim do cumprimento da pena do ex-detento tornaria sua ressocialização muito difícil, se não impossível. De qualquer forma, a decisão ponderou que, mesmo depois

³⁸ MALDONADO, Viviane. Evolução do Direito ao Esquecimento. In: PALHARES, Felipe. *Temas Atuais de Proteção de Dados*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2020, s.p. (e-book).

³⁹ CONSALTER, Zilda Mara. 2016, *Op.cit.*, p. 191.

de um longo tempo, estas consequências também seriam possíveis, especialmente no caso de um assassinato⁴⁰.

Apesar dessas considerações, o Tribunal considerou que os riscos de se identificar o indivíduo não estavam presentes no caso concreto. Mesmo para as pessoas que já teriam relações com os egressos, a decisão considerou que a exibição do documentário provavelmente não resultaria em uma estigmatização (nova ou renovada) ou no isolamento dos indivíduos.

Com esses entendimentos, o Tribunal Constitucional da Alemanha assegurou a veiculação do filme pela SAT, apontando não apenas para o fato de que com o passar dos anos, a percepção da sociedade sobre o crime estaria amenizada, não colocando em risco os ex-detentos.

Estes dois casos parecem caminhar na mesma direção do decidido, no Brasil, no caso Candelária (RESP nº 1.334.097/RJ). Para além das considerações sobre a ressocialização dos egressos do sistema penitenciário, chamam atenção as elaborações sobre os efeitos do tempo não apenas para proteger o indivíduo contra a veiculação de determinada informação, mas também, como no caso Lebach-2, para mitigar os efeitos negativos da recordação de eventos antigos.

4.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO/APAGAMENTO DOS DADOS NO BRASIL

No Brasil, o direito ao esquecimento não está assentado em um dispositivo legal. Consalter⁴¹ afirma que o direito ao esquecimento tem assento constitucional, posto que decorre do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, todos previstos na CRFB/1988 (art. 5º, inc. X) e pelo Código Civil (art. 21), mas este entendimento não é pacífico.

No REsp nº 1.335.153, a 4ª Turma do STJ debruçou-se sobre o caso Aída Curi, que repercutiu nacionalmente devido aos meios de comunicação da época. Aída Jacob Curi, 18 anos, foi assassinada em 1958 no bairro Copacabana, município do Rio de Janeiro. A Revista Época publicou que a

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 95.

⁴¹ CONSALTER, Zilda Mara. 2016, *Op. cit.*, p. 268.

jovem foi agredida sexualmente, chegando a desmaiar, momento em que foi jogada do alto do Edifício Rio Nobre⁴².

Em 2004, o caso ganhou grande visibilidade após ser lembrado no programa “Linha Direta-Justiça”, também veiculado pela TV Globo. A família de Aída resolveu ajuizar uma ação com vistas à reparação de danos morais, materiais e à imagem, mediante a alegação de que a reportagem, ao recordar os fatos do crime que ocorreu há mais de 50 anos, antigas feridas foram reabertas. Ademais, alegou que a emissora obteve incessante lucro com a audiência do sofrimento da família.

Na fundamentação do acórdão do STJ, houve reconhecimento expresso da existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional, inclusive no que concerne às vítimas de crimes e seus familiares. Ponderou-se que assim como os definitivamente condenados nos processos penais, as vítimas de crimes bem como seus familiares têm o direito ao esquecimento, consistente no direito de não se submeterem a lembranças de fatos que ocorreram no passado e que lhes causaram sofrimento.

Também, ao julgar o REsp. 1.334.097 – RJ, o ministro Luiz Felipe Salomão reconheceu a importância de aplicar o direito ao esquecimento àqueles condenados que já cumpriram integralmente a pena bem como àqueles que após julgados, forem absolvidos. Para tanto, invocou o direito à esperança⁴³.

Cita-se também a decisão do STF, proferida no dia 11 de fevereiro de 2021 em que a Suprema Corte, por maioria dos votos, ao julgar o RE

⁴² SOPRANA, Paula. Temos direito ao esquecimento. *Revista Época Online*, 04.08.2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/08/temos-direito-ao-esquecimento.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴³ “Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.334.097 – RJ. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28.05.2013. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fd1%2Fdireito-esquecimento-acordao-stj.pdf&clen=334144&chunk=true>. Acesso em: 20 ago. 2021).

1.010.606 - RJ decidiu que o direito ao esquecimento não é compatível com a CRFB/1988. Assim, seu aprofundamento teórico é fundamental para sua adequada aplicação dentro do território nacional.

Estes casos servem para ilustrar a discussão aqui realizada, pois, especialmente nos dias de hoje, a problemática em torno do direito de ser esquecido tem grande importância no que se refere a condutas delitivas. A oportunidade que terá o apenado de se recolocar no mercado de trabalho dependerá, em grande medida, do fato de a sua condenação referida não apenas em motores de busca como o Bing e o Google, como também pelos órgãos de informação oficiais após um determinado decurso de tempo.

O direito ao imediato apagamento de dados pessoais, no direito europeu, encontra-se entre as hipóteses do art. 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), como ocorre, por exemplo, quando o titular cassa o consentimento anteriormente fornecido para o tratamento dos dados, quando estes deixam de ser necessários para o fim para o qual foram coletados ou quando forem tratados de forma ilícita, regra que equivale no Brasil ao art. 15 da LGPD (Lei 13.709/2018).

Já o direito ao esquecimento possui pressupostos distintos: notícia passada que, embora tenha sido divulgada a princípio de forma lícita, como passar o tempo, passou a não mais ser importante para a sociedade, além de sua propagação causar grande sofrimento e dissabores à vida da pessoa, prejudicando seu direito à felicidade e ao pleno desenvolvimento da personalidade⁴⁴.

Ressalte-se que o direito ao esquecimento não confere ao prejudicado o poder de simplesmente apagar qualquer informação a seu respeito que estiver veiculada na imprensa ou na rede mundial de computadores, nem o direito de reescrever de forma seletiva sua biografia, ou seja, filtrando e apagando acontecimentos ocorridos no passado segundo sua própria conveniência. Essa seria uma leitura por demais simplista que até mesmo deprecia o instituto do direito ao esquecimento⁴⁵.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Op. cit., p. 97.

⁴⁵ MORAES, Melina Ferracini de. *Direito ao Esquecimento na Internet: das decisões judiciais no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 55.

Na era digital, o que se almeja ao se recorrer ao direito ao esquecimento é evitar que informações e notícias jornalísticas de natureza privada, destituídas de importância histórica, pública ou social, sejam disseminadas e acessadas na internet com facilidade, trazendo grandes prejuízos à vida do indivíduo envolvido.

4.3 OS LIMITES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ainda existe muita margem para que a jurisprudência estabeleça limites do direito ao esquecimento valendo-se da análise de casos concretos.

Na Alemanha, excetuando-se a menção encontrada no regulamento europeu de proteção de dados em associação com o direito ao apagamento de dados pessoais, também inexistiu previsão expressa na legislação sobre direito ao esquecimento. No entanto, Jörg Neuner⁴⁶ afirma que este direito não é completamente estranho ao ordenamento jurídico alemão. Como exemplo ele citou o apagamento dos antecedentes criminais do egresso, que é tão importante que o condenado, quando almejar um cargo no mercado de trabalho, pode até mesmo omitir essas informações de seu empregador, conforme já foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão.

Assim, é preciso que o direito ao esquecimento, segundo Neuner⁴⁷, seja concebido em um contexto mais amplo em que seja tutelada a esperança do indivíduo de ter a chance de mudar de vida e de ser reintegrado à sociedade. É por esta razão que as penas de prisão perpétua na Alemanha devem ser reavaliadas após 15 anos para verificar se cabe a substituição da pena por liberdade condicional.

A citada substituição da pena possui status constitucional e pode ser justificada na medida em que o núcleo da dignidade humana acaba sendo indevidamente impactado, fazendo surgir no condenado a desesperança no que se refere à reconquista de sua liberdade.

⁴⁶ NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 83.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 84.

Segundo Neumer⁴⁸, o direito ao esquecimento é a expressão de um princípio geral que tem o condão de proteger a esperança e assegurar que seu passado permaneça no passado e que o futuro possa lhe reservar novas oportunidades.

Disso se depreende que, enquanto mandamento de otimização, ou seja, de concretizar na maior medida possível a norma que impõe a ressocialização, o direito à proteção de dados dos apenados deve ser efetivado na maior medida possível a fim de não prejudicar sua reinserção social. Assim, o direito ao apagamento de dados, neste contexto, poderia servir para obstar a permanente estigmatização do apenado.

Nesse sentido, a Suprema Corte da Califórnia assegurou a Gabrielle Darley Melvin, ex-prostituta, o direito de obter reparação em razão de sua vida pregressa ter sido exposta no filme *The Red Kimono* (especialmente o fato de ela ter sido absolvida de crime de homicídio), com fundamento no art. 1º da Constituição deste Estado, que salvaguarda o direito fundamental à felicidade, de maneira que seria assegurada à autora, já reabilitada, o direito de ter sua vida privada protegida e sua reputação não maculada, com proteção a seu nome e imagem⁴⁹ (divulgados no filme sem sua autorização)⁵⁰.

Neste julgado, foi privilegiada a ideia de que é necessário, em determinadas circunstâncias, assegurar a reabilitação de condenados, decorrente do direito constitucional à felicidade.

⁴⁸ NEUNER, Jörg. *Op. cit.*, p. 91.

⁴⁹ “Oito anos antes da produção de “The Red Kimono”, a recorrente abandonou a sua vida de vergonha, reabilitou-se e assumiu o seu lugar como membro respeitado e honrado da sociedade. Tendo ocorrido essa mudança em sua vida, ela deveria ter tido permissão para continuar seu curso sem ter sua reputação e posição social destruídas pela publicação da história de sua antiga depravação, sem outra desculpa senão a expectativa de ganho privado pelos editores. Um dos principais objetivos da sociedade, tal como está agora constituída [...] é a reabilitação dos caídos e a reforma do criminoso. [...] Onde uma pessoa por seus próprios esforços se reabilitou, nós, como membros da sociedade que pensam corretamente, devemos permitir que ela continue no caminho da retidão ao invés de jogá-la de volta em uma vida de vergonha ou crime” (Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Acesso em: 21 ago. 21. Tradução livre).

⁵⁰ ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. *Direito ao Esquecimento: Privacidade, intimidade, vida privada X liberdade de imprensa, livre acesso a informação*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020, p. 57.

Assim, à época de sua consumação, a divulgação de informações sobre crimes bárbaros foi claramente lícita e fundamentada na liberdade de informação, tendo em vista a relevância do interesse da sociedade na informação enquanto o fato se mostrava atual, sabendo-se que o direito ao esquecimento requer que novamente **se avalie se a divulgação atual de um fato que ocorreu no passado permanece relevante para a sociedade** ou se o decurso temporal ultrapassa o interesse público que até então lhe conferia fundamento⁵¹.

Ainda que estas questões possam ser discutidas juntamente com o direito ao esquecimento, esse último tem um objeto singular: é invocado visando justificar a supressão de informações reais, cuja divulgação, à época dos acontecimentos, foi considerada válida.

O maior vetor do ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade da pessoa humana, sendo este também um valor constitucional fundamental. Assim, as práticas jornalísticas, não obstante o direito à informação e o direito à memória, devem priorizar a finalidade social daquilo que será divulgado, com vistas a não promover o sofrimento e não obstar a ressocialização.

Revisitar fatos passados prescinde da estigmatização de seus atores. É o acontecimento que deve tornar possível referenciar os personagens, e não o contrário. Não se compactua com a rotulação e estigmatização de um indivíduo pela mídia em decorrência ou em razão de um crime cometido no passado, especialmente se a adjetivação negativa puder ser evitada.

Nessa linha de argumentação, o que se defende é o direito ao esquecimento como forma de concretização do princípio da ressocialização, neste artigo compreendido como o direito que um ex-detento possui de não ter sua situação passada de criminoso divulgada de forma estigmatizante, seja em reportagens ou publicações rememorativas com vistas a preservar a privacidade, honra, imagem, dignidade humana, e, principalmente permitir a ressocialização do egresso dando-lhe o direito a ter esperança em um futuro com a almejada felicidade.

⁵¹ ABRÃO, Renata Lourenço Pereira, *Op. cit.*, p. 58-59.

5 CONCLUSÃO

É certo que, para nos valermos de uma metáfora de Karl Loewenstein⁵², comprar o traje é um passo importante para quem pretende vesti-lo em poucos dias, mas deixá-lo guardado tampouco se faz suficiente: é imprescindível levá-lo ao alfaiate o quanto antes em busca de tantos ajustes quantos se fizerem necessários, ou o traje muito provavelmente não servirá tão cedo ao fim a que se destina.

A reintegração social do condenado, se ainda persiste demasiadamente desajustada ao “figurino”⁵³ constitucional e legal, sendo mera função declarada da pena, não é razão para simplesmente descartá-la (como já o são os apenados) ou remetê-la ao museu criminal positivista – o resultado seria deixar o sistema penitenciário desnudo, sem qualquer perspectiva de que, mesmo fora de medida, o traje aos poucos poderá ser resgatado do guarda-roupas.

Um dos ajustes que a LEP requer é que seja compatibilizada com as demandas da sociedade da informação, especialmente no que concerne ao direito ao apagamento dos dados e, mais especificamente, ao direito ao esquecimento. A sociedade da informação, caracterizada pela centralidade de dados e de sua circulação em velocidades e volumes antes inimagináveis, provocou uma verdadeira revolução, implicando uma significativa redução do controle dos indivíduos sobre suas informações pessoais.

Com o barateamento das tecnologias de armazenamento, alterou-se o antigo equilíbrio entre memória e esquecimento, no qual esquecer deixou de ser a regra para se tornar exceção, fenômeno este potencializado pela *internet*, que permite que informações divulgadas na rede sejam mantidas de forma perene, facilmente acessíveis pelos motores de busca que não distinguem informações antigas e descontextualizadas das informações atuais.

Neste contexto, o direito ao esquecimento exsurge como uma exigência indeclinável para o restabelecimento do equilíbrio originário, a fim de impedir que o indivíduo que já cumpriu sua pena seja eternamente

⁵² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Alfredo Anabitarde. Barcelona: Ariel, 1979. p. 216-218.

⁵³ A expressão é do ex-Ministro Marco Aurélio do STF. Veja-se, dentro outros: HC 191836 MC/SP e HC 181541 MC/MG.

punido por crimes que cometeu no passado – aquilo que, em 1981, René Dotti já consignava ao criticar a sobrevivência das penas infamantes no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal.

Dito isto, o debate sobre o direito ao esquecimento envolve um aparente conflito entre o princípio da liberdade de informação e outros atributos individuais e inerentes à pessoa humana, a exemplo da intimidade, privacidade, honra e, por que não dizer, o direito à felicidade.

O direito ao esquecimento revela-se, pois, como um instrumento essencial para possibilitar que o indivíduo realize livremente seu projeto existencial, mas em conformidade com os interesses individuais indispensáveis ao convívio social – e nisto reside a nova feição proposta ao ideal ressocializador.

Em razão dos grandes prejuízos que a divulgação indiscriminada de dados pessoais pode causar à reintegração do apenado, entende-se desejável a aplicação de medidas que possam assegurar ao egresso do sistema prisional o direito de ter apagadas as informações sobre seu passado e que, com o passar do tempo, não mais desempenham qualquer função preventiva concreta. Permitir que os dados criminais do indivíduo que já cumpriu sua pena sejam divulgados eternamente é o mesmo que condená-lo à pena perpétua de discriminação e isolamento social – violando um preceito fundamental que, antes mesmo da Constituição Federal, já veio expresso na LEP.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. *Direito ao Esquecimento: Privacidade, intimidade, vida privada X liberdade de imprensa, livre acesso a informação*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEZERRA, Elton. *LEP é letra morta, diz Dotti ao recusar ida à audiência*. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-26/lep-letra-morta-ariel-dotti-recusar-convite-audiencia>. Acesso em 28 ago 2021.

BUSATO, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Grupo Gen, 2020. v. 1. (e-book).

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.334.097 – RJ*. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28.05.2013. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conjur.com.br%2Fd1%2Fdireito-esquecimento-acordao-s-tj.pdf&clen=334144&chunk=true>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153-RJ*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado: 28.05.2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.Justica;turma.4:acordao;resp:2013-05-28;1335153-1295098>. Acesso em: 20 ago. 2021.

COHEN, Albert. *Delinquent Boys*. Glencoe: The Free Press, 1955.

CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao Esquecimento*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 20 ago. 2021.

DOTTI, René. Problemas atuais de execução penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 0, n. 20, p. 21-44, 31 dez. 1981.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 565-582, jul. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Qfy-WFhvkSczLQDT5xSknHQp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 ago. 2021.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 4. ed. trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KODDE, Claudia. Germany's 'Right to Be Forgotten' – between the Freedom of Expression and the Right to Informational Self-Determination. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 30, n. 1-2, p. 17-31, 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Trad. Alfredo Anabitarde. Barcelona: Ariel, 1979.

MALDONADO, Viviane. Evolução do Direito ao Esquecimento. In: PALHARES, Felipe. *Temas Atuais de Proteção de Dados*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2020. (e-book).

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (e-book).

MORAES, Melina Ferracini de. *Direito ao Esquecimento na Internet: das decisões judiciais no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 81-104.

NEVES, Marcelo. *Marcelo Neves entre Hidra e Hércules*. 13.04.2013. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>. Acesso em: 27 ago 2021.

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 1, p. 269-316, 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/320>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. ICPC: Curitiba, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SOPRANA, Paula. Temos direito ao esquecimento. *Revista Época Online*, 04.08.2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/08/temos-direito-ao-esquecimento.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. Yale: Yale University Press, 1983.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David; FRANÇA, Leandro Ayres; QUEVEDO, Jéssica Veleda. *Técnicas de neutralização: uma teoria da delinquência*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

SWCHAB, Jurgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003.



RENÉ ARIEL DOTTI, A REFORMA PENAL DE 1984 E AS ALTERNATIVAS À PRISÃO

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ¹

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA²



RESUMO

Trata das penas e medidas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, abordando a trajetória do instituto desde a sua introdução, na Reforma Penal de 1984, até os dias atuais. Apresenta o sistema de penas alternativas introduzido pela Reforma Penal de 1984, analisando as opções político-criminais que influenciaram as decisões legislativas. Aborda, ainda, o desenvolvimento do sistema de penas alternativas posterior à Reforma, com a introdução da segunda e terceira gerações, bem como o impacto desse desenvolvimento sobre a população carcerária.

Palavras-chave: Política Criminal; Encarceramento; Pena; Superpopulação carcerária; Direitos Humanos.

¹ É Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: ceajapiassu@uol.com.br.

² É Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro e Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: ferreira.lucia@estacio.br.

SUMÁRIO

Introdução; **1.** Reforma Penal de 1984 e Penas Alternativas; **2.** Penas Alternativas: da Reforma Penal de 1984 aos dias atuais; **3.** Penas Alternativas e Desencarceramento; **4.** Penas restritivas de direitos: estratégias de ampliação; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo trata das penas e medidas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, abordando a trajetória do instituto desde a sua introdução, na Reforma Penal de 1984 até os dias atuais.

Na primeira seção será apresentado o sistema de penas alternativas introduzida pela Reforma Penal de 1984, analisando-se o contexto político-social, bem como os fundamentos político-criminais e teóricos que influenciaram as decisões legislativas.

Em seguida, serão apontadas as posteriores gerações de penas alternativas, introduzidas no ordenamento jurídico durante as décadas de 1990 e 2000, buscando ampliar o âmbito de aplicação das penas alternativas, reduzindo, assim, o nível de encarceramento.

A terceira seção tratará do impacto da sucessiva introdução de leis desencarceradoras no sistema penal, especialmente na população prisional brasileira.

Por fim, serão expostas algumas considerações sobre o tema, com base nos aspectos abordados no texto.

1 REFORMA PENAL DE 1984 E PENAS ALTERNATIVAS

Como é de conhecimento público, o Brasil foi submetido a um regime militar autoritário entre 1964 e 1985. Após a destituição do presidente João Goulart, a prisão de políticos, de juízes e de professores, a perseguição aos estudantes e a repressão aos opositores, os militares que tomaram o poder, protegidos pela ideologia da segurança nacional, impuseram um novo modelo punitivo no país, reservando para o direito penal a missão crucial de servir como repressão política, por meio do uso de meios que vão desde espionagem e a polícia secreta até a Justiça Penal Militar.

Dessa forma, a prisão funcionava não apenas como um meio de privação de liberdade, mas mais especificamente como um local de tortura e de morte. No mesmo lugar onde estavam – ou melhor – de onde os classificados como prisioneiros comuns nunca saíram, estavam localizados os presos políticos, ou seja, aqueles que se enquadravam na Lei de Segurança Nacional.

Além da pena privativa de liberdade, houve o retorno da pena de morte, bem como a pena de banimento, ambas destinadas aos chamados subversivos, todos amparados por atos institucionais com a força das normas constitucionais.

A Reforma Penal de 1984 inseriu-se, assim, no movimento de democratização que marcou o período anterior ao encerramento do regime militar.

Durante transição política, consolidou-se um movimento reformista orientado para a redução do recurso à pena privativa de liberdade, fortemente influenciado pela produção acadêmica e científica dos anos 1960 e 1970.

Destaca-se, nesse contexto, o documento encaminhado pela Associação Paulista do Ministério Público ao Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, em 1971, com base na Moção de Nova Friburgo (evento promovido para discutir o anteprojeto de Código de Execuções Penais, em 1970), advertindo para os problemas gerados pela “ideia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do criminoso, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado” e apresentando sugestões para reformas do sistema de penas.³

No mesmo sentido, a Moção de Goiânia I, fruto do Seminário de Direito Penal e Criminologia realizado no cinquentenário do falecimento de Rui Barbosa, em 1973, preconizava a adoção do direito penal como disciplina de defesa social e recuperação do delinquente, objetivando a prevenção de novos delitos, além da implementação de prisões abertas, entre outras medidas desencarceradoras.

Também o V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (1975) produziu enunciados apontando a necessidade de reforma do sis-

³ DOTTI, René Ariel. A reforma do sistema de penas: antigos e novos desafios 20 anos depois. *Boletim IBCCRIM*, 2004, 6-8.

tema de penas para que a prisão fosse utilizada apenas quando estritamente necessário.

A reboque do movimento reformista, instalou-se Comissão Parlamentar de Inquérito destinada ao levantamento da situação carcerária nacional (CPI do Sistema Penitenciário) na Câmara dos Deputados, em 1975, que resultou em relatório final, elaborado pelo deputado Ibrahim Abi-Ackel em 1976, apontando um quadro grave de superpopulação carcerária e violação de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro.

René Ariel Dotti prestou depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito, em 26 de agosto de 1975, destacando a importância da reforma do sistema de penas com a introdução de alternativas à privação de liberdade.

É preciso, também, que nós adotemos outras soluções penais. Nós estamos presos ainda a fórmulas antiquadíssimas de ver tão-somente as respostas de prisão ou de multa. Então, nós precisamos examinar que teríamos um direito penal evoluído, aplicando, por exemplo, a pena de prisão e a pena de multa para um crime contra a honra. Ambas são insuficientes em termos de pregação de novas infrações. Quanto à multa, lembro a história daquele romano poderoso que trazia consigo o empregado com um monte de dinheiro e ele ia esbofeteando os seus inimigos, enquanto o seu empregado ia pagando a multa respectiva. Quanto à prisão, não me consta que tenha havido, salvo o caso de reincidência, alguma hipótese em que no Brasil se tenha condenado alguém a cumprir pena de prisão pelo crime contra a honra. O grupo de São Paulo é liderado pelo Professor Manoel Pedro Pimentel, pelo Desembargador Franceschini, pelo Juiz Prestes Barra. Eles elaboraram um projeto de sistema de penas, trazendo, além da pena de prisão, além da pena de multa, que são as que nós já temos como principais, a pena de interdição de direito como pena principal. Então, assim, nós aí teríamos uma variedade de reações penais que limitariam até mesmo a liberdade, mas não privariam a liberdade.⁴

⁴ DOTTI, René Ariel. A Questão Prisional: Depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito (Câmara dos Deputados). *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 1976, 18.

O autor participou, ainda, da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para redação da Lei de Execução Penal, em 1981, sob coordenação de Francisco de Assis Toledo, composta também por Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Destes trabalhos resultou o Projeto de Lei nº 1.657, de 1º de julho de 1983, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.⁵

Sob a influência do debate acadêmico e das discussões políticas sobre o tema, a Reforma Penal de 1984 foi pautada pela necessidade de se reduzir a aplicação da pena de prisão e, com isso, os níveis de encarceramento.⁶

A motivação do novo diploma veio expressa na Exposição de Motivos do Ministro Armando Falcão, que mencionou expressamente a superlotação dos estabelecimentos prisionais como geradora de “acúmulo de tensões” e “apreensão constante” para, em seguida, ressaltar que “a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade...”⁷

Assim, o legislador ampliou as hipóteses de aplicação da suspensão condicional da pena, para abranger também a pena de reclusão aplicada em até dois anos, bem como o livramento condicional, baixando o limite mínimo de concessão para dois anos de pena aplicada e eliminando, para a soma de penas, a exigência de pelo menos uma delas ser igual ao limite mínimo.⁸

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SUESSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense 1980, p. 31 e seguintes.

⁶ Os “benefícios ressocializantes” que seriam regulamentados por legislação estadual e a nova disciplina do “sursis” e do livramento condicional seria a resposta, segundo BATISTA, (...) a uma pauta político-criminal que os penalistas e criminólogos brasileiros discutiam intensamente desde o início dos anos setenta, questionando de forma geral a eficiência da sanção penal e especialmente o “hiato de legalidade que a falta de uma lei de execuções penais criava no quadro deplorável de nossa realidade penitenciária.” BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro*- I. Rio de Janeiro: Revan, p. 479.

⁷ Mensagem n. 37 de 1977 (CN). Exposição de Motivos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. A. 14, n. 54 abr./jun 1977.

⁸ MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A Lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 54 abr./jun. 1977.

Além disso, não sendo possível adotar as penas restritivas de liberdade, a prestação de serviços à comunidade e outras obrigações de fazer como penas principais, por inviabilidade de ampla revisão da parte especial, preferiu-se adotá-las como condições ou normas de conduta, acrescidas às já previstas no caso de suspensão condicional ou livramento.

A previsão das chamadas penas alternativas buscava, assim, “impedir ou atenuar “a ação criminógena do cárcere”, adotando sanções diversas para casos de infratores sem periculosidade ou para autores de crimes de menor gravidade.⁹

Assim, além do sistema progressivo, o modelo introduzido pela reforma estabelecia, a possibilidade de substituição da pena de prisão pelas penas alternativas.

Tratava-se da primeira geração de penas alternativas, prevendo-se três espécies de penas restritivas de direito, quais sejam: a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.¹⁰

Sempre orientada pela ideia da individualização, previu a Reforma de 1984 uma gradação, das penas mais graves às menos graves, oscilando “da relativa constrição à liberdade à perda provisória de certos direitos”.¹¹

Além disso, a Reforma condicionou a aplicação das penas alternativas a requisitos “bastante restritos”, reduzindo seu âmbito de atuação.¹²

⁹ MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A Lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 54 abr./jun. 1977.

¹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Atlas, 2020. Edição Kindle. p. 365 e ss. Sobre a forma de execução de cada uma das modalidades ver REALE JR. Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal*. p. 142.

¹¹ Observaram REALE Jr et al. que “A prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana (n. os I e III do art. 43), embora impliquem em diminuição da liberdade, caracterizam-se por representarem redução menor, em relação às penas de reclusão e detenção e interdição, pela inibição do exercício de certos direitos, identificando-se todos por mostrarem inferior intensidade de repressão, justificada pela necessidade e suficiência.” REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.160 P. 139.

¹² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Atlas, 2020. Edição Kindle. p. 365 e ss. p. 365.

Assim, seria possível a aplicação de penas alternativas para os crimes dolosos, para substituir a pena inferior a um ano (para as penas restritivas de direitos).

Tratando-se de crime culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, podia ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas penas restritivas de direitos, desde que exequíveis simultaneamente.¹³

Quanto aos requisitos subjetivos, demandava-se a ausência de reincidência e, além disso, que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da troca.”¹⁴

Também caberia a aplicação das penas alternativas, como incidente da execução, no caso da pena privativa de liberdade que não excedesse dois anos, convertendo-se a pena de prisão em restritiva de direitos, desde que cumprido mais de um quarto da pena e que o condenado se encontre em regime aberto, exigindo-se, além disso, os mesmos requisitos subjetivos mencionados acima.

A Reforma previu, ainda, a multa substitutiva para penas inferiores a seis meses, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 (aqueles mesmos previstos no art. 59).¹⁵

¹³ Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Atlas, 2020. Edição Kindle. p. 365 e ss.

¹⁴ REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 149.

¹⁵ Artigo 60 do Código Penal: (...) § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

2 PENAS ALTERNATIVAS: DA REFORMA PENAL DE 1984 AOS DIAS ATUAIS

As penas restritivas de direitos - bem como a pena de multa - são inseridas em um universo maior, que é o das chamadas alternativas penais, as quais são definidas como institutos de direito penal e processual penal e execução penal, visando prevenir ou encurtar a prisão do infrator.

São considerados exemplos de alternativas penais liberdade provisória, pagamento de fiança, justiça restaurativa, monitoramento eletrônico, bem como suspensão de sentença ou julgamento, liberdade condicional e acordo criminal entre outros.

A tendência a favor dos substitutos criminais também está presente no direito estrangeiro. Segundo Pradel, entre as penas de não prisão que correspondem ao que no Brasil foi chamado de penas e medidas alternativas, haveria cinco categorias amplas: a suspensão da pena privativa de liberdade, a prestação de serviços à comunidade, as diversas interdições e obrigações, sanções morais e a não imposição de pena.¹⁶

A primeira geração de penas alternativas foi introduzida com a Reforma Penal de 1984, admitindo-se a substituição da pena privativa de liberdade por ocasião da sentença condenatória (art. 44 e 59, IV, do Código Penal), como no curso da execução penal (art. 180 da LEP).

A política penal que norteou a Reforma Penal de 1984 visava restringir a pena de privação de liberdade a casos de reconhecida necessidade, levando em conta, sempre que possível, a possibilidade de prevenir ou mitigar os efeitos criminogênicos da prisão. Nesse sentido, foi orientada para a adoção de diversas sanções para casos de infratores não perigosos ou para autores de crimes menores.

Entretanto, o legislador optou por uma abordagem cautelosa na introdução de penalidades alternativas, restringindo seu âmbito de aplicação. A postura excessivamente restritiva dos reformadores teria sido a razão – ou pelo menos uma das razões – para a má aplicação dos institutos introduzidos nos anos seguintes à entrada em vigor da nova Parte Geral.

¹⁶ PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*. 3ª ed., Paris: Dalloz, 2008, p. 510-525.

Isso porque os requisitos para substituir a pena de prisão ou detenção por um direito restritivo foram bastante limitados, fazendo com que juízes e tribunais continuassem a aplicar penas privativas de liberdade, com raros casos de efetiva substituição por medida que restringia direitos.¹⁷

Diante dessa situação, foi introduzida uma segunda geração de penas alternativas, ampliando-se os requisitos e as espécies de penas restritivas de direito com o objetivo de reformar as práticas punitivas no Brasil.

Assim, a Lei 9.099/95 passou a admitir a aplicação direta da pena restritiva, antes mesmo de haver processo instaurado contra o autor do fato, no caso das infrações de menor potencial ofensivo, por meio da transação penal (art. 76).

Além disso, a Lei nº 9.714/98 (Lei de Penalidades Alternativas) ampliou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos crimes dolosos, exceto se cometido com violência física ou moral, quando a pena é fixada em até quatro anos, ou qualquer que seja a quantidade de punição aplicada, se for crime culposos.

A ampliação do âmbito de aplicação das penas alternativas para as penas fixadas em até quatro anos buscava, “repensar as formas de punição do cidadão infrator...”, uma vez que, como foi afirmado na exposição de motivos do Ministro Nelson Jobim, “a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir.”¹⁸

O objetivo das alterações consistiria, nessa perspectiva, em reservar a prisão para “os agentes de crimes mais graves, cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social.”¹⁹

¹⁷ Para infrações intencionais, o juiz só poderia proceder com substituição se a pena de prisão inicialmente aplicada fosse inferior a um ano (para penas restritivas de direitos) ou até seis meses (sob pena de multa). No caso de crime culposos, a pena privativa de liberdade de um ano ou mais poderia ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou multa ou por duas penalidades que restringem direitos, desde que fossem exequíveis simultaneamente.

¹⁸ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 3.

¹⁹ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 4.

Dessa forma, as condutas criminosas, mesmo de pequena gravidade, não ficariam impunes, atendendo-se às exigências de prevenção geral e especial.²⁰

A ênfase na prevenção especial foi especialmente ressaltada na Mensagem de veto 1.447 de 1998, na qual excluiu-se do projeto de lei o recolhimento domiciliar e a possibilidade de substituição da pena por advertência ou compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento durante o tempo da pena aplicada.

Após breve introdução com referências à finalidade de reinserção social das penas restritivas de direito, a mensagem justificou o veto pela ausência “mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa.”

Também à admoestação verbal faltaria, considerada sua “singularidade”, o “indispensável substrato coercitivo” para operar como sanção alternativa.²¹

Assim, foram acrescentadas, ao Código Penal, quatro novas modalidades de penas restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direito e limitação de fim de semana.

As mudanças introduzidas pela Lei 9.714/98 expandiram a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos para “a grande maioria dos delitos, não somente no Código Penal, mas, igualmente, da legislação especial.”²²

Uma terceira geração de penas alternativas foi introduzida pelo Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que cominou, para certos delitos, a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ao lado da pena de detenção.

Seguindo esse modelo, o art. 28 da Lei 11.343/2006 despenalizou a posse de drogas para uso pessoal, prevendo três modalidades de penas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de servi-

²⁰ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 4.

²¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem n. 1.4447 de 1998.

²² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Atlas, 2020. Edição Kindle. p. 366.

ços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

Mais recentemente, a Lei 13.964/2019 ampliou ainda mais o âmbito de aplicação das penas restritivas de direito, modificando o art. 28 do Código Penal para admitir a propositura de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, mediante confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos.

O Código penal prevê cinco espécies de penas alternativas, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores pertencentes ao condenado, prestação de serviços à comunidade ou à entidade assistencial, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus descendentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza.

A pena de perda de bens e valores pertencentes ao condenado, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o que for maior: - o montante do prejuízo causado, ou o lucro obtido pelo agente ou por terceiros, em consequência da prática do crime (CP; art. 45).

Já a pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade;

Consiste em atribuições de tarefas gratuitas ao condenado a entidades assistenciais, escolas, hospitais, asilos, creches, etc. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumprida a razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado, em geral de 8 (oito) horas semanais. Se a pena substitutiva for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumpri-la em menor tempo, nunca superior a metade da pena privativa fixada (CP; art. 46).

Quanto à interdição temporária de direito, pode ser aplicada a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como o de

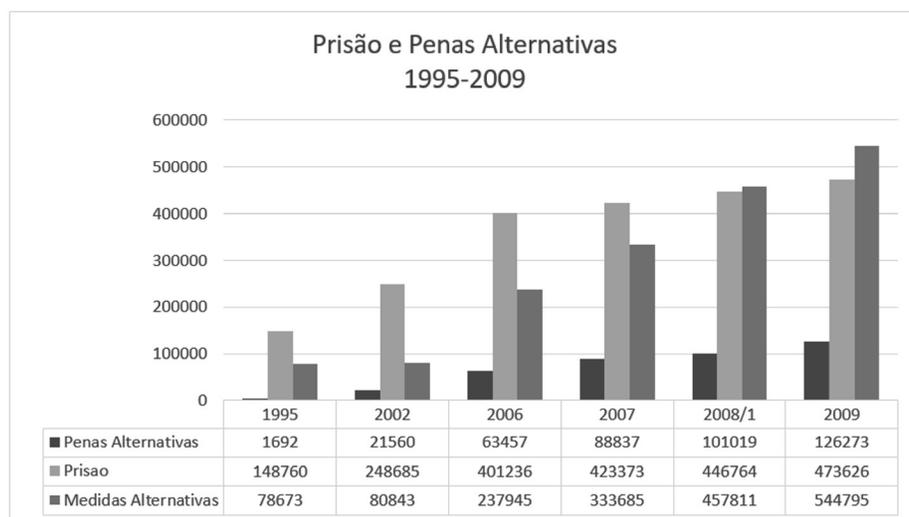
mando eletivo; proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar determinados lugares (CP; art. 47).

A limitação de fim de semana consiste na obrigação imposta ao condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (CP; art. 48).

Nas condenações iguais ou inferiores a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direito. Se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa, ou por 2 (duas) restritivas de direito.

3 PENAS ALTERNATIVAS E DESENCARCERAMENTO

Desde então, houve uma mudança estatística importante no sistema penal brasileiro: o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas ultrapassou o número de pessoas presas, como demonstrado no gráfico abaixo:

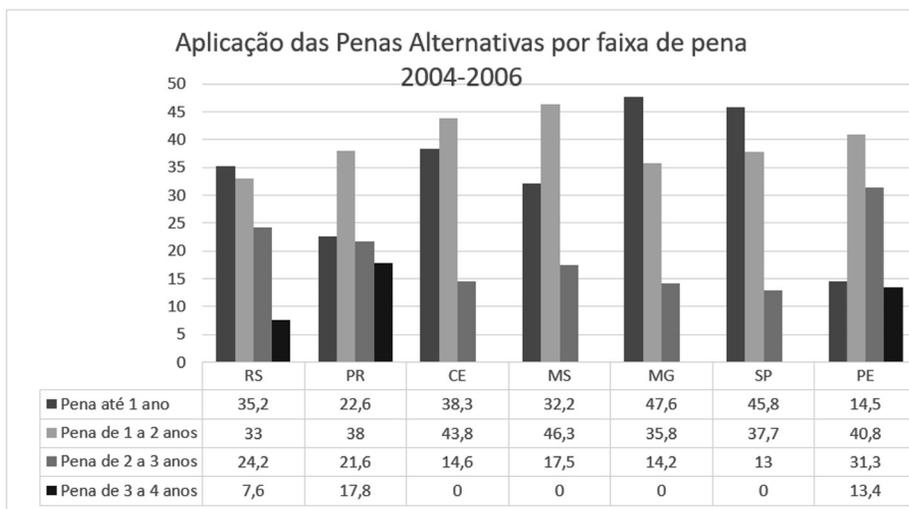


Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010.

Como se vê, em 2009, havia, no Brasil, 671.078 pessoas submetidas a penas ou medidas alternativas, quase 200.000 a mais que presos, incluindo condenados ou presos cautelares.

A ampliação do instituto provocou um aumento no número de indivíduos submetidos a penas restritivas de direitos, porém, não importou uma reversão da tendência de crescimento da taxa de encarceramento.

Em levantamento do ILANUD, realizado entre 2004 e 2006, em Porto Alegre, Curitiba, Fortaleza, Recife, Belo Horizonte, Campo Grande e São Paulo, Distrito Federal e Belém, foram identificadas as hipóteses mais frequentes de aplicação das penas alternativas em seis das nove capitais pesquisadas.²³

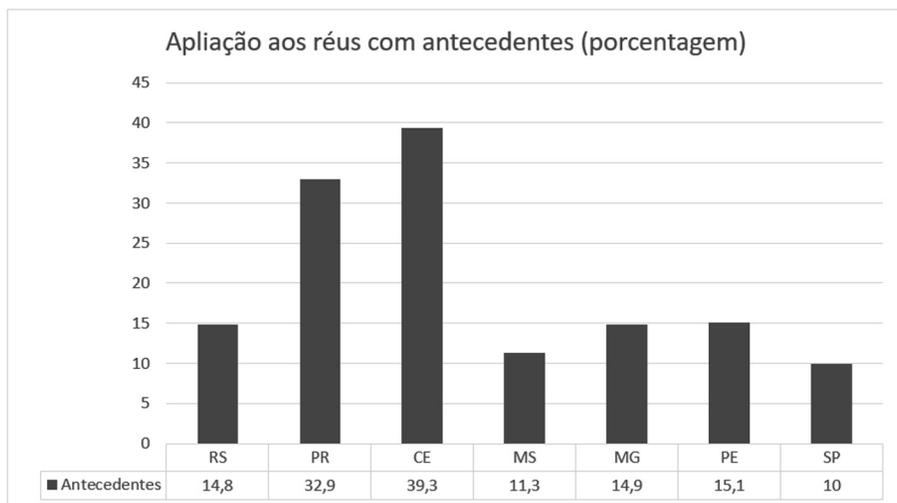


De acordo com o levantamento, a maior parte das hipóteses de aplicação enquadra-se nas faixas de pena menor de um ano e entre um e dois anos, podendo-se observar uma tendência semelhante em todas as capitais estudadas, ressalvadas pequenas divergências.

Quanto ao perfil dos condenados, nota-se uma tendência de se direcionar a aplicação as penas alternativas aos condenados sem antecedentes, embora não haja vedação legal expressa, excetuando-se o Paraná

²³ ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. *Relatório Final de Pesquisa*. Brasília, 2006

e o Ceará, onde o índice de casos de substituição ultrapassou a marca de 30 por cento, como se vê a seguir:



As práticas judiciais direcionaram a implementação das alternativas, portanto, para as hipóteses nas quais seria cabível o *sursis*, reduzindo-se, assim, o potencial efeito desencarcerador do instituto, mesmo após a ampliação do âmbito de aplicação pela Lei 9.714/98, com o aumento para quatro anos do *quantum* de pena passível de substituição.

Assim, mesmo após a introdução de diversas leis desencarceradoras, persistiu uma tendência de crescimento da população prisional brasileira, que passou de 232.755 em 2000 a 744.216 em 2018.

O sistema penitenciário brasileiro apresenta, atualmente, a terceira maior população carcerária do mundo, com 726.712 pessoas privadas de liberdade e uma taxa de ocupação consideravelmente elevada (167%), segundo o Conselho Nacional de Justiça, configurando-se um grave quadro de superpopulação carcerária. A taxa de encarceramento brasileira, por sua vez, aumentou de 137,1, em 2000, para 352,6, em 2016, segundo dados do DEPEN.²⁴

²⁴ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização Junho de 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta/imagens/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadoipea155_v5.pdf. Acesso em 20 ago. 2021.

A superlotação implica condições de detenção marcadamente precárias, insalubres e promíscuas, falta de espaço vital, além da escassez de prestações essenciais, como alimentação, cuidados de saúde, educação e segurança, bem como uma acentuada desproporção entre o número de pessoas presas e de funcionários da administração prisional, intensificando-se o risco de episódios de violência entre os detentos, ou contra aqueles, por parte dos agentes do Estado.

Nesse sentido, as penas alternativas não foram capazes de reduzir contingentes carcerários e nem sequer reduzir o ritmo de crescimento da população carcerária.

Como dito acima, parece, portanto, que, ao invés de haver desencarceramento de indivíduos com a adoção de penas alternativas, estaria ocorrendo no Brasil, uma ampliação do controle penal. Ou seja, indivíduos que, no passado, talvez não fossem submetidos a nenhuma sanção ou mesmo restrição penal, passaram a ter impostas medidas alternativas à prisão, enquanto que o encarceramento segue em altíssimas taxas.²⁵

4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: ESTRATÉGIAS DE AMPLIAÇÃO

O modelo atual, no qual as penas restritivas de direito são previstas como alternativas ao encarceramento, facultando-se a decisão de substituição ao juiz, implica a manutenção da prisão como referência primordial de punição.

Daí decorre que as alternativas são consideradas como favores ou benefícios, e, por conseguinte, as práticas judiciárias tendem a optar por uma aplicação restritiva, frustrando as expectativas do legislador.

Nesse contexto, eventual recusa ou falha na execução por parte do autor do fato é considerada como duplamente repreensível, tendo em vista o tratamento benéfico dispensado ao acusado com a substituição da pena de prisão, tendendo-se a se impor tratamento mais severo em caso de descumprimento.²⁶

²⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, Vol 1, Nº 1, Junho 2013.

²⁶ De forma semelhante, referindo-se ao sistema belga, SNACKEN, Sonja. Analyse des Mécanismes de La Surpopulation Pénitentiaire. In GRUPE EUROPÉEN DE RE-

Como sugestão para futuras reformas legislativas, pode-se apontar uma revisão de escalas penais para que a decisão de criminalização implique automaticamente a aplicação de medidas alternativas ou, subsidiariamente, a imposição de pena restritiva de direito, não como pena alternativa, mas como pena de referência, inserida já no preceito secundário, a exemplo do art. 28 da Lei 11.343/06.²⁷

A previsão de penas não privativas de liberdade nos preceitos secundários busca afastar a interferência das práticas judiciárias, assegu-

CHERCHERS SUR LA JUSTIÇA PÉNALE. *La Surpopulation Pénitentiaire em Europe*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 22. De acordo com RAUPP, o legislador optou pelo modelo de penas substitutivas temendo pela ausência de mecanismos de reação à eventual inadimplência. Disse a autora, o legislador “não imaginou um sistema de controla da administração de penas (por exemplo, pelo juiz de execução de penas, pelas agências de controle de livramento condicional, etc.). Ele também não pensou no fato de que o juiz podia exigir que o condenado se reapresentasse ao tribunal em caso de desobediência à sentença ou que ele poderia mesmo acrescentar imediatamente um período de encarceramento diante do desrespeito à sanção, sem ter que começar da prisão. Nesse caso, a estimação da duração da pena seria feita em função do valor da pena não cárcere ou das particularidades do caso. Em francês no original: “Il n’imagina pas n système de contrôle de l’administration des peines (par exemple, par le juge d’exécution des peines, par des gents de probation, etc.). In ne pensa pas non plus au fait que le juge pouvait exiger que le condamné revienne devant le tribunal an cas de désobéissance à la sentence ou qu’il pouvait même ajouter immédiatement un période d’incarcération advenant le non-respect de la sanction, sana avoir à commencer par la prison. Dans ce cas, l’estimation de la durée de la peine serai faite en fonction de la valeur de la peine non carcérale ou des particularités du cas. » RAUPP, Mariana Mendonça. *La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l’incarcération*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015.p. 165

²⁷ No sentido do texto, observando que a introdução de pena alternativas no preceito secundário poderia vir a tornar-se mais frequente, GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 314. Também nesse sentido, a proposta da Comissão de Reforma Penal do Canadá. BRODEUR, Jean-Paul. Réforme et difformités pénales. *Déviance et Société*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990. PIREs, Álvaro. La Reforme pénale au Canada: l’apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>. Também a Recomendação Rec (2000) 22 do Conselho Europeu estabelece que convém, sempre que forem elaboradas novas leis, a indicação, para certas infrações de uma pena ou medida não privativa de liberdade como sanção de referência. CONSELHO EUROPEU. COMITÉ DE MINISTROS. Recommendation Rec (2000) 22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant l’amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté, 2000. No mesmo sentido, as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, Regra 14.1. CNJ. Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, 2016.

rando a efetividade dos dispositivos despenalizadores, de forma a garantir a aplicação das medidas previstas nos moldes da decisão político-criminal do legislador.²⁸

Assim, para as condutas que importem grau pequeno ou médio de lesão ao bem jurídico, como, por exemplo, os crimes patrimoniais leves, devem ser previstas somente penas restritivas de direito.²⁹

Já para as condutas mais graves, mesmo que seja admitida a imposição de pena privativa de liberdade, deve haver previsão de penas restritivas de direitos no preceito secundário, de forma a possibilitar uma maior margem de individualização da pena.

A aplicação das penas alternativas poderia ser ampliada, também, por meio da inclusão de mais modalidades de penas alternativas, proporcionando-se ao juiz maior flexibilidade na escolha da pena mais adequada às circunstâncias do fato.

Poderiam ser inseridos, por exemplo, nos preceitos secundários, a advertência,³⁰ a imposição de um período de prova

²⁸ Como observou PAVARINI, “Abstratamente - isto é, prescindindo de todo juízo concreto de eficiência - somente o primeiro sistema de alternatividade em sede legislativa é congruente em relação ao fim de desencarceramento. É esta, de fato, a única estratégia de alternatividade que está em condições de prescindir completamente do próprio cárcere. Somente nestas hipóteses as alternativas à pena detentiva são, absolutamente, diversas dela. E é esta, definitivamente, a única estratégia que pode - uma vez radicalizada - levar a abolição mesma do cárcere.” Em espanhol no original: “Abstractamente - esto es, prescindiendo de todo juicio concreto de eficiencia - solo el primer sistema de alternatividad en sede legislativa es congruente respecto del fin del desencarcelamiento. Es ésta de hecho, la única estrategia de alternatividad que está en condiciones de prescindir completamente de la cárcel misma. Sólo en set hipótesis las alternativas a la pena detentiva son, absolutamente, diversas de ella. Y es esta, en definitiva, la única estrategia que puede - una vez radicalizada - llevar a la abolición misma de la cárcel.” PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyepto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 52.

²⁹ Os crimes patrimoniais leves não mereceriam, segundo SILVA-SANCHEZ, imposição de pena privativa de liberdade, devendo se optar por sanções simbólicas, voltadas para a declaração de culpabilidade e reparação, apesar de sua manutenção no do âmbito do direito penal. SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de cuestión. p. 35 : *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 25, 2004, págs. 331-360

³⁰ A pena de advertência foi prevista no Projeto de Lei 2.684/96, para substituir sanções penais inferiores a seis meses, que consistiria em uma admoestação verbal do condenado, porém foi vetada pelo Poder Executivo. Entretanto, poderia ser inserido nos preceitos secundários de determinados crimes, constituindo, uma censura oral na qual é fixada a culpabilidade, a desaprovação pública do fato, de forma condicionada, como

(“probation”)³¹ ou monitoramento comunitário (como pena imposta sem qualquer previsão de encarceramento),³² procedimentos de mediação, restrições à liberdade de locomoção³³ e recolhimento domiciliar.³⁴

sugeriu BITENCOURT, ou incondicionada, como ocorre no art. 28 da Lei 11.343/06. Como observou o autor, “Na verdade, ao longo do tempo, tem-se constatado que existem situações, para determinados infratores, em que o simples ato de responder a um processo criminal já representa uma reprimenda extraordinária, sendo completamente desnecessário qualquer outro tipo de sanção. Para esses agentes, a admoestação seria, com certeza, a “pena necessária e suficiente” à prevenção e reprovação do fato delituoso. O fundamento de uma sanção desta natureza não reside no fator negativo da punição, mesmo alternativa à prisão, mas no fator positivo de o condenado, por sua própria escala de valores e esforço pessoal, comprovar, ao longo de certo tempo, que não merecia sanção mais grave.” Sobre o tema ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 4976-5022.

³¹ A imposição do período de prova (“probation”) como pena autônoma foi introduzida na Bélgica pela Lei de 8 de janeiro de 2014 e passou a ser aplicada em 2015. O objetivo da medida seria proporcionar ao juiz maior margem de escolha, viabilizando a individualização da pena. Essa modalidade de pena consiste na obrigação para o condenado de respeito às condições particulares estabelecidas durante um período fixado pelo juiz, que não pode exceder dois anos. Sobre o tema ver PAULUS, Julie. *Analyse de l'avant-projet de réforme du livre premier du Code Pénal concernant le sursis à l'exécution des peines e la suspension du prononcé*. Dissertação para obtenção do grau de mestre pela Faculté de Droit, Science Politique et Criminologie. Université de Liège, 2017.

³² O monitoramento ou vigilância comunitária é utilizado em pelo menos quarenta estados norte-americanos, nos programas de período de prova com supervisão intensiva (“intensive supervision probation”, conhecido pela sigla ISP). Nos estados de Geórgia e Illinois, o instituto é utilizado como alternativa ao encarceramento, sendo aplicado aos condenados que seriam enviados à prisão. Sobre o tema ver WILL, Richard. *Intensive Supervision*. TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 89.

³³ Nesse sentido a Recomendação CM/Rec (2017) 3 relativa às Regras Europeias sobre as sanções e medidas aplicadas no seio da comunidade. CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Regras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017.

³⁴ Também o recolhimento domiciliar, previsto no Projeto de Lei que deu origem à Lei 9.714/98, foi vetado pelo Poder Executivo, em razão da ausência de suposta força punitiva. Entretanto, foi incluído na Lei 9.605/98, para ser aplicada nos casos de criminalidade ambiental. Trata-se de pena semelhante à prisão domiciliar, atualmente prevista no art. 117 da LEP como modalidade de execução do regime aberto. Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante. Além disso, é pacífico o cabimento da execução da pena em prisão domiciliar no caso de inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto na comarca onde o condenado cumpre pena (STJ, HC 154947/RS, 5ª T., j. 11.12.2012; STJ, HC179610/RJ, 6ª T.j. 7.2.2013), tendo o STF editado a

Assim, as penas menos invasivas como a multa ou a advertência seriam aplicadas às infrações menos graves, de pequeno e médio ofensivo, reservando-se as sanções mais restritivas (como o recolhimento domiciliar ou a prestação de serviços à comunidade) para as infrações mais graves.

No modelo brasileiro, a coercibilidade das penas restritivas de direito é assegurada por meio da conversão em pena privativa de liberdade, garantindo-se seu êxito, segundo BITENCOURT, pela “previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando a espada de Dâmoques pairando sobre a cabeça do apenado.”³⁵

Como observaram TONRY e HAMILTON, os modelos rigorosos de execução de penas não privativas de liberdade tendem produzir um efeito de alargamento da rede penal (“netwidening”), em razão da conversão automática em pena privativa de liberdade para o caso de descumprimento.³⁶

Segundo os autores, os estudos empíricos sobre os programas de sanções comunitárias apresentam altos índices de descumprimento sem a prática de novos crimes, devido à imposição de condições demasiadamente restritiva ou intrusivas.

Assim, a efetividade das penas alternativas poderia ser ampliada por meio da opção por condições menos restritivas e intrusivas e, além disso, pelo estabelecimento de respostas graduadas aos casos de violação.

Nessa perspectiva, uma primeira violação de uma condição poderia provocar uma admoestação em audiência, uma restrição a privilégios ou restrições específicas por tempo determinado, uma segunda violação

súmula vinculante 56, prevendo a determinação de saída antecipada, liberdade com monitoramento eletrônico e prisão domiciliar no caso de ausência de vagas. Súmula Vinculante 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9, 714/98*. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 4045. No mesmo sentido, GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 324.

³⁶ TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 7

poderia importar a conversão para uma pena restritiva de direitos mais grave, de forma que cada violação recebesse uma reação mais severa.³⁷

O modelo sugerido não é muito diferente daquele introduzido no art. 28 da Lei 11.343/06, no qual a coercibilidade não é assegurada pela possibilidade de conversão à pena privativa de liberdade, prevendo-se somente a possibilidade de admoestação e multa, em caso de recusa.³⁸

O modelo brasileiro admite a aplicação das penas alternativas para reincidentes desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44 parag. 3o do CP).

Em outras palavras, o legislador deixou ao juiz a decisão de vedar ou permitir a substituição no caso do reincidente, salvo no caso da reincidência específica, hipótese em que se optou pela absoluta vedação.

³⁷ TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 7. Na mesma perspectiva, a Recomendação n. 12 do Conselho Europeu sobre sanções e medidas aplicadas na comunidade. Como observado nos comentários, a autoridade competente deve permitir a manutenção da medid, impor outra sanção ou medida, impor uma sanção pecuniária ou, em último caso, aplicar uma pena de prisão. “É justamente o caso, sempre que um grave inadimplemento das obrigações se produz ao fim de um período probatório no curso do qual o autor da infração teve uma conduta satisfatória até aquele momento. O caráter substitutivo inerente às sanções e medidas aplicadas na comunidade seria reduzido a nulo se a autoridade de decisão não tivesse outra escolha além de impor sistematicamente uma pena de prisão. Sempre que a autoridade competente solicitar o parecer da autoridade de execução no que se refere à reação apropriada, esta última deve ser mostrar positiva e fazer prova de imaginação para sugerir sanções e medidas aplicadas na comunidade que sejam mais apropriadas e cuja aplicação seja mais propícia ao adimplemento.”. No original em francês: “C’est notamment le cas lorsqu’un grave manquement aux obligations se produit à la fin d’une période probatoire au cours de laquelle l’auteur d’infraction a jusqu’à présent affiché une conduite satisfaisante. Le caractère substitutif inhérent aux sanctions et mesures appliquées dans la communauté serait réduit à néant si l’autorité de décision n’avait d’autre choix que d’imposer systématiquement une peine d’emprisonnement. Lorsque ladite autorité sollicite l’avis de l’autorité d’exécution concernant la réaction appropriée à un manquement avéré, le personnel de cette dernière devrait se montrer positif et faire preuve d’imagination pour suggérer des sanctions et mesures appliquées dans la communauté qui soient à la fois plus appropriées et dont le respect est plus probable. » CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Regras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017. p. 9.

³⁸ Segundo GRECO e RASSI, o dispositivo foi criticado pela escassa coercibilidade, porém a própria legislação teria fornecido instrumentos para a garantia da eficácia das medidas previstas. Sobre o tema ver GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1015

Isso porque a aplicação de penas restritivas de direitos é admissível em caso de reincidência, salvo algumas hipóteses excepcionais, na qual se deve dar preferência à pena privativa de liberdade.

A forma de redação do dispositivo dá ensejo, porém, à aplicação restritiva da norma, reduzindo-se a efetividade do instituto no que se refere à redução da população carcerária, na medida em que, como demonstrado acima, as práticas judiciárias tendem a ampliar o uso do encarceramento no exercício da margem de discricionariedade judicial.

Resulta daí a necessidade de modificação do dispositivo, no sentido de se excluir a vedação da substituição da margem de discricionariedade do juiz, deixando de se prever uma cláusula genérica de restrição para os casos de reincidência, sem prejuízo do estabelecimento genérico de hipóteses específicas de vedação, no caso, por exemplo, da prática reiterada de crime graves contra a pessoa.³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país de longa tradição punitiva. Particularmente, o sistema penitenciário nacional apresenta péssimas condições e superlotação desde sempre e a adoção de uma legislação mais moderna, como resposta ao terrível legado dos governos militares, não foi capaz de modificar este estado de coisas.

A adoção das penas alternativas a partir de 1984 e, sobretudo, de 1998 no direito brasileiro criou, ao longo das décadas, um sistema de aplicação e de seu acompanhamento. A estrutura é ampla e permitiu a expansão rápida e consistente de tais medidas. Hoje, embora no ideário popular, ainda se associe pena com prisão, a sanção penal mais comum no Brasil passou a ser a pena restritiva de direitos.

Esta situação, longe de ser motivo para orgulho, demonstra uma realidade preocupante: o sistema penal brasileiro se expande aceleradamente. Isto, pois, não houve redução dos contingentes carcerários e o número de pessoas submetidas a outras penas ou medidas cresceu espantosamente.

³⁹ No sentido do texto, CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017. p. 11.

Assim, pode-se dizer que, mais do que nunca, o Brasil tem se convertido em verdadeiro estado penal, em que o controle sobre os indivíduos, no cárcere ou fora dele, é característica do nosso tempo. Neste quadro, é preciso que se reflita sobre a adoção de dispositivos ou mecanismos que permitam que as penas alternativas sirvam para reduzir contingentes carcerários, ao invés de ser mero instrumento de gestão penal.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro*- I. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle.
- CNJ. Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, 2016.
- CONSELHO EUROPEU. Recommendation Rec (2000) 22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté, 2000.
- CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017.
- DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização Junho de 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.
- DOTTI, René Ariel. Problemas atuais da execução penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 20, 1981.
- DOTTI, René Ariel. O sursis e o livramento condicional nos projetos de reforma do sistema. *Revista do Serviço Público*, 1983, 40.2: 31-40.
- DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Forense, 1988.
- DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. *Revista dos Tribunais*, 1991, 664: 239-249.
- DOTTI, René Ariel. História da legislação brasileira II: A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984). *Revista brasileira de ciências criminais*, 1996, 13: 301-317.
- DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. Imprensa: Curitiba, JM, 1999.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. *Revista dos Tribunais*, 2003, 768: 421-429.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. Revista dos Tribunais, 2003.

DOTTI, René Ariel. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11, 2003.

DOTTI, René Ariel. A reforma do sistema de penas: antigos e novos desafios 20 anos depois. *Boletim IBCCRIM*, 2004, 6-8.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2012.

DOTTI, René Ariel. O pobre no direito e processo penal. *Revista USP*, (101), 45-54. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p45-54>.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SUESSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense 1980, p. 31 e seguintes.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. *Relatório Final de Pesquisa*. Brasília, 2006.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB* Ano 1 Vol 1 Nº 1 Junho 2013.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; GUEIROS, Artur. *Direito Penal*. Volume Único. São Paulo: Atlas, 2020. Edição Kindle.

MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A Lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 54 abr./jun. 1977.

PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*. 3ª ed., Paris: Dalloz, 2008.

RAUPP, Mariana Mendonça. *La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015.

REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de cuestión. P. 350: *Estudios penales y criminológicos*, N°. 25, 2004, págs. 331-360.

SNACKEN, Sonja. Analyse des Mécanismes de La Surpopulation Pénitentiaire. In GRUPE EUROPÉEN DE RECHERCHERS SUR LA JUSTIÇA PÉNALE. *La Surpopulation Pénitentiaire em Europe*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995.



O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL

RODRIGO MORAES DE OLIVEIRA¹

FABIO ROBERTO D'AVILA²



RESUMO

O princípio da individualização da pena, de extração constitucional no Brasil, é uma garantia-chave na orientação da resposta penal no Estado Democrático de Direito. Ao versá-lo como direito fundamental o Constituinte brasileiro fez acoplar um rol de penas admitidas, dispondo, ao lado da sanção carcerária – e como que em reconhecimento da sua crise –, outras espécies, menos aflitivas e mais eficazes, de sorte a orientar o trabalho do legislador. No horizonte doutrinário, há mais de um século está claro que a garantia da individualização se materializa, necessariamente, em três fases distintas e sucessivas (a legislativa, a judicial e a executiva). Já no espaço da Suprema Corte, após mais de uma década admitindo que a vedação da progressão de regime na execução da pena privativa de liberdade – nuclear na fase executiva da individualização – não atritava com a garantia, reviu-se o entendimento. Em precedente histórico, ecoando a larga crítica da doutrina nacional, fez-se a adequada recuperação hermenêutica do princípio, com a reafirmação de que ele se irradia nas três fases referidas, não podendo, jamais, prescindir da progressividade em sua última etapa. Mais tarde, em novos desafios à garantia, por imposições normativas de automático tratamento mais gravoso a impedir a individualização na fase

¹ Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9704-3610>.

² Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7695-7448>. E-mail: davila@davilaoliveira.adv.br

judicial, a Corte reforçou o seu compromisso com o respeito ao princípio em toda a sua extensão, não se furtando em pronunciar as respectivas inconstitucionalidades. Em suma, o Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a estrutura tríplice da individualização da pena, resgata o DNA da garantia ao mesmo tempo em que reafirma o seu permanente compromisso com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: princípio da individualização da pena; dignidade da pessoa humana; fase legislativa; fase judicial; fase executiva.

SUMÁRIO

1. Homenagem ao Prof. Doutor René Ariel Dotti; **2.** Origens do princípio da individualização a pena; **3.** Rol de penas admitidas pelo princípio da individualização da pena; **4.** A atual conformação doutrinária do princípio da individualização da pena; **5.** Direito penal simbólico na legislação brasileira: ataque à individualização da pena e redução do seu conteúdo na jurisprudência do STF; **6.** Recuperação hermenêutica da identidade do princípio: a Suprema Corte (r)estabelece o conteúdo da garantia da individualização da pena; **7.** Considerações finais; Referências.

1 HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR RENÉ ARIEL DOTTI

“O direito penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do Homem”, a compreender, por consequência, “também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana”.³ Assim manifestava-se o nosso homenageado sobre a missão do direito penal. René Ariel Dotti era, pois, acima de tudo, um humanista.

Enquanto tal, ocupou-se do crime à pena, do criminoso ao sistema penal. Uma obra ampla, cuidadosa e compreensiva. Marcada pela incommum entrega de grandes espíritos, a tomar o direito como verdadeira vocação e a ver nas pessoas a ele submetidas um compromisso pessoal a ser atendido. Ofício a ser exercido sob a inspiração, constante inspiração, dos mais elevados princípios humanitários.

Foi um defensor da abolição da pena de morte. Acreditava que Constituição brasileira deveria, de uma vez por todas, “abolir a pena de

³ DOTTI, René Ariel. *Reforma Pena Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 332.

morte mesmo para as hipóteses da legislação penal militar em tempo de guerra”.⁴ Levantava-se, também, contra a pena de prisão perpétua. Sanção “igualmente atentatória à dignidade humana”.⁵ De forma contundente proclamava o nosso homenageado: “a destruição da vida humana e a supressão eterna da liberdade negam, aprioristicamente, o valor do Homem como esperança de redenção”, a permitir, de forma triste e derradeira, a conversão da “pena em instrumento de terror”.⁶

Diferente linha não teve as suas já saudosas lições sobre a individualização da pena. Razão que, por fim, se impôs na escolha do tema para essa singela homenagem.

O tempo, bem sabemos, é o mais duro dos algozes. A ele ninguém escapa. Os nossos ideais, contudo, insistem em enganar o tempo. Seguem vivos naqueles que soubemos tocar. René Ariel Dotti, mais do que isso, inspirou toda uma geração de penalistas. Suas lições espalham-se em um país continental, a nos permitir viver inspirados. Que saibamos, Prof. Dotti, levar adiante a responsabilidade pela construção de um direito penal melhor e mais humano.

2 ORIGENS DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO A PENA

Atualmente albergado no inciso XLVII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, o princípio da individualização da pena era garantia desconhecida nas Constituições brasileiras até a Carta de 1946. Nesta, pela primeira vez, se leu que “[a] lei penal regulará a individualização da pena”, inscrito no §29, primeira parte, do seu artigo 141 (que abria o capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais), vizinhando com o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, inserido na parte final desse mesmo parágrafo⁷. O princípio se manteve na Constituição de 1967,

⁴ DOTTI, René Ariel, op. cit., p.351.

⁵ DOTTI, René Ariel, op. cit., p.352.

⁶ DOTTI, René Ariel, op. cit., p.352.

⁷ Nesse sentido, ao examinar a Constituição de 1946, Themistocles Cavalcanti aduziu que “[o] princípio está hoje consagrado nos diversos sistemas penais, mas pela primeira vez se integra em texto constitucional” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949, p. 236).

previsto no seu art. 150, §13, parte final (desta feita ao lado do princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena, disposto no início do parágrafo), e permaneceu sem alterações no texto introduzido pela Emenda Constitucional nº 1, em 1969, renumerado para o art. 153, §13.

Embora a introdução da garantia em âmbito constitucional tenha se dado à saída do Estado Novo, em um movimento de redemocratização do país, e que o fenômeno esteja perfeitamente ajustado ao espírito desse tempo, é difícil recuperar o momento exato da propositura do seu texto. Muito porque, diferente das Cartas anteriores, a de 1946 não partiu de um projeto preordenado, submetido a debate na assembleia constituinte, mas se construiu pela (re)apropriação de dispositivos das Constituições de 1891 e 1937, com olhos voltados às fontes formais do passado e, pois, de costas para o futuro⁸ (sendo certo, como já referido, que o princípio não provém dessas Cartas precedentes).

Creemos que a elevação do princípio à classe de garantia individual na Carta de 1946 é reflexo de um debate nas ciências criminais que se colocara na ilustração, crescera ainda na segunda metade do século XIX e que já havia alcançado a legislação ordinária brasileira (nomeadamente, o Código Criminal de 1830, o Código Penal de 1890 e o Código Penal de 1940) antes que a constitucional.

Nas duas primeiras codificações, pode-se dizer que a percepção sobre a necessidade de se individualizar a pena é fruto direto da crítica iluminista, no esforço humanitário por ela empreendido de abandono das penas atroz, de abolição da pena de morte e, assim, de busca pela proporcionalidade⁹. Embora com a permanente desconfiança, típica desse

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85.

⁹ Por todos, vale lembrar as reflexões de Beccaria: “... o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido. Poderá, num corpo político – que, bem longe de agir por paixão, é o tranquilo moderador das paixões particulares – poderá albergar-se esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos tiranos débeis? Os gritos de um infeliz reclamam porventura do tempo que não retorna às acções já consumadas? O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro no espírito dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu”; e, no fecho da obra, destaque-se a sua precisa síntese: “[d]e quanto se viu até agora, pode deduzir-se um teorema geral

período, em dar-se demasiada liberdade ao juiz¹⁰, a lei penal brasileira já havia consagrado alguma possibilidade de individualização judicial da pena. No Código de 1830, a pena era cominada em três graus fixos¹¹, e a individualização em um deles pressupunha que o juiz avaliasse a presença, no caso concreto, de agravantes e atenuantes previstas¹². Esse espaço fora ampliado no Código de 1890, com a adoção, como regra, de um mí-

muito útil, mas pouco conforme ao uso, que é o mais vulgar legislador das nações: *para que toda a pena não seja a violência de de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis*" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 84, 85 e 163). Em texto introdutório à belíssima tradução por ele empreendida da obra de Beccaria, Faria Costa observa: "Efectivamente, como não deixar de nos espantar quando, rompendo com tudo, se advoga a doçura das penas?... Como não nos deliciarmos perante a harmonia da proporcionalidade entre a gravidade da infracção e a gravidade da moldura penal abstracta? Como não sermos tocados pelo inteligentíssimo aproveitamento da ideia difusa e popular de que mais vale prevenir do que remediar? Eis, em termos de paupérrima fulguração descritiva, alguns tímidos exemplos da riqueza interrogante do texto de Beccaria" (FARIA COSTA, José de. *Ler Beccaria hoje*. In BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 26 e 27). Essas e outras lições, como observa Marinucci no outro magnífico texto de introdução à mesma obra, "... reclama para qualquer bom penalista, que se interroge constantemente, como Beccaria, sobre a legitimidade do direito de punir, e tendo sempre como estrela polar de qualquer reforma – como ensinou Beccaria – a intransigente defesa da inviolável dignidade do homem" (MARINUCCI, Giorgio. *Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo*. In BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 53).

- ¹⁰ Daí o apreço pela legalidade, encontrado em Beccaria (v. trecho acima) e, antes, imortalizado nas palavras de Montesquieu, segundo as quais "[n]o governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei (...) os juízes da nação são apenas, com já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei" – gênese da famosa expressão *juiz boca da lei / le juge est la bouche de la loi* (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175 e 87).
- ¹¹ Os tipos penais previam uma pena no grau mínimo, outra no grau médio e mais uma no grau máximo: "Art. 33. Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio" (*Código Criminal do Império do Brasil* (1830). In PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. Bauru: Ed. Jalovi, 1980, p. 171).
- ¹² O artigo 15 dispunha que "[a]s circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes influirão na agravação ou atenuação das penas com que hão de ser punidos dentro dos limites prescritos na lei". As agravantes constavam dos artigos 16 e 17, as atenuantes do artigo 18. A *sensibilidade do ofendido* era disposta como elemento a ser considerado para a agravação ou atenuação da pena (cf. o artigo 19). Cada circunstância precisava ser provada e a dúvida levaria a imposição da pena no grau médio (cf. o artigo 20) (*Código Criminal do Império do Brasil* (1830). In PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 169, 170).

nimo e de um máximo de pena cominada em cada tipo penal, e nesse intervalo o juiz poderia individualizar a pena em até cinco graus, conforme houvesse agravantes e atenuantes a considerar¹³.

No marco teórico seguinte, individualizar a pena significava partir de uma imaginada classificação de criminosos e, sobretudo, estava calçada na noção de periculosidade, compreensões que são tributárias do pensamento do positivismo criminológico, que floresceu desde os escritos de Cesare Lombroso¹⁴ e se desenvolveu em termos jurídico-penais nas obras de Raffaele Garofalo¹⁵ e Enrico Ferri¹⁶.

¹³ Esse sistema, de penas tabuladas, emerge das regras de medição inseridas no artigo 62: “[n]os casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: §1º. No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio. §2º. Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo. §3º. Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.” (*Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* (1890). In PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 275).

¹⁴ Com destaque para o seu conceito de criminoso nato, a designar os indivíduos que estariam determinados à prática de crimes por efeito direto de condições orgânicas herdadas (atavismo), os quais não possuíam, portanto, livre arbítrio, e cuja periculosidade só seria contida mediante detenção perpétua (LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Trad. e notas Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 22, 41 e 63).

¹⁵ Partindo de uma definição de *delito natural* como ofensa aos sentimentos altruístas que compõe a *moralidade elementar de um povo civilizado*, Garofalo procurou teorizar a respeito das consequências jurídicas aplicáveis aos criminosos. Chegou a elaborar um *sistema racional de penalidade*, no qual a pena de morte é sustentada como primeira alternativa, seguida de exílio, rejeição, deportação, reparação, internação em manicômio judicial, sendo o encarceramento cogitado apenas como última hipótese. Sua contribuição mais duradoura, porém, está na elaboração do conceito de *temibilidade*, que oferecia como elemento modulador da medida da pena, e que hoje ainda, sob a designação de periculosidade, aparece como referencial para a aplicação e manutenção das medidas de segurança no Brasil (GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. Porto: Magalhães & Figueiredo, 1908, p. 25-31; 59-60; 74-75; e, 471-504).

¹⁶ Ferri defendeu que o *critério da periculosidade* não colocava riscos à liberdade do cidadão, posto que “tal critério – na justiça penal – não tem função jurídica se não depois do crime”. E, nesse ponto, esclareceu: “Com efeito, torna-se necessário precisar que a função jurídica da periculosidade não é dar fundamento à imputabilidade e responsabilidade penal, como não o é a anormalidade físiopsíquica... A anormalidade

Mais tarde, em uma tentativa eclética, de combinação de elementos do direito penal da ilustração com construções do positivismo, encontramos em Liszt a proposta de uma *ideia de fim do direito penal*, que exige o cumprimento do princípio da individualização da pena, a instrumentalizar-se em vista do agente do delito, promovendo a “correção dos delinquentes que necessitem de correção e capazes dela”, a “intimidação dos delinquentes que não necessitem de correção” e a “neutralização dos delinquentes não suscetíveis de correção”¹⁷. Ao fim e ao cabo, em sua essência, a construção lisztiana vai ao encontro dos postulados positivistas da defesa social, que, em matéria de formulação de tipos penais, tendem a subjetivação, e, em termos de individualização da pena, trabalham com a “proposta, que tanta fortuna terá na cultura e na prática penal deste século, da diferenciação da pena segundo a personalidade dos réus”¹⁸.

é um dos elementos de avaliação da periculosidade e a periculosidade é o critério fundamental para a adaptação – legal, judiciária, executiva – da sanção penal à personalidade do delincente” (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime*. Trad. Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 280). Ainda sobre o legado da obra dos positivistas, podem ser sintetizados os seguintes postulados: emprego do método experimental no estudo da delinquência; crença na responsabilidade social derivada do determinismo e da *temibilidade* do delincente; compreendendo-se o delito como um fenômeno natural e social produzido pelo homem; que leva a justificação da pena não como castigo, mas como meio de *defesa social* (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 62-64).

¹⁷ LISZT, Franz Von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. [O Programa de Marburgo (1882)]. Estudo preliminar de Luis Jimenez de Asúa. Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1994, p. 115 a 126. Aos incorrigíveis, assim considerados aqueles que reincidissem em crimes graves pela terceira vez, Liszt propunha pena por tempo indeterminado, com perda perpétua dos direitos civis e dos títulos honoríficos (a enfatizar o caráter desonroso da pena), a ser cumprida em presídios, de modo comunitário, em situação de servidão, com máxima exploração do trabalho e admissão de sanções corporais aplicáveis a título disciplinar, mas sempre conservando alguma esperança de liberdade, a ser avaliada em intervalos longos (a cada 5 anos), por uma comissão revisora em sede de execução penal, que poderia conceder uma espécie de progressão, para a sequência da pena em situação menos gravosa, imediatamente revogável se praticado novo delito, com regresso à situação anterior e significativo aumento da pena pela reincidência.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría Del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997, p. 268. Nesse mesmo ponto, seguindo na crítica, Ferrajoli ainda pondera: “[q]ue um resultado semelhante contradiga o princípio da certeza e da estrita legalidade penal, do qual Liszt se proclamou sempre acirrado defensor, não é senão um signo mais do ecleticismo teórico desta orientação”.

Pois bem, todo esse arcabouço teórico já havia chegado ao Brasil, impactando, inicialmente, os projetos que pretendiam reformar o Código Penal de 1890. A influência fez-se notar nos projetos Sá Pereira (1927-1937)¹⁹ e Alcantara Machado (1938)²⁰. Este último projeto, amplamente revisto (a ponto de o autor renegar a paternidade, por considerar que fora desfigurado) pelo trabalho de uma comissão formada por Costa e Silva, Roberto Lyra, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga²¹, foi então apresentado ao Executivo em 4 de novembro de 1940, vindo a ser sancionado à 7 de dezembro do mesmo ano, com vigência a partir de 1º

¹⁹ SÁ PEREIRA, Virgílio de. Projeto de Código Criminal (Ante-projeto oficial da autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, revisto pela 6ª Sub-Comissão Legislativa, composta dos Drs. Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, sobre a presidência do autor) in *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1933, Vol. III, p. 146 e seguintes. No projeto era nítida a introdução de elementos do positivismo criminológico, como na classificação de criminosos inculpada em seus artigos 40 a 42 (distribuídos em reincidentes; profissionais, incorrigíveis e por índole; e, momentâneos, ou por índole) e na proposta de individualização da pena tendo por bases a personalidade, a periculosidade do réu e sua correspondente classificação (no que previa, no artigo 100: “CRITÉRIO SUBJETIVO-OBJETIVO. Art. 100. Fixando a pena, atenderá o juiz: I. à personalidade do criminoso, ao perigo social que exprima, e à categoria em que o deve classificar (arts. 40 a 42)”).

²⁰ MACHADO, Alcantara. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 11 e 62. Novamente a influência do positivismo é notável, com o oferecimento de uma classificação de criminosos (nos artigos 20 a 23, dispostos em racionais, por tendência, reincidentes e habituais), e a previsão da individualização da pena tomando a personalidade do réu como vetor central. Dizia o autor: “Mas, apesar de tudo, muito maior será no regime do ante-projeto, do que no regime vigente, o âmbito em que poderá mover-se o julgador na aplicação da pena, para adequá-la à personalidade do criminoso; tanto mais quanto a distância entre o máximo e o mínimo, estabelecidos para cada espécie de infração na Parte Especial, é, em regra, tamanha, que permite ao poder judiciário uma grande liberdade na determinação da quantidade da pena aplicável”. Com efeito, sob o título “Da aplicação da pena”, nos artigos 43 e 44, o projeto realmente situava a personalidade como núcleo da individualização da pena: “Art. 43 – Compete ao juiz, fundamentando cumpridamente a decisão: I – determinar a quantidade da pena aplicável, quando a lei estabelecer alternativamente mais de uma; II – determinar, dentre dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. § único – No exercício desses poderes o juiz atenderá: I – a personalidade do agente; II – as circunstâncias que agravam ou atenuam o crime; III – as causas de aumento e diminuição da pena.”; e, “Art. 44 – Para formar juízo sobre a personalidade do agente, o juiz terá em conta: I – a idade, educação e situação econômica do réu, os seus antecedentes judiciais ou penais e procedimento na vida individual, familiar e social; II – o seu comportamento e estado de ânimo antes, durante e depois do crime; III – quaisquer outros elementos que contribuam para o conhecimento de seu temperamento e caráter.”

²¹ MACHADO, Alcantara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*. Separata de “Direito”. São Paulo: Feitas Bastos, 1941, p. 20.

de janeiro de 1942²². Se, de um lado, restou expurgada do Código Penal de 1940 a odiosa ideia de se classificar criminosos, de outro, seguiu infiltrada a herança do positivismo inculpada na personalidade como base para a individualização da pena, cercada de outros elementos (como os antecedentes e a reincidência)²³ capazes de tirar, de forma sub-reptícia, o fato-crime do centro das atenções (não apenas no instante do julgamento do mérito, como, uma vez afirmada a condenação, também nas etapas seguintes em que se dará a individualização da pena²⁴).

Retornamos, assim, ao ponto: esse longo caminho percorrido pelas ciências penais explica a importância do debate sobre a individualização da pena e, à falta de um registro preciso do processo confecção do texto da Carta de 1946, parece ser a justificativa mais convincente para a apropriação da mesma, para além da legislação ordinária, ao nível constitucional, como garantia individual.

O atual Código Penal, anterior a Constituição da República de 1988, manteve, com algumas modificações, a ideia da individualização da pena em moldes semelhantes ao anteriormente previsto²⁵, enquanto os seus

²² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo III. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p 169.

²³ Sob o título “Fixação da pena”, o artigo 42 do Código Penal de 1940 fixava as diretivas que deveriam ser observadas para essa individualização: “[c]ompete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”. Esse dispositivo foi seguido de uma série de regras que pormenorizavam o labor judicial, dispondo agravantes, dentre as quais a reincidência, e atenuantes (nos artigos 44 a 49) e causas de aumento e de diminuição da pena (referidas no artigo 50 e com previsão em quantidades fixas ou variáveis, em dispositivos esparsos, presentes tanto da parte geral como na especial) (*Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal*. In PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 456, 457). Daí a conclusão no sentido de que o Código Penal de 1940 adotou, ainda que de modo implícito, o chamado método trifásico para a medição/individualização da pena privativa de liberdade.

²⁴ Para mais, v. *infra*, ao cabo da nota explicativa sobre a fase da *individualização judicial* da pena.

²⁵ Sobre as modificações, ver BRASIL. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 211, de 9 de maio de 1983 (*Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP*), pontos nº 49 e seguintes. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 16 fev. 2021.

desdobramentos na fase do cumprimento da pena foram detalhados na Lei de Execução Penal (igualmente pré-constitucional).

3 ROL DE PENAS ADMITIDAS PELO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição de 1988, também lista as penas que estão permitidas no país, o que se conjuga com inciso XLVII, que especifica as penas proibidas (o qual, em combinação com essa e outras previsões, expressa o princípio da humanidade das penas). Inova, assim, na medida em que a indicação de penas possíveis ao lado da garantia da individualização não aparece nas Cartas anteriores.

De outra parte, o rol oferecido trata de gêneros de penas admitidas. É importante destacar esse aspecto, porque pode o legislador ordinário conformar novas espécies de pena, desde que o faça observando alguma das classes referidas²⁶. São elas:

a) *privação ou restrição da liberdade*:

A pena que priva a liberdade é a de prisão (que implica em encarceramento), assim entendida aquela que será executada nos regimes aberto, semiaberto e fechado, com a perda do direito à liberdade de locomoção em intensidades distintas (da menor para a maior²⁷). A legislação penal trabalha com três espécies de pena privativa de liberdade (a *reclusão*, a *detenção* e a *prisão simples* – esta somente prevista para as contravenções penais), sendo que, por exigência da legalidade dos delitos e das penas (artigo 5º, inciso XXXIX), a espécie integra a cominação da pena no pre-

²⁶ CARVALHO, Salo de. Princípio da Individualização da Pena. In CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos), LEONCY, Leo Ferreira (coordenador executivo). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 432.

²⁷ Desse modo, a pena no regime aberto se executa mediante o recolhimento em casa de albergado (prédio em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos prisionais, caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga), durante o repouso (em regra, pernoite) e nos momentos de folga (assegurado, pois, o direito à saída nos horários de trabalho) – cf. a LEP, artigos 93, 94 e 115; no regime semiaberto a pena se executa em colônia agrícola, industrial ou similar, em alojamentos coletivos (cf. a LEP, artigos 91 e 92); no regime fechado a pena é cumprida em penitenciária, observando-se o alojamento, segundo a norma, em cela individual (cf. a LEP, artigos 87 e 88).

ceito secundário de cada figura típica (*vg.*, *reclusão*, de 6 a 20 anos, no tipo de homicídio simples – CP, artigo 121, *caput*, etc). A condenação à pena de reclusão coloca a possibilidade de início de cumprimento da pena em qualquer dos regimes referidos, enquanto, se for à pena de detenção ou prisão simples, só se admite o início da execução nos regimes aberto e semiaberto (nesse sentido, CP, artigo 33, *caput*; e, Lei das Contravenções Penais, artigo 6º). Há, também, a possibilidade de se executar a privação de liberdade mediante prisão domiciliar, em caráter excepcional (LEP, artigo 117, prevista para presos do regime aberto, mas estendida por via jurisprudencial aos presos dos demais regimes).

Ainda sobre a privação de liberdade, é de se observar, por efeito deletério do hiperencarceramento e da falta de investimentos na infraestrutura prisional, que a programação legislativa da execução dessas penas se encontra severamente comprometida. Evidência indisputável dessa crise foi a edição da súmula vinculante nº 56²⁸, ao ensejo do julgamento de recurso extraordinário²⁹ no qual a Suprema Corte enfrentou o problema da falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto, no qual o princípio da individualização da pena também aparece como razão de decidir. O

²⁸ Com o seguinte texto: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

²⁹ Trata-se do RE 641.320/RS, ao qual a Súmula, curiosamente, remete, e sem o qual não se pode compreender o seu alcance (algo, sinale-se, inédito). Eis o trecho fundamental da longa ementa: “2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. *Violação aos princípios da individualização da pena* (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 641.320, J. 11 de mai. de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 de ago. de 2016).

resultado, conquanto passível de crítica³⁰, reafirma e consolida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no assunto, que jamais admitiu que as condenações em regime inicial mais brando segundo a sentença transitada em julgado (na qual, pois, se individualizara a pena) fossem executadas em regime mais grave por ausência de vaga no estabelecimento legalmente previsto.

Na classe de *restrição da liberdade*, que, por exclusão lógica, cobre as penas que não privam a liberdade de locomoção (que não encarceram), a Carta autoriza a adoção de penas diretamente cominadas que, em geral, ainda não temos. Atualmente, cautelares alternativas à prisão preventiva presentes na legislação processual penal (CPP, artigo 319), como o recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga, a proibição de contato com pessoa determinada, a proibição de acesso ou frequência de certo local, a monitoração eletrônica, etc, podem, muito bem, no porvir, ser previstas em tipos penais, como pena propriamente, nesse gênero assegurado pela Constituição. No momento, há um único tipo em penal em toda a legislação pátria que comina, de modo direto, penas dessa natureza. Trata-se do artigo 28 da Lei de Drogas, que ainda manifesta a equivocada opção pela criminalização e punição do usuário, prescrevendo as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (além da prestação de serviços à comunidade – que é espécie de prestação social alternativa).

b) perda de bens:

A perda de bens aparece no Código Penal como um dos efeitos genéricos de toda a condenação criminal, quando for o caso, na medida em que recai sobre “os instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” e sobre “o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, artigo

³⁰ Para as razões sobre como se pode identificar o ativismo judicial explícito na decisão desse recurso extraordinário nº 641.320/RS e na súmula vinculante nº 56 (que sacramentaram a possibilidade de penas iguais serem executadas dos modos mais diversos, a depender do grau de falta de infraestrutura em cada região), com a indicação de uma nova abordagem capaz de enfrentar o problema da falta de vagas sem ativismos, ver OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e Prisão*. Ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 404 e seguintes.

91, inciso II). Os bens licitamente adquiridos pelo condenado não podem ser objeto de perdimento (vedação da pena de confisco), com a ressalva da hipótese de que o produto ou proveito do crime não sejam encontrados ou quando estiverem localizados no exterior (CP, artigo 91, §1º).

Destaca-se a recente alteração feita no Código Penal pela Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), que inseriu o art. 91-A, o qual inaugura uma noção expandida de perda de bens. Estipula que em condenações “por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. Note-se que a expressão “como produto ou proveito do crime” trabalha com uma burla evidente: permite que algo que não seja efetivo produto ou proveito do crime passe a sê-lo, por espécie de transmutação, desde que o declare o juiz sentenciante. Implementa-se nítida pena de confisco, coroada com impressionante inversão do ônus da prova, disposta no §2º do novo texto, segundo o qual “[o] condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”. A ver, pois, os desdobramentos do tema na Suprema Corte, que em algum momento haverá de decidir sobre a constitucionalidade de uma tal construção.

Por fim, a perda de bens também aparece como modalidade de pena restritiva de direitos (CP, artigos 43, inciso II e 45, §3º), manejada, então, nesse caso, como uma substitutiva (quando preenchidos os requisitos) da pena propriamente dita, cominada no tipo, privativa de liberdade. Há crítica pelo fato dessa pena alternativa acabar por admitir que o patrimônio legitimamente adquirido pelo condenado venha a ser atingido, a consubstanciar espécie de pena de confisco³¹.

c) multa:

A multa é amplamente utilizada na legislação. Como pena, pressupõe cominação típica, e aparece prevista isoladamente (só multa), cumulativamente com pena privativa de liberdade (e multa) ou de modo alternativo a ela (ou multa).

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral I. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 655.

Também aparece como pena restritiva de direito (CP, artigo 60, §2º), quando sua aplicação, em caráter substitutivo à pena privativa de liberdade, dispensa cominação (CP, artigo 58, parágrafo único).

A medição da multa observa as previsões gerais do CP, artigos 59, II, 49 e 60, encontrando, porém, algum tratamento específico em crimes de algumas leis especiais (*v.g.*, em crimes licitatórios, contra o consumidor, contra o sistema financeiro nacional, crimes da Lei de Drogas, etc).

d) prestação social alternativa:

O Código Penal a prevê sob o nome de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas (CP, artigos 43, inciso IV e 46) e está disposta como espécie de pena restritiva de direitos (em possível substituição da privativa de liberdade aplicada). Não é exagero afirmar que se trata do *case* de maior sucesso entre as penas alternativas, e, até por isso, tem-se a evidência de que o legislador poderia dela fazer uso como pena principal, cominando-a diretamente em certos tipos penais.

e) suspensão ou interdição de direitos:

A suspensão de direitos aparece na própria Constituição, no seu artigo 15, inciso III, sob a figura da suspensão de direitos civis e políticos, como um efeito de toda a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos (isto é, enquanto a pena não é extinta). Como interdição de direitos (que, acreditamos, engloba a eventual impossibilidade do titular e vir a exercer um direito e, também, a eventual perda de direitos), e ainda na classe de efeitos da condenação, no artigo 92 do CP (efeitos específicos, que precisam ser motivadamente declarados na sentença – ou seja, não são automáticos, nos termos do parágrafo único desse mesmo dispositivo), encontramos: a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; e, a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Suspensão e interdição relativos à permissão para dirigir e à habilitação para dirigir veículo automotor também podem ser encontrados no Código de Trânsito Brasileiro (artigos 293 e seguintes).

Outrossim, a suspensão e a interdição de direitos têm previsão como pena substitutiva da privativa de liberdade, com duração pelo tempo da pena substituída, sob as variantes previstas no art. 47 do CP (*v.g.*, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos, proibição de frequentar determinados lugares, etc).

Como se pode perceber, o constituinte de 1988, ao optar pela ampliação do rol de penas possíveis, deliberadamente buscou retirar o protagonismo da pena privativa de liberdade. Trata-se do reconhecimento da *falência da pena de prisão*³² e, assim, da necessária abertura à punições que possam se materializar por outros meios, menos aflitivos e mais eficazes, que vem já vem orientando o legislador ordinário, como bem evidencia a ampliação das espécies e do âmbito de aplicabilidade das penas alternativas (com a modificação de todo o respectivo capítulo do CP, procedido pela Lei 9.714/98).

4 A ATUAL CONFORMAÇÃO DOUTRINÁRIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Em termos doutrinários, vem de longe a ideia de que a pena merece individualização em três etapas. Raymond Saleilles é apontado como o primeiro autor a oferecer uma tal estruturação³³, em livro aparecido pela primeira vez em 1898, sob o título “*L’Individualisation de la Peine. Etude de criminalité sociale*”³⁴. Nessa obra, apresentou cada etapa em um capítulo:

³² Na precisa expressão de BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

³³ Nesse sentido: BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 144.

³⁴ SALEILLES, Raymond. *The Individualization of Punishment*. Trad. Rachel Szold Jastrow. Boston: Little, Brown, and Company, 1911, p. 220 e segs. Curiosamente, o autor afirma ter chegado a essas três fases da individualização da pena a partir de “uma pesquisa geral do assunto” e que, na sua opinião, “[n]a realidade não existe individualização pela lei”. Seria uma falsa individualização essa que se limita a distinguir classes de casos, mas não é capaz de distinguir indivíduos, que se limita, em suma, a fixar elementos gerais de atenuação ou agravamento da punição baseados na gravidade do crime e no grau de responsabilidade. Assim, o autor afirma ser extremamente difícil conceber uma lei tão estritamente delimitada que seja capaz de prover uma verdadeira

Individualização Legal (capítulo VIII), Individualização Judicial (capítulo IX) e Individualização Administrativa (capítulo X). Não é exagero dizer, portanto, que nesse contributo tem-se verdadeiro marco histórico, que forja a identidade da individualização da pena.

Entre nós, atualmente, as três fases distintas e sucessivas da individualização da pena se desdobram da seguinte forma:

- (i) na fase da *individualização legislativa da pena*, em nível, portanto, abstrato, ela ocorre em dois flancos. Primeiro por meio da cominação de penas para cada tipo, decidindo sobre a espécie de pena, sobre os limites máximo e mínimo, sobre a eventual alternatividade ou cumulatividade de espécies distintas de pena (sempre consideradas as particularidades de cada figura típica³⁵). Nesse ponto, o artigo 5º, inciso XLVI, ora em exame, baliza a atividade, fixando o rol das penas admitidas à consideração individualizadora do legislador pátrio (as recém vistas: *privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos*). Noutra flanco, pela previsão de critérios normativos para a medição da pena privativa de liberdade, para a fixação do regime inicial de execução, para o cálculo da pena de multa, para a aplicação substitutiva de pena restritiva de direitos ou concessão de suspensão condicional da execução da pena, os efeitos genéricos e específicos aplicáveis ao condenado, além dos regramentos que devem ser observados na derradeira fase da execução da pena³⁶;

individualização da pena, indicando que a lei claramente só é capaz de prover bases gerais e fatores muito variados que devam ser considerados em uma sentença, restando, portanto, às etapas seguintes a genuína tarefa de se individualizar a pena.

³⁵ Trata-se de fixar “para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa” (LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 37).

³⁶ Isto é, “a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas, mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações. Assim, ao estabelecer as regras que o juiz deve obedecer para chegar, em cada caso, considerando as suas peculiaridades, a fixação da pena definitiva e concreta. Como é, ainda, na lei que se hão de encontrar as diretrizes balizadoras da execução as sanções penais” (LUIZI, Luiz, op. cit., p. 37).

(ii) na fase da *individualização judicial da pena*, ela ocorre no ato da aplicação da pena na sentença condenatória e da estipulação de todos os seus consectários, isto é, na sua concretização a partir dos parâmetros legislados e em vista do fato criminoso com todas as suas circunstâncias³⁷; e, por derradeiro,

³⁷ O que, então, implica: 1º. O estabelecimento da espécie de pena aplicável dentre as previstas – cf. o artigo 59, inc. I do CP; 2º. A quantificação da pena privativa de liberdade a ser aplicada (cf. o artigo 59, inc. II e artigo 68 do CP), em três etapas – método trifásico –, com a fixação de uma pena-base (em vista das chamadas circunstâncias judiciais do artigo 59, caput, do CP), depois de uma pena provisória ou intermediária (em face das chamadas circunstâncias legais agravantes e atenuantes, dos artigos 61 a 66 do CP), chegando à pena definitiva (por aplicação de causas de aumento ou de diminuição previstas de modo esparsa na legislação – cf. a parte final do artigo 68 do CP) / também, nesse ponto, é medida a pena de multa (cf. os artigos 59, II, 49 e 60 do CP); 3º. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (cf. os artigos 59, inc. III e 33 do CP); e, por fim, 4º. A eventual substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos – caso em que também serão motivadamente escolhidas e aplicadas desde os referenciais abstratos da legislação, cf. artigo 43 e seguintes do CP –, momento em que também deve ser avaliada eventual suspensão da execução da pena – por aplicação do *sursis*, cf. o artigo 77 do CP (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dez. de 1940. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 de dez. de 1940, retificado em 3 de jan. de 1941). Anota-se, por fundamental, que esse arcabouço normativo, reformado em 1984, trabalha com fatores subjetivos deveras preocupantes – em parte herdados do CP de 1940, como a personalidade, os antecedentes e a reincidência; e, criados, como a conduta social e o comportamento da vítima –, a incidir, em geral, nos 4 momentos acima referidos (sendo que a reincidência também transborda para regular o alcance de vários direitos na etapa da *individualização executiva*). Trata-se de elementos em parte nascidos no positivismo criminológico/defesa social – como já referido – e, noutra parte, incorporados sob a influência da *défense sociale nouvelle* (assim, CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 180). Quando se fala em individualização da pena, então, com o status de garantia fundamental, de maneira alguma se pode consentir, a pretexto da materialização desse direito, que o seu titular venha a ser apenado fora dos limites do fato-crime. Isto é, não se estará dando aplicação à individualização da pena se se aumentar uma pena, ou se agravar um regime inicial, ou se negar uma pena alternativa, por conta de um crime anterior do réu, a configurar um mau antecedente ou a reincidência, ou em vista da sua personalidade considerada desconforme (!?), ou, ainda, por sua conduta social tida como desabonada, etc. A garantia fundamental da individualização da pena, portanto, encontra-se em uma relação inextricável com a opção democrática representada pelo princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), a informar a impossibilidade de que alguém seja julgado e, pois, que possa receber pena (ou parte de pena) por aquilo que é, por suas opções de vida, por seu currículo, mas apenas por aquilo que tenha feito (fato-crime). Sobre a consideração do princípio da culpabilidade como implícito à Constituição de 1988, ver: LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 32 (quem chega a indicar o inciso XLVI, do art. 5º, da CF, como uma das fontes implícitas da

(iii) na fase da *individualização executiva* da pena, que tem lugar no processo de execução penal (em vista de critérios legais específicos a serem analisados caso a caso pelo juiz competente), por meio de progressão/regressão de regime prisional, remição da pena pelo trabalho/estudo, concessão de livramento condicional, indulto, comutação etc³⁸.

Segundo Fragoso, em cada etapa é possível identificar a consideração de um fundamento distinto para a pena: na fase da *individualização legislativa*, ela tem “seu fundamento no dever que incumbe ao Estado de preservar a ordem e a segurança da convivência social, que deflui da sua função de tutor e mantenedor do ordenamento jurídico”³⁹; na fase da *individualização judicial*, posto que já transgredida a norma, o fundamento da pena é “a realização da conduta delituosa”, sendo que a pena aplicada projeta os fins preventivos⁴⁰ e repressivos por ela assumidos (assinalados da parte final, do *caput*, do artigo 59 do Código Penal⁴¹); e, por fim, na fase da *individualização executiva* a pena se funda na sentença condenatória, projetando, ainda, além dos fins preventivos já manifestados na etapa anterior, também as finalidades de neutralização e ressocialização (esta, por certo, tomada na

garantia da culpabilidade); BUSATO, Paulo César. *Fundamentos Para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 181. Para uma filtragem constitucional dos fatores subjetivos aludidos, ver: OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Fatores Subjetivos na Medição da Pena*. Uma abordagem crítica. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre. Porto Alegre, 1999; CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 361).

³⁸ Todas as situações com previsão específica na Lei de Execução Penal (LEP - Lei n. 7.210/84) e nos chamados Decretos Natalinos da Presidência da República que, por delegação (cf. art. 84, inc. XII da CF), anualmente estabelecem os critérios para indulto coletivo e comutação (redução) de penas no país (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de out. de 1988; e, BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei n. 7.210. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de jul. de 1984).

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 346.

⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., 346.

⁴¹ “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:...” (BRASIL. Código Penal...).

cota de um direito materialmente fundamental do condenado⁴², que deve aparecer como convite à mudança – jamais obrigação –, cujas condições concretas para ocorrência são obrigação do Estado⁴³).

Pois bem, no Brasil, em âmbito doutrinário, sempre esteve fora de dúvida a bondade dessa estrutura identitária da individualização da pena⁴⁴, que necessita percorrer essas três fases, comprometida com a ideia de que “previne o tratamento de massa em direito penal”⁴⁵, expressando a adoção de um “modelo de aplicação personalíssima da resposta penal”⁴⁶.

⁴² SARLET apresenta a ressocialização no rol de exemplos que oferece, ainda que assinalados como carecedores de consenso na doutrina e jurisprudência, de direitos implícitos e/ou decorrentes: “...bem como, na acepção do Supremo Tribunal Federal, de um direito à ressocialização por parte do preso condenado em sede criminal, entre outros” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 90-92). No mesmo rumo: OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e Prisão*: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 268.

⁴³ Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 347; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Existe um direito fundamental à ressocialização? In CAVALCANTI, Fabiane da Rosa, FELDENS, Luciano, RUTTKE, Alberto. *Garantias Penais*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 570. Mais cedo, Dotti ensinava que a pretexto de ressocializar o condenado não se pode compactuar com “tentativas de ‘retificar’ a personalidade”, que “podem assumir as características de uma lavagem cerebral”. Nesse caso, ter-se-ia nada menos que uma aberta violação à integridade física e moral do detento, ou uma “intervenção do Estado no delicado território da dignidade humana do condenado”, a manejar a pessoa como mero objeto e a invadir esfera totalmente alheia a sua competência (DOTTI, René Ariel. *Reforma Pena Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 110).

⁴⁴ Assim, p. ex.: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 561; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 208; BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 144; CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 37; FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966, p. 224; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 752; FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 345; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150; BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 162; etc.

⁴⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 52.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 265.

Embora a riqueza desse substrato dogmático, o legislador ordinário, com o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por anos a fio, inaugurou panorama diverso. Examinemos o caso.

5 DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ATAQUE À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E REDUÇÃO DO SEU CONTEÚDO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Desde a década de 1980, em meio a índices preocupantes de violência criminal, o nosso país vem testemunhando o curso de um difuso *movimento de lei e ordem*, cujos efeitos vêm sendo sentidos não só ao nível da legislação, mas, igualmente, no plano das práticas levadas à cabo pelas agências do sistema penal. Emerge uma espécie de previdenciarismo penal, que se estabelece por meio da criminalização de novas condutas, aumento de penas abstratas em delitos já previstos, ampliação das espécies e das hipóteses de cabimento das prisões processuais, endurecimento na forma de executar as penas privativas de liberdade, com propostas de redução da idade para a imputabilidade penal, etc, para além da escalada da letalidade e do grau de violência nas ações de polícia, da deterioração do sistema prisional – com hiperencarceramento, falta de investimentos, etc⁴⁷. O Estado, enfim, que não consegue ampa-

⁴⁷ A peça legislativa do período que melhor expressa essa maximização do sistema penal é, sem dúvida, a lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), brilhantemente desconstruída por FRANCO (FRANCO, Alberto Silva, op. cit., p. 553-583). Para um vislumbre de realidade idêntica nos EUA, ver GARLAND. David. *A Cultura do Controle. Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 315-319. Ainda sobre a evolução legislativa penal no Brasil ver AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: Histórico e Tendências Contemporâneas*. In: *Política Criminal Contemporânea. Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Org. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-62. Sobre a resistência garantista ao fenômeno, ver WUNDERLICH, Alexandre. OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade*. In: *Política Criminal Contemporânea. Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Org. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-72. Nessa linha ver também a Carta de Princípios do Movimento Antiterror (editada com o apoio dos institutos IBC-CRIM, ITEC/RS e ICC): “O Movimento Antiterror pretende, com a sensibilidade e a consciência de cidadãos que há muitos anos se dedicam ao estudo dos problemas da violência e da criminalidade e também com o entusiasmo e o coração dos estudantes

rar por meio de políticas sociais, materializando o *welfare state*, oferece o *penal state* em lugar, como suposto meio de contenção dos índices de criminalidade⁴⁸.

É nesse espaço que a lei de crimes hediondos introduziu, em 1990, talvez o seu mais drástico comando: a pena por crime nela previsto deveria ser “cumprida integralmente em regime fechado” (cf. o §1º, do art. 2º). Isto é, diversamente da regra geral, que previa a progressividade no cumprimento da pena de prisão – entre os regimes fechado, semiaberto e aberto –, o legislador de então decretara um regime linear, único, o mais grave, para todo o percurso da execução nos crimes hediondos.

Apesar do amplo repúdio da doutrina, que desde a primeira hora denunciou a violação da garantia da individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir sobre o tema, pronunciou-se no sentido da constitucionalidade do regime integral fechado. Em síntese, afirmou-se que o sacrifício de uma parte não comprometia o todo: o decote do ponto nuclear da individualização da pena na sua etapa executiva (a progressividade entre regimes prisionais) não teria o condão de desconfigurar a garantia constitucional, posto que a individualização seguia assegurada nas etapas precedentes⁴⁹. Outrossim, disse a Supre-

que sempre advogam a causa da dignidade do ser humano, proporcionar ao país e à nação um material de reflexão para a adoção de novos caminhos em favor da segurança popular e da eficiência na administração da justiça.” (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC). Carta de Princípios do Movimento Antiterror, *Revista de Estudos Criminais*, nº 10, ITEC/PUCRS, 2003, p. 07-19). Por fim, sobre a mais completa ineficácia do maior símbolo normativo do punitivismo no Brasil, ver: Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD). *A Lei de Crimes Hediondos Como Instrumento de Política Criminal*. São Paulo: Ilanud, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376255/mod_resource/content/1/RelILANUD.crimes%20hediondos.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁴⁸ O fenômeno atinge a América de modo amplo, destacando-se o exemplo do caso norte-americano: “[n]o decorrer das três últimas décadas, ou seja, depois dos confrontos raciais que abalaram os grandes guetos de suas metrópoles, a América lançou-se numa experiência social e política sem precedentes nem paralelos entre as sociedades ocidentais do pós-guerra: a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do que a criminalização da marginalidade e a ‘contenção punitiva’ das categorias deserdadas faz as vezes de política social” (cf. WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. [a onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2007, p. 85-87).

⁴⁹ Disse o voto-vencedor, no Habeas Corpus nº 69.657, proferido pelo Ministro Francisco Rezek: “Tenho dificuldade em admitir que só se estaria honrando, em legislação ordi-

ma Corte que na espécie o legislador ordinário apenas havia exercido o munus que lhe fora outorgado pela própria garantia da individualização da pena, retirando, por legítima decisão sua, qualquer espaço de discricionariedade do juiz no estabelecimento do regime de execução da pena⁵⁰.

Essa compreensão acerca do alcance da garantia constitucional da individualização da pena manteve-se firme na jurisprudência da Corte Constitucional por mais de 13 anos.

6 RECUPERAÇÃO HERMENÊUTICA DA IDENTIDADE DO PRINCÍPIO: A SUPREMA CORTE (R)ESTABELECE O CONTEÚDO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Sob já amplo consenso doutrinário formado a respeito da nítida violação do princípio da individualização pela proibição da progressividade da execução da pena privativa de liberdade nos crimes

nária, a norma constitucional que manda individualizar a pena, na hipótese de dar-se ao magistrado certo elastério em cada um dos seus tópicos de decisão, de modo que ele pudesse optar sempre entre pena prisional e outro gênero de pena, e ainda entre regimes prisionais diversificados, além de poder naturalmente alvitrar a intensidade da pena. Não me parece que, passo a passo, o legislador deva abrir opções para o juiz processante para não ofender o princípio da individualização”. A ementa desse julgado consignou: “... não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma ...” (cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 69.657, J. 18 de dez. de 1992. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 de jun. de 1993).

⁵⁰ A ementa do caso, relatado pelo Ministro Paulo Brossard, fez consignar: “... Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. par. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5., XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. Individualização da pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.” (cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 69.603, J. 18 de fev. de 1993. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 de abr. de 1993).

hediondos⁵¹, em 2006, em evolução jurisprudencial, o STF veio a modificar o seu entendimento. Sob nova composição, a Corte produziu verdadeiro resgate daquilo que já chamamos aqui de *estrutura identitária* da individualização da pena. Disse, em resumo: que a garantia só se realiza quando são percorridas as suas três etapas (legislativa, judicial e executiva); a progressividade, no que pertine a fase executiva da individualização, é parte nuclear, essencial, e, logo, não pode ser simplesmente suprimida pela legislação ordinária; enquanto direito fundamental que é, portanto autoaplicável por definição, o inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição, não contém mera recomendação ao legislador, mas, ao contrário, é comando que obriga observância integral (giza-se, das três etapas) na configuração das respectivas leis ordinárias⁵².

Sobre o tema, Gilmar Mendes ainda pondera que a compreensão anterior, segundo a qual a garantia constitucional da individualização da pena estaria dirigida somente para o legislador, sem reflexo para a posição individual, acaba por esvaziar inteiramente a eficácia do preceito. E isso porque, na fase legislativa, para realizar a individualização da pena em nível abstrato, “o legislador não precisaria de autorização constitucional expressa”, bastando-lhe a cláusula genérica “do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já prevista pelo inciso XXXIX do art. 5º da CF/88”⁵³. Ou seja, o princípio da individualização da pena, enquanto direito fundamental, necessariamente é mais do que o princípio da legalidade: ele “fundamenta um direito subjetivo, que não se restringe à simples fixação da pena *in*

⁵¹ Assim, dentre muitos, p. ex.: DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 565; e, FRANCO, Alberto, op. cit., p. 207.

⁵² Eis a ementa do caso: “Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 82.959, J. 23 de fev. de 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 de set. de 2006).

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 515.

abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão)”⁵⁴.

Hoje é correto afirmar que o reconhecimento pelo STF desse conteúdo para o princípio da individualização da pena se encontra plenamente consolidado. São evidências nesse sentido: o julgamento da inconstitucionalidade das normas que vedavam a substituição das penas de prisão por restritivas de direitos no âmbito da lei de drogas⁵⁵; e, mais tarde, o julgamento da inconstitucionalidade do regime inicial fechado mandatório (estabelecido em lei posterior ao julgamento da inconstitucionalidade do regime integral fechado, que alterou a lei de crimes hediondos e pretendia amoldá-la – sem sucesso, portanto – ao que decidido pela Suprema Corte)⁵⁶. Em ambos os precedentes foram cassadas disposições

⁵⁴ O autor ainda acresceu que, no final das contas, a ideia de um regime integral fechado não é mais que expressão de “uma opção política radical”, “fortemente simbólica”, que estabelece um tratamento em abstrato “sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização”, com isso retirando “qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena”, que “passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 516, 517).

⁵⁵ Confira-se a ementa: “Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da Lei 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88) ... O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. ... Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 97.256, J. 01 de set. de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 de dez. de 2010).

⁵⁶ Eis a ementa do caso: “Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. ... 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as ga-

de lei especial que estabeleciam tratamento mais gravoso automático, em descompasso com a realidade do caso concreto, para o qual, fossem observadas as regras gerais viabilizadoras da individualização, seria aplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (no primeiro caso) ou regime inicial mais brando que o fechado (semiaberto ou aberto, no segundo caso).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, e direto ao ponto, resta a óbvia conclusão de que não se pode suprimir o direito de cada cidadão condenado a receber tratamento individualizado. Assim, o princípio da individualização da pena pressupõe que o legislador ordinário configure espaços que permitam, sempre, a atuação judicial: penas entre limites mínimo e máximo, regras para avaliação de possível substituição de penas de prisão por sanções alternativas, regras para fixação de regime inicial de execução da pena privativa de liberdade, regras para que se possa progredir entre regimes prisionais, etc.

Ao fim e ao cabo, é de festejar-se que o Supremo Tribunal Federal tenha reafirmado a estrutura tríplice da garantia da individualização da pena (a compreender, necessariamente, as etapas *legislativa*, *judicial* e *executiva*). A um só tempo, nos precedentes indicados, resgatou o DNA do princípio e reafirmou o compromisso da Constituição de 1988 – que é também o compromisso da Suprema Corte – com a permanente promoção da dignidade da pessoa humana.

rantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal...” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 111.840, J. 27 de jun. de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 de dez. de 2013).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: Histórico e Tendências Contemporâneas. In: *Política Criminal Contemporânea. Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Org. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e alternativas. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral I. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo III. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos Para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

INSTITUTO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS – ITEC. Carta de Princípios do Movimento Antiterror, *Revista de Estudos Criminais*, nº 10, ITEC/PU-CRS, 2003.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). *A Lei de Crimes Hediondos Como Instrumento de Política Criminal*. São Paulo: Ilanud, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Princípio da Individualização da Pena. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos); LEONCY, Leo Ferreira (coordenador executivo). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Reforma Pena Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FARIA COSTA, José de. *Ler Beccaria hoje*. In BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría Del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. O Criminoso e o Crime. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle. Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. Porto: Magalhães & Figueiredo, 1908.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Losada, 1950.

LISZT, Franz Von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. [O Programa de Marburgo (1882)]. Estudo preliminar de Luis Jimenez de Asúa. Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1994.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Trad. e notas Maristela Bleggi Tomasinini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Alcantara. *Para a História da Reforma Penal Brasileira*. Separata de "Direito". São Paulo: Feitas Bastos, 1941.

MACHADO, Alcantara. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MARINUCCI, Giorgio. *Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo*. In BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Existe um direito fundamental à ressocialização? In CAVALCANTI, Fabiane da Rosa, FELDENS, Luciano, RUTTKE, Alberto. *Garantias Penais*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Fatores Subjetivos na Medição da Pena*. Uma abordagem crítica. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre. Porto Alegre, 1999.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e Prisão*. Ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. Bauru: Ed. Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. Projeto de Código Criminal (Ante-projeto oficial da autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, revisto pela 6ª Sub-Comissão Legislativa, composta dos Drs. Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, sobre a presidência do autor) in *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1933, Vol. III.

SALEILLES, Raymond. *The Individualization of Punishment*. Trad. Rachel Szold Jastrow. Boston: Little, Brown, and Company, 1911.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. [a onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2007.

WUNDERLICH, Alexandre. OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. In: *Política Criminal Contemporânea. Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Org. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



CRUELDADE E ILEGALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO¹



RESUMO

O presente artigo tem como problema de investigação a forma seletiva de análise e aplicação do Princípio da Legalidade contra as classes mais pobres. Como metodologia, foi utilizado o método dedutivo por meio da análise bibliográfica. O objeto do artigo é perceber como a denúncia realizada pelo professor René Ariel Dotti no artigo intitulado “O Pobre no Direito e Processo Penal”. Neste artigo, o professor descreve que o sistema penal pune de forma cruel a população mais pobre. No primeiro momento, a legalidade é apresentada enquanto fundamentação do próprio discurso penal, e demonstrada sua função de garantia e limitação do poder de punir do Estado. Posteriormente, o sistema de tratamento indigno registrado no trabalho do professor Dotti é detalhado como parte do projeto de controle estatal, que necessita da deslegitimação do Princípio da Legalidade para se consolidar. Por fim, é abordado a solidariedade (presente no texto de Dotti) como mecanismos de humanização da política estatal de punição e tratamento do preso e apenado.

Palavras-chave: Legalidade; Humanização da pena; Crueldade do sistema punitivo.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Legalidade e Pena como condição de um Regime Democrático; **3.** Punição, Pobreza e Crueldade no Direito Penal Brasileiro; **4.** Humanismo e Prática do Direito: A Solidariedade Humana como Meta do Sistema Penal; **5.** Considerações Finais; Referências.

¹ Advogado criminalista. Doutor em Direito PENAL pela UFPE. Professor da UNIAESO e da UNINASSAU. E-mail: joserobertowanderleydecastro@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O caminho distópico do sistema penal brasileiro é perceptível. Um espetáculo de crueldade e exclusão que contraria toda a legislação construída historicamente para proteger o cidadão do poder arbitrário do Estado. Essa é a real justificativa do tema. A crueldade da pena e sua ligação com a mitigação do Princípio da Legalidade. Morre assim a Humanização das Penas como meta principal da execução da pena no Brasil. O presente trabalho teve por base a tese principal de René Ariel Dotti no artigo intitulado “O pobre no Direito e Processo Penal²”. Dotti defende que o sistema penal trata de forma cruel o preso e apenado e quem mais sofre esses efeitos são os mais pobres.

Neste artigo, buscou-se demonstrar a importância do Princípio da Legalidade para efetivação do tratamento digno ao apenado e ao custodiado cautelarmente, bem como ferramenta limitadora de um Direito Penal expansionista e arbitrário.

Em um segundo momento, serão analisadas as possíveis causas para que o Princípio da Legalidade seja relativizado e até afastado, contribuindo de forma direta para a desumanização do sistema penal. O conceito de colonização e controle de morte de Mbembe (Necropolítica³) ajuda a entender os motivos de descredibilização do sistema penal clássico e da cláusula de proteção de legalidade.

Por fim, usando como base a tese afirmado no texto de Dotti sobre os pobres no Direito e Processo Penal de que a solidariedade e humanização pode ser um começo para enfrentar esse tratamento cruel e desumano no sistema penitenciário brasileiro.

2 LEGALIDADE E PENA COMO CONDIÇÃO DE UM REGIME DEMOCRÁTICO

Não por acaso os países democráticos consagram o Princípio da Legalidade como uma base do próprio sistema democrático. A Legalidade

² DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014.

³ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

garante que o Estado siga suas próprias Leis. A construção do sistema dogmático do Direito Penal só é percebido após o trabalho de Feuerbach e a sistematização da legalidade no sistema penal. Legalidade garante proteção contra os arbítrios e vontades dos governantes e julgadores, prevenindo tratamento desigual em um sistema jurídico. Jiménez de Asua, ao definir o Direito Penal, registra uma função de garantia de direitos própria desse ramo do Direito e afirma

*Ensayemos, por nuestra parte, un concepto propio de la disciplina que cultivamos: Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sandonador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.*⁴

A Legalidade regula o agir do Estado, e no sistema penal, age como limitador do poder de punir (*jus puniendi*), bem como da forma de punir. Essa limitação é parte da racionalidade do sistema penal, garantindo a eficácia de outros princípios como o da *ultima ratio* (fazendo as medidas penais serem analisadas pelo viés da necessidade).

A consequência da Legalidade é garantir a Lei como única fonte do Direito Penal⁵, controlando a criação de fontes e de manipulação do sistema penal por meios antidemocráticos. Mesmo a criação de novas Leis incriminadoras estaria obrigada a observar os Princípios do sistema penal, garantindo uma validade forma (obrigação das normas incriminadoras serem oriundas de normas ordinárias) e de uma validade material (onde a nova norma incriminadora deve observar a sua obediência lógica aos Princípios do sistema penal e regras dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica).

A Legalidade gera consequências óbvias de sua aplicação no plano das Leis Penais. De início, se percebe que a única fonte de uma norma incriminadora for uma Lei Penal formalmente e materialmente válida, não

⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal la ley y el delito*. Buenos Aires : ABELDO-PERROT, 1997, p. 18.

⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal la ley y el delito*. Buenos Aires : ABELDO-PERROT, 1997, p. 92.

poderia ser aplicada aos atos praticados antes de sua existência (Princípio da Anterioridade). Para que um Lei seja exigida ao cidadão, é indispensável sua publicidade (publicação em diário oficial). Essa publicação, ainda que de forma de presunção jurídica, se propõe a ser a base de uma reprovação do agente e de sua conduta. De certo, a Lei Penal deve ser escrita, evitando o uso de costumes e fontes diversas da Lei. Porém, a derivação prática mais importante da aplicação da Lei Penal é a exigência de uso de termos determinados na redação da Lei Penal (Princípio da Taxatividade). A Taxatividade é a última fronteira de proteção do cidadão da tentativa de criação de normas imprecisas. Poucos notam a importância da busca pela precisão das normas penais incriminadoras. A precisão garante a compreensão da proibição e torna justa a responsabilização pessoal pela escolha da conduta. Desse modo, quatro consequências lógicas são advindas desse Princípio da Legalidade:

- a) *Nullum Crimen, nulla poena sine lege stricta*, que impede o uso de uma das ferramentas mais usadas no sistema jurídico, principalmente para integração do Ordenamento jurídico, mas que no sistema penal pode ampliar o alcance das normas penais por meio da interpretação, garantindo a aplicação da lei penal em benefício do acusado;
- b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, que proíbe o uso dos costumes como fonte legitimadora para a aplicação das Penas, vinculando apenas à lei essa possibilidade;
- c) *Nullum crime, nulla poena sine lege previa*, que proíbe a possibilidade de retroação de normas incriminadoras. Esta regra lógica, também tem ligação com a potencial consciência de antijuridicidade, já que a reprovação pessoal do agente está ligada, também, ao fato do mesmo saber que sua conduta era proibida no momento de sua ação. Não há possibilidade de retroatividade de lei, a não ser que seja mais favorável ao acusado (Princípio da Retroatividade da lei mais benéfica e o Princípio do *in Dubio pro Reo*);
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, ou seja, não pode haver tipos penais lacunosos e com penas incertas. Essa garantia impede o arbítrio livre e desimpedido do Estado. A limitação das

possibilidades interpretativas, impede a criação de normas penais por meio dos magistrados. Da mesma forma, não pode existir penas que não estejam determinadas, expressamente no texto legal, impedindo a aplicação do arbítrio do Estado.

Como efeito dessas quatro ideias consequentes do Princípio da Legalidade, a Dogmática do Direito Penal é construída. Não por acaso, Sebastián Soler afirma que

Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza⁶

O Princípio da Legalidade não limita apenas a Lei Penal, mas também a consequência de sua aplicação: a pena. Refletindo sobre o tema, descobre-se que a pena é a maior caracterização do Direito Penal. Uma forma de limitar o uso dos direitos fundamentais do cidadão. O Estado, por meio de uma pena, pode dispor da vida, liberdade e patrimônio do apenado. Essa carta de permissão possui um limite, que é a pena disposta em Lei. A forma de aplicação da pena, em países democráticos é associado ao texto legal, fundamentalmente, em países de tradição romano-germânica do Direito. Desse modo,

Las teorías de la pena constituyen los principios legitimantes del derecho penal: todo derecho penal se deriva de un determinado fundamento que permite deducir hasta qué punto se justifica la aplicación de la pena en cada caso, sea para prevenir o para reprimir ciertos hechos.⁷

⁶ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina-TEA, 1992, p. 138

⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.19.

A consequência primária da aceitação do Princípio da Legalidade nas legislações mundiais é a limitação do poder estatal de punir, mas também tornou possível a racionalidade da Ciência do Direito Penal e a construção da Teoria do Delito.

Contudo, nem sempre foi assim. O uso da analogia, de costumes e mesmo de arbítrio eram usados pelos magistrados gerando uma gama gigantesca de possibilidades de consequências. Roxin explica muito bem como era problemático a possibilidade de escolha da pena pelo magistrado ao lembrar que

El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad , pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán, si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la “buena costumbre” y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a “casos penales innominados”; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir en los siglos xvi-xvni, sobre todo con la admisión de los “crimina extraordinaria”, en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial⁸.

A Legalidade avançou ao ponto de tornar-se um Princípio basilar no raciocínio jurídico. O que era o fruto da “afirmação da justiça contra o Terror Penal e o absolutismo monárquico sobre a Justiça⁹, transformou-se em um sistema de pensamento. A legalidade permitiu toda uma construção de princípios limitadores do poder de punir do Estado. No âmbito da ciência do Direito Penal, a construção de um pensamento próprio do sistema penal (tanto do âmbito material quanto processual) permitiu o desenvolvimento da teoria do crime ao patamar que hoje se apresenta.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p.141.

⁹ ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: Parte geral*. 8ª Edição. Recife: Edição do Autor, 2014, p.71.

Mas não só isso. A racionalidade penal se desenvolve por meio da derivação e compreensão do Princípio da Legalidade. Everardo Luna, professor pernambucano, define que a legalidade como fruto do pensamento da Escola Clássica do Direito Penal, que atinge o seu ápice com Francesco Carrara e Karl Binding, mas que constroem sua teoria com base no pensamento de Feuerbach e sua frase Latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁰. Afirma ainda que

Princípio da legalidade, por ele a lei ocupa o lugar, que, legitimamente, lhe cabe no campo das regras que disciplinam os atos humanos. Primeiramente, como regra cujas palavras estão animadas por um conteúdo, no sentido romano de *verba e sententia*. Depois, como regra em cuja validade se observa a objetividade espiritual das ideias, a objetividade que a torna autônoma, colocando-a além e acima dos seus criadores, num plano histórico superior: a lei passada atua no presente, que, por sua vez, atuara na lei futura, criando-se, deste modo, uma continuidade histórica, um continuo fluir através de gerações, de séculos, de idades. E por ultimo, como regra cuja finalidade maior é a justiça, essa justiça tão procurada e que tantas vezes é encarada como vítima da lei, mas que, sem a lei, desapareceria totalmente da face da terra¹¹.

O Princípio da Legalidade resistiu ao pensamento da Escola positiva Italiana e a crítica de que a lei Humana não pode representar a realidade dos fatos concretos. Crítica infundada, já que esse Princípio penal permite a observação da prática de sua aplicação, derivando por meio de uma conclusão lógica no Princípio da Taxatividade Penal e a limitação da utilização de leis vagas ou de interpretações extensivas e analogia tanto na criação quanto na aplicação das normas.

Todas as legislações posteriores se vinculam ao Princípio da Legalidade, gerando um sistema de controle de produção e aplicação do sistema penal, limitando conseqüentemente a aplicação da pena. Com o desenvolvimento do Princípio da Legalidade, a racionalidade é trazida para a

¹⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. Parte Geral com observações à nova Parte Geral do Código Penal, p.31.

¹¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. Parte Geral com observações à nova Parte Geral do Código Penal, p.31-32.

aplicação da pena. A questão restante seria a legitimidade da pena e sua função. Bacigalupo descreve que

Las teorías de la pena constituyen los principios legitimantes del derecho penal: todo derecho penal se deriva de un determinado fundamento que permite deducir hasta qué punto se justifica la aplicación de la pena en cada caso, sea para prevenir o para reprimir ciertos hechos. Esta manera de concebir el derecho penal tiene, acaso, su apoyo en UNTq,u e en 1793 sostuvo la primacía de la teoría sobre la práctica en su conocido escrito sobre “el dicho popular: esto puede ser correcto em la teoría, pero inidóneo para la práxis”.’ KANT sostuvo precisamente lo contrario. En el desarrollo del derecho penal moderno parece revelarse que el punto de vista kantiano no se há impuesto. Una descripción del sistema penal de íos dos últimos siglos lo pone de relieve¹²

Percebe-se que o conceito de Legalidade não só foi aceito pela Legislação brasileira, como é constantemente aplicado e desenvolvido pela doutrina, gerando novas facetas e novos rumos de sua interpretação e função de garantia. Roque Brito, mostrando a importância da vertente política do Princípio da Legalidade, afirma que

[...] politicamente, o princípio representa uma manifestação do direito de liberdade (“jus puniendi”)- o qual, em verdade, conforme já esclarecemos é mais um “poder”, “potentia puniendi” que um “direito de punir”-, o qual fica limitado, não sendo Absoluto, despótico, arbitrário, tem e deve ser dentro da lei. Por sua vez, juridicamente, o princípio delimita a área do ilícito penal e da respectiva cominação, dando a certeza jurídica do crime e da pena, particularmente ao repelir, de plano, a analogia *in malam partem*, assim como qualquer outra fonte criadora de delito ou sanção¹³.

Assim, o magistrado é vinculado, em sua decisão sobre o caso, na fonte primário do Direito Penal: a Lei. Busato mostra que a Legalidade

¹² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 11.

¹³ ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: Parte geral*. 8ª Edição. Recife: Edição do Autor, 2014, p. 236.

trouxe a possibilidade de concretização de inúmeros outros princípios do sistema penal. Esse Princípio

[...] dotou de vertentes esse princípio fundamental do Estado social e democrático de Direito, alçando-o político-criminalmente a uma categoria de garantia frente o exercício punitivo do Estado. O princípio da Legalidade, em matéria Penal, inclui atualmente o princípio da legalidade da execução: não se pode executar pena alguma em outra forma além daquela prevista pela lei, o que impede os desvios da execução¹⁴.

O pensamento de Bettiol sobre o lugar do Direito Penal é didático. O sistema penal funciona como uma barreira da ilimitada fome de punir do Estado. Freia o desejo de controle e autoritarismo que paira sempre sobre as sociedades. Uma garantia, que se tornou uma das funções deste ramo do Direito, que é a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado. Esse arbítrio, exercido de forma mais evidente pelo sistema judiciário e penitenciário, é fundado em valores individuais, preconceitos e interesses econômicos (que sempre são anti-democráticos). O Princípio da Legalidade é uma baliza que obriga o aplicador da Lei a minimizar seus valores e ideologia no momento de aplicação da Lei Penal. Afirma o autor que

Terror es sinónimo de arbitrio individual y judicial, mientras que el Derecho penal comienza donde el arbitrio termina. Este se presenta históricamente como lucha contra el terror, como esfuerzo para liberarse del yugo de una "discrecionalidad" en la que sólo la oportunidad del momento era guía para el juez. El reino del Derecho penal no es el de las fórmulas fijas y rígidas, pero tampoco es el de la completa discrecionalidad que identifica el Derecho penal con la política: la norma, expresión de una justicia abstracta, debe enlazarse a la equidad, lo que comporta necesariamente el reconocimiento de un poder discrecional dado, ya que la equidad es la moderación de una exigencia abstracta de justicia respecto de un caso concreto. Es la justicia que se pliega. Y si el Derecho penal es liberación del terror estatal o colectivo, es también liberación del terror individual, es decir, de la venganza privada¹⁵.

¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: Parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 37.

¹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995, p. 67.

A limitação de penas cruéis, de excessos ou desvio da pena, e o tratamento digno e humano do preso, uma vez cristalizado pelo legislador, obrigaria o magistrado e o administrador público o seu cumprimento. Pelo menos era isso que se acreditava.

3 PUNIÇÃO, POBREZA E CRUELDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Uma característica de países periféricos aos países mais ricos, é a dificuldade de concretizar Direitos Fundamentais. Isso se deve às questões econômicas e culturais. Em países mais pobres, a efetivação desses direitos afeta o lucro das empresas privadas (como no caso das legislações de proteção ao trabalhador, o sistema de defesa do consumidor, etc.) ou atenta ao orçamento público. A formação desses países, com sistemas de exploração bem determinados, contribuiu para a perpetuação de classes sociais bem definidas, da exploração acentuada das classes menos favorecidas e do meio ambiente. Como bem disse Eduardo Galeano

Quanto mais liberdade se concede aos negócios, mais cárceres precisam ser construídos para aqueles que padecem com os negócios. Nossos sistemas de inquisidores e verdugos não funcionam apenas para o mercado externo dominante, também proporcionam caudalosos mananciais de lucros que fluem dos empréstimos e dos investimentos estrangeiros nos mercados internos dominados. “Já se ouviu falar de concessões feitas pela América Latina para o capital estrangeiro, mas não de concessões feitas pelos Estados Unidos para o capital de outros países (...). É que nós não fazemos concessões”, advertia o presidente norte-americano Woodrow Wilson, por volta de 1913. Ele estava convicto: “Um país”, dizia, “é possuído e dominado pelo capital que nele foi investido”. E tinha razão. Pelo caminho perdemos até o direito de nos chamarmos *americanos*, embora os haitianos e os cubanos já estivessem inscritos na História, como novos povos, um século antes que os peregrinos do *Mayflower* se estabelecessem nas costas de Plymouth. Agora, para o mundo, América é tão só os Estados Unidos, e nós quando muito habitamos uma sub-América, uma América de segunda classe, de nebulosa identidade¹⁶.

¹⁶ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da américa latina*. Porto Alegre: L&PM editores, 2010, p.7.

Esse visível processo de acentuação da desigualdade é acelerado no sistema de pós-modernização da economia. Menos meios de produção e mais meios de exploração, ajudam no aumento da criminalidade, principalmente os crimes contra o patrimônio.

As diferenças econômicas e relações institucionalizadas nos países da América Latina, contribuíram para a permanência de racismo, preconceito e atitudes de exclusão e violência contra o diferente. O outro, diferente de mim, não é igual a mim. Ao entender essa relação de exclusão, percebe-se que o Princípio da Humanização das Penas não consegue aderência nem social nem estatal.

O inimigo declarado do Estado é o criminoso. A legislação pós-moderna se acelera e mostra uma face mais intervencionista e punitiva. Os Princípios Penais se levantam como um limitador dessa onda punitiva, frustrando os anseios de uma política policial irracional. Por isso a Legalidade e a Humanização das penas são eleitas como algo que se deve combater, e seus defensores ridicularizados.

O Estado almeja o controle ilimitado sobre a política de morte, pois assim, pode dar cabo do inimigo: o criminoso. Uma política de tratamento social e reinserção dão lugar a uma espetacularização da crueldade, como uma catarse social em nome da segurança pública. Esse controle da vida e morte das pessoas, mais evidente entre os presos, opera entre uma divisão entre vivos e mortos, e se inicia com a divisão de pessoas e, grupos e subgrupos e se estabelece uma política de censura biológica¹⁷. O outro é visto como um atentado contra minha vida, uma ameaça mortal ou um perigo absoluto, reforça a necessidade de eliminação¹⁸.

Esse processo de desumanização se torna totalmente contrário ao Princípio da Humanização das penas, não é novo. Esse mecanismo de exclusão é parte da formação de vários países da América Latina, e tem como objetivos a manutenção da concentração de renda e poder na mão da classe dominante e a garantia da potencialização dos lucros do sistema financeiro/ econômico.

¹⁷ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 Edições, 2018, p.17.

¹⁸ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 Edições, 2018, p.20.

O sistema de exclusão permite a existência de classe privilegiada, que se utiliza da exploração do trabalho ou capital das classes tidas como inferiores. Os dissidentes são taxados imediatamente como perigoso, hegeges, inimigos. O nome não importa. O importante é a legitimação do uso da violência para excluir ou eliminar. Zaffaroni explica que

Los primeros penalistas (glosadores y prácticos) aparecieron con la recepción del derecho romano³, rescataron del Digesto las leyes romanas imperiales conforme a las que, entre otras cosas, se había crucificado a Jesucristo⁴, inclinándose por el indeterminismo. Pero a poco, los demonólogos sostuvieron el determinismo, matizado como predisposición condicionada por Satán, con quien pactaban las mujeres, debido a que las consideraban biológica y mentalmente inferiores. La misoginia les obligaba a ser deterministas, porque conforme al indeterminismo, a menor inteligencia hubiese correspondido menor reproche y menor pena. Por esta razón, como para los indeterministas la pena resulta del reproche al mal uso de la libertad (hoy se dice culpabilidad y retribución de lo adeudado), debieron inclinarse por el determinismo, para el cual resulta de la medida de la inclinación personal al mal (luego se llamará peligrosidad o, más discretamente, pronóstico de conducta)¹⁹.

O outro é o mal, o inimigo, o indesejado. Mas normalmente, esse inimigo é quem não se propõe a seguir o sistema imposto. De certo, a criminalidade é um problema dos centros urbanos, mas o que leva o Estado e a sociedade a valorarem de forma tão diferente as condutas tidas como crime em uma sociedade? A resposta reside na mesma estruturação de valores que a sociedade elege (ou acredita que elegeu) como fundamentais. Acumulo de capital, poder de consumir e o acesso aos avanços tecnológicos na saúde e educação justificam a produção de argumentações para a política de exclusão e extermínio. O sistema de justificação da violência estatal está baseado na forma de organização social. A discrepância entre a renda das classes mais favorecidas das classes menos favorecidas é uma prova disso.

O que o legislador brasileiro pauta como hediondo não inclui os crimes de colarinho branco, lavagem de dinheiro, corrupção, etc. Percebe-se

¹⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Quito: editora el Siglo, 2019, p.18.

a proteção ao patrimônio como meta mais evidente do processo de hedionização de condutas. Patrimônio que é elencado a bem mais importante, superando até mesmo a vida. A desigualdade que

O capitalismo central pode dar-se ao luxo de criar seus próprios mitos e acreditar neles, mas mitos não se comem, bem sabem os países pobres que constituem o vasto capitalismo *periférico*. A renda média de um cidadão norte-americano é sete vezes maior do que a de um latino-americano, e aumenta num ritmo dez vezes mais intenso. E as médias enganam, a julgar pelos insondáveis abismos que se abrem ao sul do rio Bravo, entre os muitos pobres e os poucos ricos da região. No topo, 6 milhões de latino-americanos, segundo as Nações Unidas, obtiveram uma renda igual à de 140 milhões de pessoas situadas na base da pirâmide social. Há 60 milhões de camponeses cuja fortuna não ultrapassa 25 centavos de dólar ao dia; no outro extremo, os proxenetas da desgraça dão-se ao luxo de acumular cinco bilhões de dólares em suas contas particulares na Suíça e nos Estados Unidos, e dissipam na ostentação, no luxo estéril – ofensa e desafio – e em investimentos improdutivos, que constituem nada menos do que a metade do investimento total, os capitais que a América Latina poderia destinar à reposição, à ampliação e à criação de fontes de produção e de trabalho²⁰.

Assim, o discurso do Estado e da sociedade começam a contaminar a própria dogmática penal, como se percebe na Escola Positiva Italiana com Ferri e Garófalo e a tese de periculosidade, e de defesa social, ou na moderna lógica da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

René Ariel Dotti, em seu artigo intitulado “O Pobre no Direito e Processo Penal”, apresenta esse cenário em que o Direito Penal brasileiro se apresenta. Um sistema dogmático forte e garantista é posto em contraponto a uma realidade cruel da aplicação da pena privativa de liberdade²¹. O professor Dotti aponta que nas cadeias, há um exército de pobres amontoados nas cadeias e que essa pobreza agrava severamente as condições indignas, e essas condições são alvo de uma espetacularização

²⁰ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da américa latina*. Porto Alegre: L&PM editores, 2010, p.8.

²¹ DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014, p. 49.

para alegria da sociedade.²² Os Princípios, em nosso sistema jurídico, são elencados ao status de imutabilidade e garantias, presentes no art. 5º da Constituição, mas não são efetivados pelo Estado nem mesmo cobrado pelos órgãos integrantes da justiça. Até mesmo o transporte do preso é uma forma cruel de espetacularização, com condições desumanas, são parte do espetáculo do tratamento cruel do indesejado (que quase sempre é pobre)²³.

O controle de social da punição no Brasil se torna seletivo e perpetua preconceito e exclusão. Acrescenta Zaffaroni

Como acabamos de ver, la crítica criminológica recaía sobre el control social punitivo de sociedades de consumo correspondientes a los modelos de Estados de bienestar que, en nuestro margen colonizado, eran sólo una aspiración impulsada por los momentos autonómicos y anticolonialistas de nuestros populismos. Esta aspiración era considerada absurda por las izquierdas radicalizadas, en tanto que para otros era plausible, discusión que perdió actualidad, pues en las últimas décadas y en todo el planeta, se opera una regresión del welfare State y de su sociedad de consumo, al tiempo que se acelera la concentración de riqueza, lo que en la región profundiza el subdesarrollo en forma de colonialismo en fase avanzada o tardocolonialismo²⁴.

O discurso de legitimação da prática penal e dos órgãos de repressão é baseado nesse sistema de exploração ou colonialismo (ou neocolonialismo). Esse pensamento de manutenção de segregação e exploração econômica é realizado com base em uma política de violência estatal, que é totalmente contrário aos Princípios do sistema penal. O Estado, para conseguir descumprir as regras cristalizadas pelo texto legal, e principalmente constitucional, se utiliza das seguintes estratégias:

- a) Criação de um sistema normativo de repressão, que, via de regra, contraria completamente os Princípios e Garantias do sistema penal. Para uma política de segregação e eliminação do indesejado, em um sistema constitucional fundado nos Direitos Funda-

²² DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014, p. 52.

²³ DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014, p. 53.

²⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Quito: editora el Siglo, 2019, p.51.

mentais, não seria possível a coexistência de normas conflitantes. Contudo, a expansão de normas penais incriminadoras se reflete no encarceramento e na piora do tratamento do encarcerado.

- b) Produção do discurso do perigo ou do inimigo, da guerra permanente. Deve-se eleger o inimigo. Um inimigo justifica a ação violenta, a guerra. Essa guerra justifica, moral e juridicamente, a eliminação do inimigo. O aparato estatal se utiliza da prática da violência e da exclusão contra o eleito como perigoso ou inimigo. Esse processo é bem descrito como uma forma de dominação colonial (quer seja entre Estados ou como parte da cultura colonial de tratamento entre o Estado e o indesejado), uma forma de guerra infraestrutural. Mbembe afirma que

Matar se torna um assunto de alta precisão. Tal precisão é combinada com as táticas de sítio medieval adaptada para a expansão da rede em campos de refugiados urbanos. Uma sabotagem orquestrada e sistemática da rede de infraestrutura social e urbana do inimigo complementa a apropriação dos recursos de terra, água e espaço aéreo. Um elemento crucial nessas técnicas de inabilitação do inimigo é a da terra arrasada (bulldozer): demolir casas e cidades; desenzaiar as oliveiras; crivar de tiros tanques de água; bombardear e obstruir comunicações eletrônicas; escavar estradas; destruir transformadores de energia elétrica; arrasar pistas de aeroportos; desabilitar os transmissores de Rádio e televisão; esmagar computadores; saquear símbolos culturais e político-burocráticos do Proto-Estado Palestino; saquear equipamentos médicos. Em outras palavras, levar a cabo uma “guerra ínfraestrutural”²⁵.

Essa mesma tática, guardada as proporções, são aplicadas nas comunidades mais pobres das cidades, já que é lá que reside o traficante, o latrocida, o ladrão, o estuproador, enfim, o inimigo. Desapareilhar essas camadas mais pobres, por meio de uma política de estado, é parte dessa guerra de controle social. Essa guerra favorece a manutenção do poder político e econômico de uma classe historicamente privilegiada.

²⁵ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 Edições, 2018, p.47.

- a) Incorporação do argumento de desumanização. O inimigo não é humano, e sendo assim, não merece ser tratado como pessoa. A espetacularização dos tratamentos cruéis é o ápice da sociedade que incorpora esse pensamento. Acreditando que o criminoso merece esse tratamento, critica qualquer política pública que busque um sistema de reinserção social do apenado.
- b) Perseguição sistêmica de pesquisadores, doutrinadores e defensores da aplicação do Princípio da Legalidade e da Humanização das Penas. Com isso, o descrédito nas pesquisas empíricas e na ciência do Direito Penal. Esse descrédito é necessário para a manutenção do argumento de inimigo ou de perigo. As evidências científicas não são capazes de persuadir a sociedade da falácia de argumentos irracionais.
- c) Incentivo ao desapareço do aplicador do Direito ao Princípio da Legalidade e ao sistemas de nulidades processuais. A avaliação da Lei se tona seletiva, quase uma justiça Self-service. Sem um controle de normatividade efetivo, as normas criadas pelo movimento expansionista do Direito Penal, são introduzidas no sistema legal, mesmo gerando uma antinomia real. Ademais, a relativização do sistema de nulidades processuais garante a atuação violenta o Estado e do aparato policial. A justificativa da guerra ao crime garante um argumento eficaz para aceitação dessa relativização. Desse modo, o sistema de invalidação da Legalidade, permite a deturpação do sistema de justiça, que acaba por incorporar valores do sistema financeiro ou usar critérios valorativos individuais e contrários a política de alteridade necessária para o Direito, como bem resume Zaffaroni ao informar que

El sistema penal juega un papel central en la táctica de la dominación colonialista tardía en la región. En las endeble democracias de nuestros países, lo que se hace ahora legalmente en Estados Unidos se practica con opacidad: el empresariado nacional aporta a las campañas políticas de modo formalmente ilícito pero tolerado, lo que posteriormente escandaliza a los medios monopolísticos y a operadores judiciales obedientes, descubriendo de repente la corrupción y estigmatizando tanto a los políticos populares como a los empresarios locales.

De este modo, el lawfare (combinación de monopolios mediáticos y jueces obedientes) mata dos pájaros de un tiro: criminaliza a los políticos que pueden obstruir el avance del sometimiento colonialista (antipolítica) y también a la burguesía nacional (capital productivo), para que las transnacionales reemplacen al capital nacional, succionando toda la renta²⁶.

A estratégia usada pelo Estado que é adepto a esta política só pode ser aplicada com a paulatina destruição de um regime democrático e legal. O regime se apresenta como democrático, mas age como um sistema totalitário. Alega trazer o bem, a ajuda, mas age com violência e exclusão, acentuando o problema. Desocupações violentas de moradores de rua, tratamento compulsório de usuários de drogas, política de abatimento de criminoso, e a espetacularização da crueldade transvertida de pena, são exemplos dessa lógica.

4 HUMANISMO E PRÁTICA DO DIREITO: A SOLIDARIEDADE HUMANA COMO META DO SISTEMA PENAL

Neste cenário de crise do sistema penal, o professor Dotti mostra o papel de resistência do Advogado. Segundo o mestre, o Advogado tem como dever a solidariedade humana que contribui para um dos fundamentos da República, que é a cidadania²⁷. Essa solidariedade se reflete é praticada por meio de um tratamento humano no lidar do profissional.

A solidariedade no lidar do operador do direito é o primeiro passo para uma mudança. Reconhecer a condição de pessoa ao apenado, e aos acusados pelo sistema penal brasileiro, é uma tarefa difícil, mas necessária para uma mudança no quadro atual. Na acertada palavra de Salo de Carvalho, “A perspectiva garantista centrada na primazia axiológica da pessoa impõe autonomia dos direitos fundamentais no caso de conflito com práticas jurídico-políticas arbitrárias”²⁸. O grande giro do sistema

²⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Quito: editora el Siglo, 2019, p.89.

²⁷ DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014, p. 53.

²⁸ CARVALHO, SALO DE. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2008, p. 235.

penal é real e efetivo reconhecimento do criminoso, apenado ou preso, como ser humano e como tal, dotado de Direitos Fundamentais.

O processo de humanização é uma opção política, e depende de sua formalização em mecanismos legais. A humanização do tratamento do apenado está presente na legislação nacional e mundial. Para que haja êxito em sua aplicação, é preciso aceitar uma realidade apresentada por Bettiol: o Direito Penal é uma política em si. E

Cuando se afirma que el Derecho penal es una política, se entiende justamente afirmar que sin la “comprensión” del momento político y del “milieu” político, en los que una legislación penal viene a la luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y su íntimo valor²⁹.

A humanização do sistema penal é contraponto do sistema de expansão irracional do projeto de controle e da política de violência e violação de direitos institucionalizada. Primeiramente, porque o discurso atual de punição cruel como resposta ao criminoso/inimigo, não se mostra eficaz. A política de violência estatal, não funciona como se promete, e acentua desigualdade e danos colaterais. O discurso atual, fruto de um liberalismo (ou neoliberalismo) é um discurso totalmente contrário a essa humanização³⁰. Se volta contra a efetivação dos Direitos Humanos, defendendo a falácia argumentativa que a existência destes impede a atuação da polícia e a punição do criminoso. O retorno da aceitação de um sistema humanitário passa por duas soluções imediatas:

- a) Repensar e reconsolidar o Princípio da Legalidade e sua interpretação pelos aplicadores do Direito, com a finalidade de compreenderem sua finalidade e utilidade em um Estado democrático de Direito. Defender o princípio da legalidade é defender a igualdade entre as pessoas e seu tratamento pelo estado e não permitir que o sistema penal seja sequestrado por ideologia, sentimentos ou interesse econômico; e

²⁹ BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995, p. 56.

³⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Quito: editora el Siglo, 2019, p.79.

- b) Repensar a pena (principalmente como pena cruel), para que ela se torne um sistema racional e que possibilite um tratamento multidisciplinar do apenado e de sua família (com a inserção desta em programas sociais) com a finalidade da pena ser efetiva e que se possa de fato controlar as unidades prisionais com menos presos por cela e unidades prisionais.

Com essas medidas, pode-se pensar em uma quebra do ciclo de violência entre o Estado e os eleitos inimigos, e que terá efetivo efeito na diminuição de índices de reincidência e de controle das unidades prisionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que realmente pensemos em um sistema penal humanizado, o primeiro passo é reconsolidar o princípio da Legalidade. Como ficou claro, o atual sistema de eleição de inimigo ou alvo do sistema penal, afeta diretamente as camadas mais pobres da sociedade brasileira.

Dizer que a única solução está no Direito Penal, não é verdade. O sistema penal tem papel importante, mas sozinho não é capaz de solucionar o problema da desigualdade estrutural da sociedade brasileira. Todavia, o sistema penal embasado no Princípio da Legalidade pode trazer uma efetivação de direitos negados pela política de desigualdade do sistema econômico/financeiro. Grande parte desses direitos inclusivos estão na Constituição e na legislação penal, principalmente na Lei de Execuções Penais.

Um tratamento humano e igualitário do sistema de justiça é um importante degrau para o combate a desigualdade social e exclusão dos pobres. A solução depende de:

- a) Inclusão tecnológica e educacional para as classes mais pobre, bem como políticas de estado inclusivas;
- b) Uma formação mais voltada ao caráter humanista, tanto no ensino médio, quanto no ensino superior, principalmente no bacharelado em direito;
- c) Fortalecimento de mecanismos de controle sociais da ação do Estado e do aparato policial;
- d) Debate, estudo e reformulação do sistema carcerário brasileiro.

Cabe neste ponto, registrar o dever de resistência e luta por efetivação das mudanças, afirmado por Dotti, e inerente aos Advogados. Todavia, percebe-se que esse dever ser imposto apenas a esta classe profissional, mas a toda sociedade brasileira. Democracia é a inclusão, aceitação e respeito do outro, ainda que se pense ser desmerecido.

REFERÊNCIAS

ASÙA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal la ley y el delito*. Buenos Aires : ABELEDO-PERROT, 1997.

ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: Parte geral*. 8ª Edição. Recife: Edição do Autor, 2016.

ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: Parte geral*. 7ª Edição. Recife: Edição do Autor, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CARVALHO, SALO DE. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2008.

DOTTI, R. A. O pobre no direito e processo penal. *Revista da USP*, 2014, p. 45-54.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da américa latina*. Porto Alegre: L&PM editores, 2010.

LUNA, Everardo da cunha. *Capítulos de direito penal*. Parte Geral com observações à nova Parte Geral do Código Penal.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina- TEA, 1992.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financeiro*. Quito: editora el Siglo, 2019.



A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME E O PAPEL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA INTEGRAÇÃO NORMATIVA

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA¹

MARIA PAULA CASSONE ROSSI²



*“A pena cumpre, em seu itinerário de execução,
uma importante função social”.*

René Ariel Dotti

A Reforma Penal e Penitenciária, 2011, p. 15.

RESUMO

O presente artigo objetiva retratar os contornos conferidos à progressão de regime pela lei anticrime. Para tanto, discorrer-se-á, inicialmente, acerca de algumas generalidades sobre o regime progressivo de cumprimento de pena. Na sequência, serão abordados aspectos da lei anticrime e as modificações conferidas à progressão do regime. Em seguida, serão tratadas questões específicas acerca das alterações introduzidas pela nova lei, permeadas pela menção de alguns julgados dos tribunais superiores acerca da temática em exame. O método empregado consiste na análise legislativa, aliado à pesquisa de doutrina e jurisprudência. Ao final do artigo, serão deduzidas considerações em relação às alterações

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Corregedora Nacional de Justiça. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: mtmoura@usp.br.

² Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Juíza Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça. Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: maria.rossi@cnj.jus.br.

promovidas e o papel dos tribunais superiores na integração normativa, de modo a agregar ao sistema a necessária segurança jurídica.

Palavras-chave: Lei anticrime; progressão; regime; lacuna; integração normativa.

SUMÁRIO

1. O homenageado e a carta para Maria Thereza; **2.** Dos regimes de cumprimento de pena: generalidades; **3.** A progressão de regime na lei anticrime; **3.1** Requisito objetivo: dos prazos à progressão de regime. **3.2** Requisito subjetivo: do mérito do apenado; **3.3** Requisito facultativo: do exame criminológico; **3.4** Outras modificações introduzidas ao artigo 112 da LEP, pela lei anticrime; **3.5** A lei das organizações criminosas e a progressão de regime; **3.6** A lei anticrime e a progressão *per saltum*; **4.** A lei anticrime e o direito intertemporal; **5.** Progressão em caso de crime hediondo: o tema 1.084 do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do vácuo normativo pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e a retroatividade da lei benéfica; **6.** Considerações finais; Referências.

1 O HOMENAGEADO E A CARTA PARA MARIA THEREZA

René Ariel Dotti iniciou, em 1958, uma trajetória que veio a consolidar uma sólida carreira profissional. Penalista e processualista penal de escol, sócio fundador de notável banca de advocacia sediada no estado do Paraná, foi coautor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Integrou, ainda, outros tantos grupos e comissões, responsáveis por inúmeros projetos legislativos, destacando-se, dentre outras, a Comissão de reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n. 581, de 10.12.1992 do Ministério da Justiça), a Comissão para elaboração do Anteprojeto do Código Penal, instituída pelo Ministério da Justiça (Portaria n. 1.265, de 16.12.97), a Comissão de Juristas, instituída pelo Senado Federal, em 2011, para elaborar o anteprojeto do Código Penal e a Comissão Especial de Estudo do Projeto do Novo Código de Processo Penal, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual presidiu.

Notável acadêmico, exerceu o magistério, por mais de quatro décadas (1962 a 2004), na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

(UFPR), na condição de titular da disciplina de Direito Penal. Entusiasta da transmissão do conhecimento, apetecia-lhe ser chamado “professor”³.

Humanista a quem sempre inquietaram os rumos da execução criminal no Brasil, cuidou de verter sua intranquilidade, nos idos de 2003, em escrito que intitulou de “Carta a Maria Thereza”⁴, dirigida a uma das autoras deste trabalho. Tratava-se do então recém-criado “Movimento Antiterror”, que reunira inúmeros juristas e acadêmicos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo então sido externado ao Mestre, em mensagem, a preocupação de que algo fosse feito em relação ao Projeto que discutia a criação do Regime Disciplinar Diferenciado. Na resposta, fez ele menção aos *apóstolos da aritmética do cárcere*, chamando a atenção para o equívoco decorrente da premissa de que *a soma dos anos de confinamento de um ser humano poderá render o produto da segurança da população*.

O conteúdo, profundamente humanista, merece, em parte, ser aqui transcrito como forma de homenagear o Professor René Ariel Dotti e salientar que seus ensinamentos continuam atuais, mesmo passadas quase duas décadas, e serão sempre lembrados.

“Sei, porém, que se os ventos dessa mudança (para pior) não puderem ser desviados para se evitar a erupção teremos, agora, logo mais e sempre, também forças para tentar refazer os caminhos, as lavouras, as casas, a vida e a cultura das cidades temporariamente reduzidas a cinzas.

É certo que teremos muitas vítimas; é certo que ouviremos falar dos pobres que não podem ter a inocência reconhecida ex-officio pelo sistema ou de outros acusados que não têm defensores competentes para livrá-los do inferno do RDD que o eufemismo legiferante apelidou de Regime Disciplinar Diferenciado mas que, na verdade, indica o codinome do Regime Da Desgraça, que também poderá ser conhecido como o Regime Da Desesperança; é certo que teremos a frustração de ler a Constituição e ver o descompasso do cotidiano dos processos e das prisões; é certo que sentiremos a impotência por não sermos ouvidos por muitos membros do Parlamento que

³ Disponível em: <https://blogdodotti.com.br/sobre-o-autor/>, acesso em 14 ago. 2021.

⁴ Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/carta-para-maria-thereza/>, acesso em: 07 ago. 2021.

são surdos e cegos à voz e à luz da razão e do bom-senso mas que ouvem e enxergam pelos sentidos da mídia sensacionalista; é certo que continuaremos a ver muitos órgãos de comunicação social, por um lado, glamourizar o criminoso em destaque do dia, e, por outro, a violentar o princípio da presunção de inocência; é certo que os juízes paralelos e os comitês de salvação pública continuarão com o discurso político que ignora as reais causas da criminalidade e a omissão dos governos para inflamar a tese do recrudescimento das penas; é certo que não temos o poder de influência junto às instâncias formais e aos escaninhos do poder político; é certo, também, que não podemos tampar essa Caixa de Pandora para evitar a propagação dos males que ela anuncia para o sistema criminal.

Se tudo isso e muito mais é verdadeiro, também

é certo que estamos compulsivamente determinados a lutar contra a legislação de pânico;

é certo que a nossa rebelião está sendo filtrada na mente e no coração de muitos colegas e companheiros em todo o País;

é certo que os furacões, os terremotos e os vulcões jamais devastarão a reserva de intimidade de nossa consciência e muito menos a alma de nossa luta;

é certo que continuaremos a pensar e dizer como pensamos e falamos;

é certo que teremos ouvidos e olhos para a nossa prece de resistência;

é certo que teremos juízes, tribunais, cátedras, púlpitos, gabinetes de trabalho, jornais, livros, salas de aula, fóruns acadêmicos e profissionais, além de cantos da cidade e mesas de bar e outros lugares para sustentar os fundamentos de nossas idéias e recitar a poesia da nossa esperança;

é certo que teremos o apoio de desconhecidos militantes da boa razão e o coro de uma grande variedade de Organizações Não Governadas, que serão as novas ONGs, não corrompidas pelo silêncio dos omissos ou a cumplicidade dos áulicos;

é certo que diremos a nossa palavra com o entusiasmo que também alimenta as boas causas, com a paixão lúcida que fermenta as boas

revoluções e com a esperança que no dizer do Padre Antonio Vieira “é a mais doce companheira da alma”;

é certo que nossos endereços eletrônicos serão invadidos pelo congestionamento da solidariedade, vindos de muitos lugares e carregados pelos espíritos sem preconceitos;

é certo que tudo isso e algo mais não pode ser impedido ou castrado pela ameaça do fato consumado e pela crônica do terror anunciado que tremulam nas bandeiras a meio pau das torres gêmeas do Congresso Nacional.

...

Que Deus a abençoe, querida Irmã Maria Thereza, com o Seu manto que perdoa as ironias benditas e as iras santas. E que o mesmo Senhor dos humildes e desgraçados nos ilumine também.

Tendo como pano de fundo o exemplo do Professor René Ariel Dotti, cuja contribuição ao Direito Penal e Processual Penal permanecerá indelével, rendemos a ele singela homenagem neste escrito acerca dos novos contornos conferidos pela lei anticrime ao instituto da progressão de regime prisional.

2 DOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA: GENERALIDADES

A Lei de Execução Penal – LEP assegura aos que a ela são submetidos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º).⁵

O Estado não tem, portanto, direito de oprimir a liberdade interior do condenado, impondo-lhe concepções de vida, estilos de comportamentos e vetores ideológicos. Conforme pontua o Professor René Dotti, o conceito de *reinserção social* como uma das determinantes fundamentais da execução sob uma perspectiva jurídico-constitucional da liberdade, deve ser compreendida como ajuda, não se confundindo com qualquer

⁵ O apenado conserva direitos “que não foram afetados pela sentença. São *direitos da personalidade*, alguns oriundos do sistema positivo, outros decorrentes do chamado direito natural” (DOTTI, René Ariel. *A reforma penal e penitenciária: anotações à Lei nº 6.416/77 e estudos de contribuição*. Curitiba: Livraria Ghignone Editora, 2011, p. 13).

sistema ou forma de *tratamento* que pretenda impor certos valores e a sua hierarquia em contraste com os direitos da personalidade do condenado e a sua liberdade pessoal e interior.⁶

Em 1984, a nova Parte Geral do Código Penal e a LEP alteraram profundamente inúmeros aspectos no âmbito da execução penal, dentre os quais se destacam a jurisdicionalização da execução, a remição da pena e uma nova sistemática em relação ao cumprimento da pena privativa de liberdade, passando a prever três regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto ou aberto, conforme a quantidade e a qualidade da pena e a condição do condenado. E estabeleceram que a pena deverá ser cumprida de forma progressiva, passando do regime mais gravoso para o menos gravoso, após o cumprimento de determinados requisitos.

O legislador elegeu o chamado sistema progressivo, segundo o mérito do condenado, para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade e este é, de fato, o que mais se alinha à função ressocializadora da pena, estabelecida no art. 1º da LEP, “pois tem o condão de estimular pedagogicamente o preso a ter um bom comportamento e a trabalhar, de modo que, quando obtiver a liberdade, poderá ter uma vida normal, como a de qualquer outro cidadão”.⁷

Assim, o decurso do tempo, aliado ao mérito, servirão na execução penal como catalizadores, viabilizando o retorno mais célere do apenado ao convívio social.

Em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela lei penal em vigor, o condenado à pena superior a oito anos iniciará o cumprimento no regime mais gravoso. O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá cumpri-la no regime inicial intermediário e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde logo, cumpri-la no regime mais brando.

⁶ A lei de execução penal: perspectivas fundamentais. *Revista de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1 (1988). Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1988, p. 208.

⁷ SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa. *Revista de doutrina jurídica*, v. 111, n. 2. Brasília, jan-jun 2020, p. 274.

É certo que a fixação do regime inicial do cumprimento de pena deverá ser feita à luz dos critérios norteadores estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, de tal modo que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, constituem premissas capazes de agravar ou atenuar, conforme o caso, o regime inicial.

Nesse particular, conquanto a reincidência constitua um critério objetivo para o recrudescimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, há sempre que ser analisada à luz das demais circunstâncias judiciais. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, por meio da Súmula 269, o entendimento no sentido de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Importante assinalar, outrossim, que a gravidade em abstrato do delito não é considerada motivação idônea para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido à vista da pena imposta. Nesse sentido, alinham-se as exegeses consolidadas na Súmula 440, do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula 718, do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer modo, deve-se ter por premissa que a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea. Nesse sentido é a Súmula 719, do Supremo Tribunal Federal.

Não há que se olvidar que o sistema penitenciário, na atualidade, que chegou até mesmo a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um “estado de coisas inconstitucional”⁸, passa por um período de consideráveis dificuldades, dado que o regime fechado, muitas vezes, experimenta a superlotação, ausência de trabalho e de profissionais para orientar o estudo; o semiaberto, resente-se do trabalho e estudo nas colônias, o que culminou com a autorização de durante o dia para trabalho externo, característica do regime aberto que, por seu turno, à míngua da Casa do Albergado, vem rotineiramente sendo substituído pela Prisão Albergue Domiciliar.⁹

⁸ ADPF 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015 – Informativo STF n. 798 (07 a 11/09/2005).

⁹ *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 107/108.

Como quer que seja, por mais intransponíveis que pareçam ser as dificuldades que, por vezes, acabam por desnaturar a essência de cada qual dos regimes, nunca há que se perder de vista o caráter de ressocialização inerente à pena, devendo a execução pautar-se pelo devido processo legal e pelo respeito à dignidade humana, assegurando-se de que o cárcere não subtrairá do apenado as garantias de direito que não lhe foram suprimidas, nem tampouco sua condição humana.¹⁰ Afinal, “não há incompatibilidade entre execução humanizada da pena de prisão e o interesse da segurança coletiva”.¹¹

3 A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME

A Lei 13.964/2019, conhecida como lei anticrime, sancionada em 24 de dezembro de 2019 e com início de vigência após decorridos trinta dias de sua publicação oficial, implementou alterações na legislação penal, processual penal e leis especiais relativas aos mais diversos assuntos, dentre as quais, a Lei de Execução Penal.

Nesta seara, dentre as principais alterações, o novo diploma, norteado pelo propósito de aumentar a eficiência no combate ao crime, afastou o direito à saída temporária ao condenado que cumpre pena por crime hediondo com resultado morte. Ingressou, ainda, na seara do exame de identificação do perfil genético por ocasião do ingresso do condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, no estabelecimento prisional¹² e do regime disciplinar diferenciado, dentre outras alterações.

Por outro lado, cuidou de assegurar a manifestação do Ministério Público e do Defensor, em caráter precedente às decisões judiciais que determinarem a progressão de regime, concessão de livramento condicio-

¹⁰ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 219.

¹¹ DOTTE, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade. *Revista dos Tribunais*, v. 95. São Paulo: RT, set. 2006, p. 415.

¹² O artigo 9-A foi originariamente objeto de veto que, após a análise pelo Congresso Nacional, restou rejeitado, vindo o dispositivo a ser promulgado, nos termos do parágrafo 5º do artigo 66 da Constituição Federal, em 29 de abril de 2021.

nal, indulto e comutação de penas; tornando, ainda, expresso que o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não será considerado hediondo ou equiparado, para o fim de progressão.

A lei anticrime manteve a execução da pena privativa de liberdade na forma progressiva, com a transferência do preso, determinada pelo juiz, ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso a partir da presença dos requisitos objetivo e subjetivo.

Outrossim, dentre outras regras, ao revogar o artigo 2º parágrafo 2º da lei dos crimes hediondos, concentrou a disciplina da progressão de regime na LEP, estabelecendo lapsos diversos à transferência para regime mais brando, a depender da situação específica de cada caso concreto, bem assim da condição pessoal de cada sentenciado.

3.1 REQUISITO OBJETIVO: DOS PRAZOS À PROGRESSÃO DE REGIME

A lei anticrime, preservando o sistema progressivo no que diz respeito ao requisito objetivo à progressão de regime, estabeleceu novos prazos, por vezes mais rígidos, a serem cumpridos pelos apenados, à luz da gravidade da conduta.¹³ Outrossim, a natureza do delito e a condição pessoal do apenado, no que diz respeito à primariedade ou reincidência, genérica e específica, foram erigidos a critérios norteadores dos lapsos à progressão.

Optou-se, com efeito, pela ampliação do detalhamento, ao ensejo da reclassificação.¹⁴

A reincidência, que originariamente constituía tão somente fator determinante do regime inicial de cumprimento de pena, passou a integrar os critérios do requisito objetivo, o que, para parte da doutrina, chega a ser questionável do ponto de vista técnico.¹⁵

¹³ SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa. *Revista de doutrina jurídica*, v. 111, n. 2. Brasília, jan-jun 2020, p. 276.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 108.

¹⁵ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 216.

Argumenta-se, nesse sentido, que a individualização da pena ocorrerá ao ensejo da sua fixação, oportunidade em que será imposta a reprimenda necessária e suficiente, considerado o fato delituoso e a situação concreta do apenado. Em conformidade com essa linha de raciocínio, após a condenação, tem início a etapa de criminalização secundária, em que somente interessa a pena a ser executada, não havendo lugar para generalidades e abstrações. Assim, sob tal ponto de vista, diferenciações fundadas na espécie abstrata do crime, como estabelece a Lei 13.964/2019 ao alongar prazos para a progressão em relação a todo e qualquer condenado pela prática, por exemplo, de crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça ou de crime “hediondo” ou equiparado, impedem que o juiz considere a situação concreta do condenado. Essa situação concreta acaba indevidamente substituída pela abstração configurada pela natureza do crime.¹⁶

Como já salientado, o artigo 112 da LEP, doravante, concentra toda a sistemática da progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, à vista da revogação do artigo 2º parágrafo 2º da lei dos crimes hediondos.

Referido dispositivo legal alterou os lapsos de tempo de cumprimento de pena até então vigentes e fixados em frações de 1/6, 2/5 e 3/5, dependendo da hipótese, para viabilizar, a partir da entrada em vigor da nova redação, a transferência do apenado para regime menos rigoroso, a partir do cumprimento, em se tratando de crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, de 16% da pena pelo apenado primário e 20% da pena, pelo reincidente.

Para crimes que tragam circunstância elementar de violência à pessoa ou grave ameaça, a progressão de regime é viabilizada a partir do cumprimento de 25% da pena pelo apenado primário e 30% pelo apenado reincidente.

Em se tratando de condenação pela prática de crime hediondo ou equiparado, deverá ser cumprido o percentual de 40% da reprimenda, se o apenado for primário e 60%, se for reincidente específico.

¹⁶ KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 181. São Paulo: Ed. RT, julho/2021, p. 54.

Já na hipótese de condenação pela prática de crime hediondo com resultado morte, o percentual a ser cumprido é de 50%, se for primário e 70%, se reincidente específico; vedada, em ambas as hipóteses, a concessão do livramento condicional.

O lapso será, ainda, de 50% da reprimenda em se tratando de condenação pelo exercício do comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, ou, ainda, condenação pela prática do crime de constituição de milícia privada.

Importante registrar que a revogação do parágrafo 2º, do artigo 2º, da lei dos crimes hediondos, não altera a condição especial, inserida no artigo 112 da LEP, pela Lei 13.769/2018, para a gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, hipótese em que deverá cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos à progressão: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. Assim, estando satisfeitos os requisitos legais, terá a mulher direito público subjetivo ao regime de progressão mais benéfica, independentemente da natureza do crime.¹⁷

De igual modo, permanece inalterada a previsão constante do parágrafo 4º do artigo 33 do Código Penal, no sentido de que o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.¹⁸

No que diz respeito ao cálculo do lapso, “após a primeira progressão, a segunda progressão leva em consideração o restante da pena, e não o quantitativo total”.¹⁹

¹⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CARUSO, Gianfranco Silva. Lei anticrime e crimes hediondos. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n. 4, abril de 2020, p. 21.

¹⁸ Ressalvando que, em sede doutrinária, há que sustente a possibilidade da progressão na hipótese de impossibilidade de reparação do dano ou devolução do produto do ilícito: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROQUE, Fábio; ARRUDA, Karol. *Pacote Anticrime Comentado: Análise da Lei 13.964/19, artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 214.

¹⁹ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 212.

Outrossim, em se tratando de penas unificadas à luz do limite máximo de cumprimento contemplado pelo artigo 75 do Código Penal, o lapso deve ser calculado à luz do total das penas privativas de liberdade impostas, em observância à súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.²⁰

Desse modo, nessa hipótese, o cálculo da progressão deverá ter por base o total das penas impostas, não se limitando ao *quantum* limite à unificação, que foi alterado, pela lei anticrime, de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, nos termos da nova redação atribuída ao artigo 75 do Código Penal.

3.2 REQUISITO SUBJETIVO: DO MÉRITO DO APENADO

O cumprimento do requisito subjetivo à progressão para um regime de cumprimento de pena mais brando está intrinsecamente ligado ao mérito do apenado, devendo ser aferido pelos responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena, à luz do comportamento manifestado durante o prazo do respectivo cumprimento.²¹

Não recomendarão, destarte, a progressão, por exemplo, o mau comportamento, a tentativa de fuga, a prática de fato definido como crime doloso e de outras faltas disciplinares de natureza grave.

Em conformidade com a lei anticrime, o apenado terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento. Ao ensejo, o comando vertido no texto legal determina o respeito “às normas que vedam a progressão”.

A imposição da observância de tal regramento é passível de críticas, diante do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido da in-

²⁰ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Ematis, 2020, p. 213.

²¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROQUE, Fábio; ARRUDA, Karol. *Pacote Anticrime Comentado: Análise da Lei 13.964/19, artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 213.

constitucionalidade da vedação à progressão²². Há quem defenda, neste particular, que a referida expressão, constante do dispositivo legal, deve ser, efetivamente, desconsiderada²³. Trata-se, por certo, de mais uma alteração legislativa que suscitará intensos debates.

Outrossim, restou estabelecido que o cometimento de falta grave²⁴ durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

Essa orientação, embora não estivesse prevista originariamente na lei, era, de fato, era a exegese firmada, pela Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *leading case* concernente ao tema repetitivo n. 709, consolidada na Súmula 534 da referida Corte, no sentido de que “a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.²⁵

O parágrafo 7º, inserido no artigo 112 da LEP, estabelece que o bom comportamento é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Referido parágrafo foi, originariamente, vetado, sob o argumento de que:

A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público,

²² STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, J. em 23/02/2006, DJ 01-09-2006.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 109.

²⁴ Em conformidade com a Súmula 533, do STJ, “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

²⁵ STJ, Súmula 534. Observa-se, no entanto, que diversamente da hipótese de progressão de regime, entende a referida Corte que “a prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto” (STJ, Súmula 535).

tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados.²⁶

Conforme pontua Guilherme de Souza Nucci, a motivação do veto não convence, dado que há que existir um critério objetivo para computar a viabilidade da progressão posteriormente à prática da falta grave, revelando-se, para tal finalidade, seguro o prazo de um ano ou o cumprimento de requisito temporal previsto em lei, em detrimento de deixar o tema à mercê de avaliação subjetiva.²⁷

No entanto, o veto, após a análise pelo Congresso Nacional, restou rejeitado, vindo o dispositivo a ser promulgado, nos termos do parágrafo 5º do artigo 66 da Constituição Federal, em 29 de abril de 2021²⁸, encontrando-se, portanto, atualmente, em vigor.

3.3 REQUISITO FACULTATIVO: DO EXAME CRIMINOLÓGICO

O exame criminológico consiste em uma avaliação multidisciplinar do apenado, a fim de verificar a existência de condições ao retorno progressivo para o convívio social. Constituía medida obrigatória até a alteração da LEP verificada no ano de 2003, após o que sobrevieram controvérsias acerca da possibilidade da sua exigência, tendo a jurisprudência se inclinado pelo entendimento na linha de sua facultatividade.²⁹

²⁶ Disponível em: <https://bit.ly/2WeWXec>, acesso em: 18 jul. 2021.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 112.

²⁸ Disponível em: <https://bit.ly/3hXIuLT>, acesso em: 17 jul. 2021.

²⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROQUE, Fábio; ARRUDA, Karol. *Pacote Anticrime Comentado: Análise da Lei 13.964/19, artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 214.

Embora a realização de exame criminológico não constitua exigência legal à progressão de regime em se tratando de crimes hediondos, havia uma tendência da sua exigibilidade³⁰, tendo sido a matéria objeto de consideração no bojo da Súmula vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivo e subjetivo do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

A questão foi, também, objeto do enunciado da Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça, em maior extensão, na medida em que a sua incidência não se restringe aos crimes hediondos e equiparados³¹: “admitte-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

A propósito, em recente decisão³², a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pontuou que a fundamentação do magistrado, necessária em se tratando da determinação de realização de exame criminológico, deve estar relacionada a algum elemento concreto da execução da pena, não se admitindo a simples referência à gravidade abstrata do delito ou à longevidade da pena.

Assim, atualmente, o exame criminológico constitui um requisito facultativo à progressão de regime, podendo ser determinado, desde que devidamente fundamentada a decisão.

³⁰ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 214.

³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROQUE, Fábio; ARRUDA, Karol. *Pacote Anticrime Comentado: Análise da Lei 13.964/19, artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 214.

³² STJ, AgRg no HC 628.684/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021.

3.4 OUTRAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS AO ARTIGO 112 DA LEP, PELA LEI ANTICRIME

A lei anticrime instituiu expressamente a obrigatoriedade de que a decisão judicial que determinar a progressão de regime seja sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

Outrossim estabeleceu, que não se considera hediondo ou equiparado, para o fim de progressão de regime, o crime de tráfico de drogas previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Essa questão foi objeto de muitas discussões na doutrina e jurisprudência.

Originariamente, o Supremo Tribunal Federal entendia que o tráfico privilegiado apresenta a natureza de crime hediondo. Alinhando-se a esse entendimento³³, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 512, segundo a qual “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Sobreveio, no entanto, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo sido firmada a exegese no sentido de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas, definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006, seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada ostentaria contornos menos gravosos, porquanto sopesados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.³⁴

Frente a tal perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça promoveu nova adequação do seu entendimento³⁵, o que ensejou o cancelamento da Súmula 512, tendo prevalecido a tese de que o tráfico privilegiado não ostenta natureza de crime hediondo.

³³ Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600.

³⁴ HC 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, publicação 19/09/2016.

³⁵ Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Sessão, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016.

3.5 A LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A PROGRESSÃO DE REGIME

O artigo 112 da LEP, na redação conferida pela lei anticrime, estabelece, à progressão de regime, a necessidade de cumprimento, pelo apenado, de 50% da reprimenda em se tratando de condenação por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada.

Foram, ainda, introduzidos, ao artigo 2º da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, dois parágrafos, recrudescendo-se o cumprimento da pena imposta aos membros de organização criminosa.

O parágrafo 8º dispõe que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

O parágrafo 9º, por seu turno, estabelece que o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Há quem critique essa disposição, ao argumento de que impedir a progressão de pena à vista de elementos que indiquem a *manutenção do vínculo*, ou seja, à vista de elementos que permitam concluir pela prática de outras condutas, constitui “evidente antecipação de pena”³⁶.

E, de fato, é possível que referida disposição legal suscite divergência interpretativa, considerando que, à primeira vista, a aferição da existência de elementos probatórios demandaria dilação complexa, providência que se afigura, a princípio, incompatível com a finalidade do processo de execução de sentença; sendo certo, ainda, que a situação apresenta similitude, em certa medida, ao reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da vedação à progressão em caso de crime hediondo.

³⁶ KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 181. São Paulo: Ed. RT, julho/2021, p. 56.

3.6 A LEI ANTICRIME E A PROGRESSÃO *PER SALTUM*

O artigo 112 da LEP, tanto na redação originária quanto na redação conferida pela Lei n. 10.792/2003, trazia a previsão de que, para que fosse deferida a progressão, o preso, dentre outros requisitos, deveria cumprir, ao menos, um sexto da pena “no regime anterior”.

Essa interpretação, decorrente da literalidade do referido dispositivo legal, restou consolidada, em agosto de 2012, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 491, segundo a qual “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

A lei anticrime, na redação atribuída ao *caput* do artigo 112 da LEP, referiu-se, unicamente, à forma progressiva da transferência, a ser determinada pelo juiz, a regime menos rigoroso, tendo sido suprimida referência à necessidade de perfazimento do lapso “no regime anterior”.

Em razão disso, há quem defenda que a nova redação superou o entendimento consolidado na Súmula 491 do STJ, consagrando o cabimento da progressão *per saltum*, a autorizar que, “uma vez cumprido lapso temporal suficiente para os dois estágios no regime fechado e ostentando o apenado bom comportamento carcerário, ele possuirá direito subjetivo à progressão diretamente para o regime aberto, sem a necessidade de passar pelo semiaberto”.³⁷

Esse não tem sido, no entanto, o posicionamento, quanto ao tema, dos tribunais superiores, que, mesmo após o advento da lei anticrime, permanecem alinhados à natureza progressiva do cumprimento da pena.³⁸

³⁷ DUTRA, Bruna Martins Amorim. Progressão de regime *per saltum* no pacote “anticrime”. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William Akerman (Orgs.). *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 333.

³⁸ Confira-se, a propósito: “(...) O nosso ordenamento jurídico não admite a denominada progressão *per saltum*, ou seja, a transferência do condenado do regime prisional fechado diretamente para o aberto (...)” (STJ, AgRg no HC 581.862/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 04/06/2021). No mesmo sentido: “(...) De fato, permitir ao reeducando a concessão do livramento condicional sem que antes progrida do regime fechado para o semiaberto significa admitir a “progressão por saltos”, o que contraria a lógica da progressão de regime, nos termos da Lei de Execução Penal. A referida progressão é expressamente vedada conforme Súmula nº 491, do C. STJ: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional (...)” (STF, RHC 194575, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 30/03/2021, Publicação 06/04/2021).

Ora, é da natureza do sistema progressivo que a transferência do apenado para regime mais brando seja verificada de forma paulatina, sob pena de quebra da própria lógica do sistema.

Já se decidiu, neste aspecto, que a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social³⁹.

É dizer: o cumprimento das finalidades instituídas pela LEP restaria frustrado se fosse permitido progredir do regime fechado diretamente para o regime aberto.

Não há olvidar, ainda, que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal assentou que a data-base ao cálculo do novo lapso é aquela em que o apenado preencheu os requisitos necessários à progressão de regime⁴⁰, tendo sobrevivido o alinhamento das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça a esse entendimento⁴¹, não se justificando, assim, sob qualquer ângulo, admitir-se a progressão *per saltum*.

4 A LEI ANTICRIME E O DIREITO INTERTEMPORAL

Regra geral, os dispositivos legais que fixam os requisitos à progressão possuem natureza de direito material, de tal modo que somente se aplicam aos crimes praticados a contar de sua vigência, salvo na hipótese de retroatividade da lei benéfica.

Assim, os novos lapsos à progressão de regime somente retroagirão para alcançar fatos praticados anteriormente à vigência da nova lei, se forem mais favoráveis ao apenado.

Nessa perspectiva, em razão do recrudescimento da lei, os prazos atualmente em vigor, em regra mais restritivos que são em relação aos anteriores (1/6, 2/5 e 3/5, os dois últimos concernentes às condenações por

³⁹ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23/02/2006, DJ 01-09-2006.

⁴⁰ STF, HC 115254, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, J. em 15/12/2015, publicado em 26/02/2016.

⁴¹ DUTRA, Bruna Martins Amorim. Progressão de regime *per saltum* no pacote “anticrime”. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William Akerman (Orgs.). *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 331.

crimes hediondos), aplicam-se em relação aos fatos praticados a contar do início da vigência da alteração normativa, a saber, 23 de janeiro de 2020.

Há, contudo, uma exceção: para os apenados primários por crimes que não tragam circunstância elementar de violência à pessoa ou grave ameaça, o novo percentual (16% - 0,16) é um pouco mais benéfico do que o cumprimento do lapso anteriormente previsto (1/6 – 0,166666666666), de tal modo que, constituindo hipótese de retroatividade da lei penal benéfica, alcançará fatos praticados anteriormente à sua vigência.

Aliás, a propósito do direito intertemporal na progressão de regime, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a lei mais gravosa não pode retroagir para alcançar os direitos praticados antes de sua entrada em vigor⁴².

No mesmo sentido, ao ensejo da edição da Súmula Vinculante 26, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que aos crimes praticados antes da vigência da lei 11.464/07 não se aplicavam os novos lapsos temporais fixados para a progressão de regime, devendo idêntico raciocínio ser conferido à alteração do artigo 112 da LEP.⁴³

5 PROGRESSÃO EM CASO DE CRIME HEDIONDO: O TEMA 1.084 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O RECONHECIMENTO DO VÁCUO NORMATIVO PELA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RETROATIVIDADE DA LEI BENÉFICA

Em conformidade com a atual redação dos parágrafos do artigo 112 da LEP, em se tratando de condenação pela prática de crime hediondo ou equiparado, a progressão de regime terá como pressuposto o cumprimento de 40% da reprimenda se o apenado for primário e 60% se for reincidente específico. Já na hipótese de condenação pela prática de crime hediondo com resultado morte, o *quantum* a ser cumprido para a progressão será de 50%, se o apenado for primário e 70%, se reincidente específico.

⁴² STJ, HC 117.759/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, J. em 02/12/2010, DJe 17/12/2010.

⁴³ BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emals, 2020, p. 217-218.

Registra-se, de partida, que a alteração legislativa promovida pela lei anticrime trouxe, novamente, à baila a questão da reincidência específica, que, de há muito, havia sido rechaçada como critério distintivo à progressão de regime.

Por outro lado, a partir da simples leitura do dispositivo, infere-se que não cuidou o legislador de disciplinar a progressão em se tratando de apenado por crime hediondo, com ou sem resultado morte, que ostente reincidência genérica, verificando-se, destarte, nessas hipóteses, lacunas na lei.

Assim, sendo necessária a integração do preceito legal e à vista do óbice à analogia em desfavor do condenado, ao apenado reincidente na prática de delito de natureza diversa não poderá ser exigido o cumprimento do lapso previsto para o reincidente específico, restando, em tais condições, aplicar-lhe o lapso concernente ao primário, vale dizer, 40% e 50%, respectivamente.

O mesmo raciocínio deverá ser aplicado nas hipóteses de crimes que tragam em seus bojos circunstância elementar de violência à pessoa ou grave ameaça, em que a progressão de regime é viabilizada a partir do cumprimento de 25% da pena, pelo apenado primário, e 30%, pelo reincidente específico. Não cuidando o legislador do reincidente em crime desprovido de violência à pessoa ou grave ameaça, restará, pois, ao intérprete aplicar o lapso à progressão como se primário fosse, ou seja, 25%.

A matéria foi objeto do tema 1.084 do rito do recurso especial representativo da controvérsia, oportunidade em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao ensejo do julgamento realizado em 26 de maio de 2021, firmou a tese no sentido de que “é reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”.

A propósito, no voto do relator, restou consignado que:

a) ao sentenciado que cometeu crime com **violência a pessoa ou grave ameaça, mas não é reincidente em delito de mesma natureza**, aplicar-se-á o lapso de **25%** do cumprimento da pena, previsto no inciso III do art. 113 da Lei de Execução Penal.

b) ao apenado que praticou **crime hediondo ou equiparado**, mas também **não é reincidente em crime de igual natureza**, aplicar-se-á o patamar de **40%**, estabelecido pelo inciso V do mesmo diploma legal.

c) o apenado que cometeu **crime hediondo ou equiparado com resultado morte**, mas, igualmente, é **reincidente genérico**, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, deve cumprir **50%** da pena para progredir.⁴⁴

Na mesma linha interpretativa, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, apregoando, na hipótese, a existência de vácuo legislativo e conseqüente imperatividade da incidência do princípio do *favor rei*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME DE REGIME. ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO REINCENTE EM DELITO COMUM. CONFIGURAÇÃO DE VÁCUO LEGISLATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ART. 112, VII, DA LEP. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE REGÊNCIA COM BASE NO PRINCÍPIO DO *FAVOR REI*. RESPEITO À LEGALIDADE ESTRITA. APLICABILIDADE, AO CASO, DO PARÂMETRO ESTIPULADO NO ART. 112, V, LEP. PRECEDENTE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A mera leitura dos dispositivos legais (art. 112 e incisos, LEP) atinentes à *progressão* de *regime* permite constatar a existência de verdadeiro vácuo normativo. Referida legislação não disciplinou, de forma expressa, a circunstância para *progressão* do condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente em crime comum. 2. Os signos linguísticos constantes do texto legal impõem ao juiz, no exercício da hermenêutica jurídica, limites claros e inequívocos. É imprescindível que a interpretação conferida ao diploma legislativo guarde relação de conexidade com o significado

⁴⁴ STJ, REsp 1.910.240, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 26/05/2021, publicação 31/05/2021.

das palavras inseridas no dispositivo objeto de aplicação, de modo a que se mantenha, o quadrante interpretativo, dentro da moldura do texto. 3. Não há alternativa: reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado significa que o requisito objetivo para *progressão de regime* de 60% (sessenta por cento), previsto no art. 112, VII, da LEP, somente incide para o apenado a cumprir pena pela prática de crime hediondo ou equiparado reincidente em delito qualificado pela nota da hediondez ou com equiparação. Portanto, o crime anterior também deve ser crime hediondo ou equiparado. 4. Evidente que o art. 112, V, da Lei de Execução Penal, num primeiro momento, incidiria somente ao condenado primário. No entanto, presente lacuna normativa e observados os princípios regentes do direito penal em sentido lato, há uma única opção legítima ao intérprete: aplicar a norma que beneficia o condenado pela prática crime hediondo ou equiparado reincidente em crime comum, no caso, o art. 112, V, da Lei de Execução Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote *Anticrime*). Precedente. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.⁴⁵

Por fim, importa registrar que, se o apenado reincidente genérico que praticou crime hediondo ou equiparado deverá cumprir 40% da pena como condição para a progressão para o regime mais brando e esse percentual, equivalente a 2/5, é mais benéfico relativamente à disposição legal anterior (que previa o cumprimento do lapso de 3/5 para os reincidentes indistintamente), a decorrência lógica é que referida norma deverá retroagir, de modo a beneficiar todos os apenados, em cumprimento de pena, que estejam nessa mesma condição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, andou bem a lei ao manter o sistema progressivo, que é consentâneo ao ideal de ressocialização do apenado para o retorno ao convívio em sociedade.

⁴⁵ STF, RHC 196810 – AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 21/06/2021, publicação 25/06/2021. No mesmo sentido: STF, RHC 198156 – AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 21/06/2021, publicação 25/06/2021.

Apresenta-se, ainda, adequada a concentração do tratamento do instituto da progressão de regime, no artigo 112 e parágrafos, da Lei de Execução Penal, muito embora seja, por outro lado, passível de crítica a opção legislativa no sentido de estabelecer uma multiplicidade de lapsos à progressão, vedando-a, outrossim, na hipótese de condenação por prática delitiva no contexto de crime organizado, em havendo elementos probatórios indicativos da manutenção do vínculo associativo.

Ainda no que diz respeito ao regramento da progressão de regime de cumprimento de pena, a lei anticrime retomou, ao tratar dos critérios, o conceito de reincidência específica, que há muito havia deixado de ser utilizado para essa finalidade. O novo diploma reveste-se, neste particular, de lacunas que, ao que tudo indica, comprometem a própria *mens legis*.

Contudo, os Tribunais Superiores, esmerando-se no papel integrativo que lhes compete, a bom tempo cuidaram de fornecer critérios interpretativos uniformes ao reparo do vácuo normativo de que se reveste a nova lei, conferindo, assim, a necessária segurança jurídica a tão relevante temática.

E essa, de fato, conforme apregoou, com propriedade, o Professor René Ariel Dotti, é a missão dos julgadores: “soltar as amarras do preconceito, evitar a massificação na aplicação da lei e julgar com a imparcialidade que lhe é inerente, a fim de fazer valer o seu relevante sacerdócio e construir uma jurisprudência técnica e humana”.⁴⁶

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROQUE, Fábio; ARRUDA, Karol. *Pacote Anticrime Comentado: Análise da Lei 13.964/19, artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. *Pacote anticrime: reformas penais*, p. 207-219. Florianópolis: Emais, 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CARUSO, Gianfranco Silva. Lei anticrime e crimes hediondos. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n. 4, abril de 2020, p. 9-28.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade. *Revista dos Tribunais*, v. 95. São Paulo: RT, set. 2006, p. 405.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DOTTI, René Ariel. A lei de execução penal: perspectivas fundamentais. *Revista de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1 (1988). Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 197-214, 1988.

DOTTI, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade. *Revista dos Tribunais*, v. 95, p. 403-416. São Paulo: RT, set. 2006.

DOTTI, René Ariel. *A reforma penal e penitenciária: anotações à Lei nº 6.416/77 e estudos de contribuição*. Curitiba: Livraria Ghignone Editora, 2011.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Progressão de regime *per saltum* no pacote “anticrime”. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William Akerman (Orgs.). *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 181, p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 174, p. 199-254. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

SANTOS, Carlos Eduardo Ferreira dos. Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa. *Revista de doutrina jurídica*, v. 111, n. 2, p. 268-288. Brasília, jan-jun 2020.



SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA PELOS TRIBUNAIS E OS LIMITES DO *NON REFORMATIO IN PEJUS*

MARION BACH¹

ISABELA MARIA STOCO²



RESUMO

O princípio da *non reformatio in pejus* estabelece – em linhas gerais – que é vedado ao Tribunal, na oportunidade do julgamento de recurso exclusivo da defesa, agravar a situação do réu. Previsto no artigo 617 da codificação processual penal, tal princípio é consectário lógico do sistema acusatório, no qual há proeminência das partes no jogo processual. O presente artigo pretende demonstrar que a *non reformatio in pejus* deve ser interpretada de forma ampla, não apenas sob o enfoque quantitativo, mas também sob o espeque qualitativo. Isso significa que não apenas o limite do *quantum* da pena deve ser observado, mas também a natureza da pena, o regime inicial de cumprimento, etc. Mais do que isso – e eis um ponto essencial – os termos do próprio fundamento também devem ser observados. Assim, o que se defende neste excerto, que metodologicamente contou com pesquisa exploratória, jurisprudencial e bibliográfica, é que não pode o Tribunal *ad quem* modificar, substituir ou reajustar a fundamentação que justifica a elevação da pena sem que haja

¹ Advogada Criminalista. Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Conselheira Estadual da OAB/PR. E-mail: marion@marionbach.com.br.

² Advogada Criminalista. Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-graduanda em Direito Penal Econômico (PUC/MG) e Compliance (FAE). E-mail: isabela@marionbach.com.br.

recurso por parte da acusação, sob pena de incorrer – por razões distintas que serão nestas linhas demonstradas - na violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Palavras-chave: *reformatio in pejus*; recurso exclusivo da defesa; vedação de modificação de fundamentação; limites ao agravamento da pena.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Princípio da *non Reformatio In Pejus*: Conceituação em breves linhas; **3.** *Non reformatio in pejus* e sua interpretação pelos tribunais superiores brasileiros; **4.** A *Reformatio In Pejus* e a Substituição de Fundamentação pelos Tribunais; **5.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio de vedação à *reformatio in pejus* encontra amparo no artigo 617 do Código de Processo Penal brasileiro e diz respeito à proibição – imposta aos Tribunais – de julgar desfavoravelmente à defesa nos casos em que apenas essa interpuser recurso. Noutras palavras, quer-se dizer que, ausentes recursos interpostos pela acusação, o julgador do órgão colegiado deverá valer-se dos limites impostos pela sentença penal condenatória, sob pena de incorrer no legalmente vedado prejuízo ao acusado.

O princípio da *non reformatio in pejus* encontra guarida não apenas na codificação processual, mas também na própria lógica do sistema acusatório, que tem como (principal) característica o protagonismo das partes. O magistrado, por isso, fica adstrito às teses levantadas pela acusação e pela defesa, sob pena de atuar em excesso e contaminar a própria imparcialidade, bem como de julgar em desalinho ao efetivamente contido nos autos.

Conforme se observará das linhas que seguem, a doutrina brasileira firmou-se no sentido de disciplinar que o princípio da vedação à *non reformatio in pejus* deve ser analisado não apenas sob a lente quantitativa – ou seja, do *quantum* de pena aplicado –, mas também em uma análise qualitativa, que envolve outras questões atinentes à condenação.

A jurisprudência das Cortes Superiores, por sua vez, foi inicialmente calcada em tais construções doutrinárias, de modo que há jurisprudência

dência advinda do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que leva em conta não apenas a quantidade total de pena, mas também outros aspectos insertos na lógica da condenação penal (como regime inicial de cumprimento de pena, por exemplo). Ocorre, porém, que ao longo do tempo pôde-se verificar significativa mudança – e espécie de recrudescimento – por parte dos Tribunais quando da análise do tema.

O presente trabalho pretende – em laudas não exaustivas – não apenas analisar o caminho percorrido pela doutrina e pela jurisprudência no que refere ao tema da aplicação da pena e do princípio da *non reformatio in pejus*, mas especialmente analisar criticamente prática hoje comum: a hipótese em que o Tribunal responsável pela apreciação do recurso (exclusivo da defesa) modifica/substitui o fundamento conferido pelo juiz sentenciante para subsidiar a pena imposta ao condenado.

2 PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*: CONCEITUAÇÃO EM BREVES LINHAS

O princípio da *non reformatio in pejus*, em linhas gerais, consiste na proibição de o Tribunal julgar desfavoravelmente ao acusado, em caso de recurso exclusivo da defesa³. Significa dizer que, em sede recursal, o julgador não poderá lançar mão de teses que não foram ventiladas no bojo do recurso e que, de alguma forma, tragam prejuízo ao condenado. Noutras palavras, “não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso”⁴.

No sistema oposto ao da *reformatio in pejus*, chamado de *communio remedi*, entendia-se que o recurso levava ao Tribunal toda a matéria inserta nos autos – efeito devolutivo amplo –, de modo que este poderia decidir tanto em favor de quem recorreu, quanto da parte contrária. Neste sistema, que tem origem romana e foi aplicado no Brasil na vigência das Ordenações Filipinas e em leis posteriores, a doutrina compreendia que a

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1693.

⁴ GRINOVER. Ada Pellegrini *et all*. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 41.

apelação era um recurso comum a ambas as partes, de modo que o juízo *ad quem* não estaria limitado a apreciar apenas a matéria defendida pela própria parte recorrente.⁵

O princípio da *non reformatio in pejus* – no âmbito da teoria geral do processo – toma em conta a personalidade/pessoalidade dos recursos, que determina que estes podem beneficiar apenas e tão somente a parte que recorreu.⁶ Como consequência, quem recorreu não pode ter a situação agravada em caso de inércia da outra parte.⁷

A vedação da *reformatio in pejus*, especificamente no campo do processo penal, deriva de uma concepção do regime acusatório no processo penal, no qual há a proeminência das partes no jogo processual.⁸ O tratamento de tal princípio, nesse âmbito, é peculiar: quando o recurso é interposto pela defesa, o princípio se aplica de forma irrestrita, posto que não poderá haver prejuízo ao réu quando da análise recursal. Porém, quando o recurso é interposto pela acusação, a matéria é devolvida ao Tribunal de forma mais ampla, estando autorizados os julgadores a corrigir, de ofício, eventuais equívocos que prejudicam o sentenciado.

As premissas acima estabelecidas foram sintetizadas pelo Ministro Edson Fachin na oportunidade do julgamento do HC n. 152.752, no qual explicitou-se que o recurso é um desdobramento do direito de ação e que, por esta razão, “impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação”. Por tal razão há «íntima relação entre a vedação da *reformatio in pejus* e o sistema acusatório”⁹.

O princípio em comento encontra-se insculpido no artigo 617 da Codificação Processual Penal, que dispõe acerca da impossibilidade do

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43

⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 402.

⁹ HC 152.752 PR - Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 04.04.2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-127 27-06.2018.

agravamento da situação do réu – em especial no que diz respeito à pena – na oportunidade do julgamento do recurso defensivo.¹⁰ Não se admite a reforma do julgado do ponto de vista quantitativo, tampouco qualitativo, de modo que resta impossibilitado o Tribunal *ad quem*, inclusive, de corrigir erro material.^{11/12}

Consectário lógico desta premissa é que a expressão *agravada a pena* “deve ser entendida em sentido amplo: abrange a espécie de pena, a natureza da pena, sua quantidade, o regime inicial de cumprimento etc.”¹³ Impede-se, inclusive, o reconhecimento de nulidade favorável à acusação que culmine em prejuízo ao réu.¹⁴

Em didático exemplo, Renato Brasileiro de Lima traz que: na hipótese em que o Tribunal, sem recurso da acusação, afasta qualificadora do crime de furto tentado e acrescenta – de ofício – a causa de aumento de pena do repouso noturno, ainda há *reformatio in pejus*, mesmo que a pena fixada em primeira instância seja superior a dada em segunda instância¹⁵, de sorte que o acusado deveria responder apenas pelo furto tentado, eis que inadequado o reconhecimento do repouso noturno sem recurso adequado para tanto (e não sendo justa a aplicação da qualificadora).¹⁶

¹⁰ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1690.

¹² HC 115.501-MG, Sexta Turma, DJe 3/8/2015; e AgRg no HC 264.579-RS, Sexta Turma, DJe 1º/8/2013. HC 250.455-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

¹⁴ HC 162.063/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1691.

¹⁶ Em similar exemplo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Houve *reformatio in pejus* na exclusão da atenuante da confissão espontânea, pelo Tribunal de origem, sem que o apelo ministerial tenha se insurgido contra esse aspecto da sentença, motivo pelo qual deve ser restabelecida a referida atenuante, com a sua compensação com a agravante da gravidez da vítima (art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal).” (AgRg nos EDcl no AREsp 1826848/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 21/06/2021)

Há, porém, assunto que gera (mais) polêmica quando do estudo do princípio da vedação ao *reformatio in pejus*. Diz respeito à (im)possibilidade de alteração da fundamentação, pelo Tribunal *ad quem*, dos elementos da pena que foram valorados pelo juízo anterior. Como exemplo: imagine-se hipótese em que o acusado é condenado por furto com elevação da pena base – na circunstância judicial das consequências –, em razão de *ter havido prejuízo à vítima, que não recuperou os valores*. Ocorre que o Tribunal *ad quem*, quando da apreciação do tema após o recurso exclusivo da defesa, manifesta-se no sentido de que referido fundamento é inválido, posto que intrínseco ao delito de furto consumado, mas mantém o *quantum* da pena em razão de outro fundamento: o *sofrimento da vítima, que viu-se sem condições para sua manutenção*, por exemplo. Aqui, houve a manutenção da exasperação da pena, mas por razão distinta – fundamento distinto – daquela fixada em primeiro grau. Há *reformatio in pejus* nesta hipótese?

Referida questão – que será melhor apreciada no item 3 do presente artigo – apenas demonstra ao leitor que a análise do tema da vedação ao *reformatio in pejus* não pode ser realizada sob lentes simplistas. Ou seja: não diz respeito apenas e tão somente à quantidade (final) de pena imposta ao réu, mas sim de todas as peculiaridades que a circundam.

A análise do tema claramente não se esgota nas linhas que foram acima traçadas. Há uma série de outras questões polêmicas que circundam o tema, como (i) *reformatio in pejus* indireta; (ii) *reformatio in pejus* no caso de julgamento pelo Tribunal do Júri; (iii) *reformatio in pejus* ocorrida após *emendatio libelli*; e (iv) *reformatio in mellius*. Ocorre, porém, que por questões metodológicas, haverá renúncia da análise destas (interessantes) questões. Ao menos neste artigo.

3 **NON REFORMATIO IN PEJUS E SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

Como dito, as peculiaridades que circundam a análise do princípio da vedação à reforma em prejuízo do réu não devem ser analisadas sob lentes simplistas, na medida em que caracterizam questões sensíveis atinentes ao processo penal. Imprescindível, nesse ponto, analisar através de quais lentes os Tribunais Superiores vêm tratando da matéria. Eis o objetivo do presente tópico.

De partida, não há como deixar de notar que, em consideráveis oportunidades, as Cortes Superiores valoram o conteúdo da vedação ao *reformatio in pejus* – no que refere à pena – apenas de modo quantitativo, renunciando indevidamente à análise qualitativa.

Em recentes julgados, pode-se vislumbrar a interpretação, pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a apelação devolve integralmente a matéria analisada ao Juízo *ad quem*, e sua atuação fica vinculada única e exclusivamente ao *quantum* (total) de pena aplicado. A saber: “no tocante ao princípio da *ne reformatio in pejus*, que se refere à proibição de agravamento da pena pelo Tribunal, em sede de recurso exclusivo da defesa, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se leva em conta apenas o *quantum* final da reprimenda imposta na decisão mais benéfica.¹⁷

Isso significa dizer, em outras palavras, que admite-se, portanto, que a Corte, quando instada a se pronunciar acerca da dosimetria, do regime de cumprimento de pena ou das demais questões atinentes às particularidades do crime, realize nova ponderação e reavaliação dos fatos e circunstâncias da conduta delitativa, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, desde que a situação final do réu não seja agravada, não havendo se falar em *reformatio in pejus*.¹⁸

Em razão de tal interpretação, não raro pode-se verificar a Corte alterando/substituindo a fundamentação anteriormente adotada por outra – não trazida pela acusação –, sempre sob o fundamento de *inexistência de agravamento da pena*. Cita-se, por exemplo, caso no qual o STJ considerou válida a modificação de fundamentação mesmo em sede de execução penal, ou seja, pós trânsito em julgado. Entendeu-se que “o mero deslocamento desta circunstância da terceira para a primeira fase da dosimetria, ainda que em sede de execução penal, não configura *reformatio in pejus*, em especial, porque, na hipótese, a sanção imposta ao agravante não foi alterada”.^{19/20}

¹⁷ AgRg no HC 570.459/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021.

¹⁸ AgRg no AgRg no AREsp 1860727/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

¹⁹ AgRg no HC 593.889/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

²⁰ No mesmo sentido: HC n. 377.700/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017.

As interpretações conferidas ao princípio do *non reformatio in pejus*, porém, nem sempre foram assim. Ao longo dos anos, houve – aos olhos de um direito processual penal acusatório e garantista - espécie de recrudescimento na análise do tema.

Veja-se, ilustrativamente, o julgamento do HC n. 176.320 pelo STJ: compreendeu-se que sequer o erro material poderia ser reavaliado e corrigido pelo Tribunal *ad quem*, pois “tratando-se, como se trata, de Direito Penal adjetivo não se pode falar em correção ex officio de “erro material”, máxime contra o réu. Tal instituto é próprio do Direito Processual Civil (artigo 463, I, do CPC)”.²¹

Não obstante, em julgados mais recentes, pode-se verificar que reiteradas vezes a Corte manifestou-se no sentido de que “nos termos da jurisprudência desta Casa, a simples correção de erro material não viola o princípio da *non reformatio in pejus*”^{22,23}, fundamentando-se tal interpretação justamente na legislação processual civil: “embora inexista contradição no aresto, verifica-se a presença de erro material que, nos termos do art. 494, I do Código de Processo Civil/2015, pode ser corrigido de ofício, já que não tem qualquer reflexo no conteúdo decisório.”²⁴

A mesma espécie de recrudescimento interpretativo pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Se antes a Corte compreendia que “o reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada”²⁵, os julgados mais recentes proclamam que “não se reconhece a ocorrência de *reformatio in*

²¹ HC 176.320/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 17/09/2012.

²² AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1352120/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

²³ Neste mesmo sentido: “É uníssono, no âmbito desta Corte Superior de Justiça, que a revisão da dosimetria da pena em esfera de recurso especial é admissível, apenas, diante de ilegalidade flagrante ou, quando evidenciado, de “erro material no cálculo da reprimenda, passível de correção ex officio” (HC 387.792/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).”

²⁴ (EDcl no AgRg no AREsp 843.223/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

²⁵ RHC 136346, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2016 PUBLIC 08-11-2016.

pejus nas hipóteses em que a pena do recorrente não se agrava por ocasião do julgamento do recurso”.²⁶

O tema que ao presente artigo especialmente importa também sofreu modificação de interpretação ao longo do tempo, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

É que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre caminhou no sentido de acolher a possibilidade de modificação/substituição de fundamentação previamente adotada, ao compreender que se “admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a *reformatio in pejus*”^{27,28}

O Supremo Tribunal Federal, porém, alterou significativamente seu entendimento ao longo dos anos. Inicialmente, a Corte entendia que “o aumento da pena-base mediante reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença monocrática gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP”.²⁹

Ou seja, o STF reputava relevante considerar, para fins da vedação à reforma em prejuízo do réu, não apenas o *quantum* final de pena imposta, mas sim a fundamentação e outros aspectos da sentença penal condenatória. Noutro julgado, foi clara tal acepção, na medida em que se concluiu que “a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo

²⁶ RHC 124739 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 14-11-2018 PUBLIC 16-11-2018.

²⁷ AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021

²⁸ “A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o Tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de *juris dictio* -, encontre motivação própria, respeitadas, obrigatoriamente, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da condenação impostos no juízo de origem.” HC 251.417-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015.

²⁹ RHC 126763, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*".³⁰

No entanto, mais recentemente a Corte passou a entender que "não há falar em *reformatio in pejus* se os motivos expendidos pelo julgador em sede de apelação exclusiva da defesa não representaram advento de situação mais gravosa para o réu".³¹

É com olhar de preocupação que se mira a atual compreensão jurisprudencial sobre o tema, por tantas e distintas razões que serão expostas no tópico a seguir.

4 A REFORMATIO IN PEJUS E A SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

Conforme visto, o princípio da *non reformatio in pejus* fora outrora analisado com lentes mais harmônicas a um processo penal acusatório e garantista. Atualmente, firmou-se a interpretação de que a reforma em prejuízo do réu está relacionada direta e especificamente ao *quantum* total de pena. É dizer: não havendo recrudescimento da pena final imposta, o princípio está respeitado.

Neste sentido, especificamente quanto à possibilidade de alteração/substituição da fundamentação anteriormente adotada, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela inexistência de *reformatio in pejus*, justamente sob o argumento de que não há piora no *quantum* de pena fixado pelo juiz de piso. O Supremo Tribunal Federal por muito tempo compreendeu que a mudança da fundamentação configurava, sim, *reformatio in pejus*, porém os julgados mais recentes demonstram a alteração da posição da Corte, que passou a valer-se do fundamento do STJ na apreciação da problemática.

Sobre o tema, a doutrina – que de forma escassa se manifesta a respeito – não é uníssona. Renato Brasileiro de Lima é no sentido de

³⁰ HC 129333, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015.

³¹ HC 126457, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 - DIVULG 11-12-2018 - PUBLIC 12-12-2018.

que “não se proíbe, entretanto, que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação”³².³³ Em sentido oposto, Pacelli aduz que “se o juiz avaliou negativamente algumas das circunstâncias e não o fez em relação a outras, não pode a instância revisora valorar de forma negativa as segundas, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, ainda que não haja aumento na dosimetria da reprimenda.”³⁴

Pois bem.

A vedação à *reformatio in pejus* é decorrência lógica do sistema acusatório ao qual o processo penal brasileiro está – ou deveria estar – vinculado, na medida em que se privilegia o protagonismo das partes em detrimento à atuação de ofício pelo magistrado. Por tal razão, o magistrado está – ou deveria estar - necessariamente adstrito às teses levantadas pela acusação caso entenda necessário recrudescer a situação do acusado no jogo processual.

O constructo do processo penal salvaguardado pelas garantias constitucionalmente previstas admite o julgamento *ex officio* tão somente nas hipóteses de irregularidades que, quando corrigidas, favoreçam ao réu. Não raras vezes pode se observar, por exemplo, ordens de *habeas corpus* concedidas de ofício pelos Tribunais Superiores após a aferição de prejuízos ao réu que não foram levantados pela defesa técnica do acusado.

Tais premissas decorrem, em essência, da conjugação do princípio da pessoalidade dos recursos com o princípio – que marca essencialmente

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1692.

³³ Registre-se, uma vez mais, que é nesse sentido a atual compreensão do STJ. “Não é vedado ao julgador alterar a fundamentação do decreto condenatório, pois seria legítimo que este encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem”. AgRg no AREsp 1854459/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021.

³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 763.

o direito e processo penal – do *favor rei/favor libertatis*,^{35/36} os quais preconizam, respectivamente, que os recursos devem favorecer àqueles que recorrem e que o processo penal deve priorizar, sempre, direta e indiretamente, a liberdade.

Por tal razão é que conceber a possibilidade de revisão da fundamentação pelos Tribunais Superiores – sejam os Tribunais estaduais/federais ou as Cortes Superiores –, quando da análise de recurso exclusivo da defesa, se desvela preocupante.

Inicialmente, veja-se que, para realizar a substituição da fundamentação em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal necessariamente terá de atuar *como se acusação fosse*. Sim, pois a acusação, no caso, ficou inerte – não confrontando a fundamentação anteriormente adotada (e equivocada), quando poderia/deveria fazê-lo –, e está o Tribunal a substituí-la, de ofício, por fundamentação mais adequada. Em outras palavras: está o Tribunal *suprindo a inércia do órgão de acusação* e adotando fundamentação que não fora pela parte acusadora sequer arguida.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu – antes de modificar o próprio entendimento – que “impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação”.³⁷

Antes que se diga que a acusação *não teria razões para recorrer*, posto que, a princípio, a pena final lhe soava adequada/justa, há que se esclarecer que, evidentemente, a acusação não deve estar atenta única e exclusivamente ao resultado final do julgamento, mas ao julgamento *como um todo*. É dizer: se o resultado final está correto, mas o caminho percorrido para chegar a tal resultado está juridicamente equivocado, é dever da acusação recorrer para garantir o acerto também do caminho – justamente na intenção de preservar o resultado que lhe soou justo.

³⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 706.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

³⁷ HC 152.752 PR - Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 04.04.2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-127 27-06.2018.

Ademais, e este é ponto essencial, ao substituir a fundamentação anteriormente adotada por uma nova, o Tribunal acaba por, indubitavelmente, *violar os princípios do contraditório e da ampla defesa*, tão caros ao processo penal. Isso porque, uma vez que não houve recurso por parte da acusação, confrontando a fundamentação anterior, restou a defesa impossibilitada de contrarrazoar eventuais argumentos expostos. Assim, quando o Tribunal substitui a antiga fundamentação por uma nova, o faz *sem nunca ter tido a defesa a chance de se manifestar a respeito*.

Há, ainda, outro aspecto que deve ser considerado. Veja-se que, caso haja (i) inconsistência na fundamentação inicialmente adotada e (ii) omissão por parte da acusação em provocar o Tribunal a corrigi-la, resta ao Tribunal um único caminho: extirpar da pena os acréscimos advindos através de equivocada/insuficiente fundamentação. O réu, portanto, passa a ter direito àquela extirpação em sua pena. Caso o Tribunal escolha caminho diverso, está a violar tal direito do réu, atuando em seu absoluto desfavor e violando o princípio da *non reformatio in pejus*.

Isso se reflete em outras questões de relevo. Pense-se na seguinte situação: havendo equívocos na fundamentação inicialmente adotada e se omitindo a acusação de recorrer para que tais equívocos sejam corrigidos, o caminho natural é o trânsito em julgado da decisão marcada por equívocos. Assim, tem o réu a chance de, identificados referidos equívocos posteriormente, ter sucesso em uma revisão criminal, com o consequente reajuste benéfico da pena.

Assim, caso o Tribunal atue de ofício – ou seja, mesmo diante da indevida e descuidada omissão por parte da acusação – para corrigir a fundamentação equivocadamente imposta, sob o (simplista) argumento de que “a pena final não será aumentada”, está, sim, a atuar de modo que prejudica o réu, violando o princípio da *non reformatio in pejus*. Afinal, está o Tribunal, de ofício, a impedir que haja o trânsito em julgado de decisão má fundamentada, o que geraria ao réu o direito à ação de revisão criminal.

Por todo o exposto é que se compreende – diferentemente do que vêm entendendo os Tribunais brasileiros – que o princípio da *non reformatio in pejus* impede que o Tribunal, de ofício, modifique, substitua ou melhore a fundamentação previamente adotada, mesmo que isso não re-

sulte em um recrudescimento na pena final imposta ao réu. Ou, dito de outro modo, se compreende que o princípio da *non reformatio in pejus* possui alcance muito mais amplo, impedindo que o Tribunal atue, em recurso exclusivo da defesa, de qualquer modo que, direta ou indiretamente, configure um prejuízo ao réu e à sua liberdade.

5 CONCLUSÕES

Após pontual estudo e reflexão sobre o tema eleito para protagonizar o presente artigo, registrem-se as principais conclusões.

01. O princípio da vedação à *reformatio in pejus* consiste, em síntese, na vedação conferida aos Tribunais de julgar desfavoravelmente ao réu nas hipóteses em que houver única e exclusivamente recurso interposto pela defesa. Além de estar previsto na legislação processual penal – mais especificamente no artigo 617 –, citado princípio é decorrência lógica do sistema penal acusatório, cuja característica principal é a proeminência da atuação das partes.
02. Na doutrina brasileira prevaleceu, ao longo dos anos, o entendimento de que não apenas o *quantum* final de pena estaria abarcado pela vedação à *reformatio in pejus*. Ou seja, a análise não pode apenas ser quantitativa, mas também qualitativa, de modo que outros aspectos também devem ser considerados.
03. Especificamente sobre a violação – ou não – da vedação à *reformatio in pejus* na hipótese em que, não obstante não haja recrudescimento da pena final, o Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, modifica o *fundamento* da exasperação da reprimenda, substituindo fundamento anteriormente adotado por novo, viu-se que atualmente os Tribunais Superiores possuem entendimento alinhado no sentido de que tal conduta *não é violadora do princípio*.
04. Não se entende que o atual entendimento adotado pelos Tribunais Superiores seja o mais adequado a um processo penal democrático, acusatório e garantista.

05. A um porque ao substituir, em análise de recurso exclusivo da defesa, a fundamentação previamente adotada, estaria o Tribunal *atuando como se acusação fosse*. Mais do que isso, estaria o Tribunal *suprindo uma omissão da parte que acusa* que tem, evidentemente, o dever de se atentar não apenas ao resultado final do julgamento, mas ao julgamento como um todo, podendo/ devendo recorrer sempre que o caminho que conduziu ao resultado esteja equivocado ou insuficiente.
06. A dois porque ao substituir, quando de recurso exclusivo da defesa, a fundamentação previamente adotada, o Tribunal *está a violar os princípios do contraditório e da ampla defesa*. Sim, pois diante da ausência de recurso por parte da acusação, a defesa está impossibilitada de contrapor eventuais argumentos, de modo que a nova fundamentação adotada – de ofício – pelo Tribunal *admirá sem que a defesa jamais tenha tido a chance de se manifestar a respeito*.
07. A três porque, quando uma decisão adota fundamentos insuficientes ou equivocados e a acusação se omite em provocar o Tribunal a corrigi-los, o réu *passa a ter direito de que tais fundamentos sejam afastados e a sua pena seja, conseqüentemente, favoravelmente corrigida*. Ao corrigir tais fundamentos de ofício, o Tribunal está a violar referido direito do réu, violando a ideia calcada na *non reformatio in pejus*.
08. A quatro porque, quando uma decisão adota fundamentos insuficientes ou equivocados e a acusação se omite em provocar o Tribunal a corrigi-los, o caminho natural é que tal decisão transite em julgado com as marcas de tal insuficiência ou equívoco – o que, posteriormente, pode ensejar uma ação de revisão criminal. Ao corrigir tais fundamentos de ofício, o Tribunal está a eliminar futura chance de revisão criminal por parte do réu e, assim, está a prejudicá-lo em análise de recurso exclusivo seu (mesmo que, naquele momento, não esteja incrementando a sua sanção), violando a *non reformatio in pejus*.
09. Por todo o exposto, se compreende que – diferentemente do que vêm entendendo os Tribunais brasileiros – o princípio da

non reformatio in pejus impede que o Tribunal, de ofício, modifique, substitua ou melhore a fundamentação previamente adotada, mesmo que isso não resulte em um recrudescimento na pena final imposta ao réu. Ou, dito de outro modo, se compreende que o princípio da *non reformatio in pejus* possui alcance muito mais amplo, impedindo que o Tribunal atue, em recurso exclusivo da defesa, de qualquer modo que, direta ou indiretamente, configure um prejuízo ao réu e à sua liberdade.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ROCHA JR., Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Recurso Especial e Recurso Extraordinários criminais*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A portrait of an elderly man with white hair, wearing a dark suit, white shirt, and dark tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is slightly blurred, showing what appears to be a bookshelf. The entire image has a light, semi-transparent overlay.

2

**DIREITO PENAL
E DOGMÁTICA**



A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA AUTORIA POR DOMÍNIO ORGANIZACIONAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS

ALEXANDRE KNOPFHOLZ¹

GUSTAVO BRITTA SCANDELARI²



RESUMO

É inegável a dificuldade de se determinar a autoria e a participação nos delitos cometidos no âmbito das empresas. Neste sentido, a doutrina vem buscando alternativas para uma mais eficaz imputação de responsabilidades àqueles que cometem crimes escudados pela organização empresarial. Neste cenário, eclode a discussão sobre a possibilidade de se aplicar, para os crimes societários, a teoria do domínio de vontade em virtude dos aparatos organizados de poder, desenvolvida por Claus Roxin em 1963. Tal doutrina foi idealizada para punir o autor mediato que se vale da máquina de poder para delinquir e tem sua aplicabilidade para crimes cometidos através da estrutura de um Estado autoritário ou de organizações criminosas, pressupondo sempre uma relação de mando vertical e a fungibilidade dos executores. Em tese, pode-se vislumbrar a sua adoção em empresas, desde que estas tenham por finalidade precípua cometer crimes e sejam operativamente controladas por uma organização voltada à delinquência. Contudo, tal teoria – de inegável importância – não pode ser transplantada para a criminalidade empresarial comum, já que as empresas têm, em sua essência, finalidade lícita e estrutura complexa, sendo necessária, para tais casos, a utilização dos critérios tradicionais de imputação do direito penal.

Palavras-chave: Crimes empresariais; Autoria mediata; Domínio do fato; Autoria por domínio organizacional; Teoria do domínio de vontade em virtude dos aparatos organizados de poder.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado. E-mail: alexandre@dotti.adv.br.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal na Graduação do UNICURITIBA. Professor de *Compliance* e Governança Jurídica na FAE Business School. Professor convidado em cursos de pós-graduação em Direito. Advogado. E-mail: gustavo@dotti.adv.br.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A problemática e a homenagem; **3.** Autoria mediata e domínio do fato; **4.** O domínio de vontade em virtude dos aparatos organizados de poder; **5.** A (in)aplicabilidade da autoria por domínio organizacional nos crimes empresariais; **6.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria do domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder – formulada por Claus Roxin – nos crimes cometidos no âmbito das empresas. Para tanto, a abordagem passa pela constatação de que, nos delitos empresariais, há inegável dificuldade de definição da autoria, em razão da complexidade das estruturas da sociedade, bem como da descentralização comum neste tipo de sistema. Em seguida, demonstrar-se-á a proposta do jurista alemão para se atingir a autoria nos casos de utilização de aparatos organizados de poder e, ao final, será feita a verificação da possibilidade – ou não – de sua aplicação nos crimes cometidos através de empresas.

2 A PROBLEMÁTICA E A HOMENAGEM

A expressão “criminalidade empresarial” pode ser analisada sob diferentes prismas. Pode-se falar da delinquência que nasce do *homem de trás*, daquele que detém o poder diretivo da empresa e pratica infração penal em benefício desta ou de seus sócios, bem como do crime do *homem da frente*, isto é, do executor de tarefas que, à revelia de seus superiores hierárquicos, pratica crimes quebrando a confiança funcional, em ato de deslealdade na relação de emprego³.

Para o presente trabalho, interessa a primeira hipótese.

É indubitável que os crimes econômicos são, em sua esmagadora maioria, cometidos no âmbito de uma empresa. E a própria estrutura

³ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. *El delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona: Atelier Libros, 2010, p. 52.

organizacional, a descentralização na tomada de decisões e a divisão de funções entre os integrantes da sociedade impedem uma fácil definição dos autores de tais modalidades delitivas.

Com efeito, “(...) la empresa actual supone una estructura que, con arreglo a las características de su organización, conlleva dificultades a la hora de la determinación de las responsabilidades, justamente a cuenta del anonimato de sus integrantes.”⁴

O jurista italiano e professor de Direito Penal Econômico Vincenzo Musacchio⁵, ao analisar a questão, esclarece as razões da dificuldade apontada:

En el ámbito de la responsabilidad penal, se producen problemas importantes para la determinación de la responsabilidad individual cuando el delito es cometido en el contexto de una empresa por las siguientes características del comportamiento: delegación de funciones, división del trabajo, complejización de los nexos causales, pluralidad de sujetos intervinientes, todo esto produce, en definitiva, una disociación entre quienes actúan y quienes responden penalmente, pudiendo recaer el peso de la responsabilidad en la jerarquía de la organización (responsabilidad del titular de la empresa) o en la base de la misma (responsabilidad de los representantes).

De fato, a complexidade da organização empresarial, as suas estruturas horizontal (divisão de funções e tarefas) e vertical (organização segundo regras de hierarquia) dificultam sobremaneira a responsabilização das pessoas físicas nos crimes empresariais.⁶ Vale dizer: a própria estrutura das empresas transforma-se em *escudo* para aqueles que dela se utilizam para delinquir.

O crime se torna, então, um fenômeno de escassa visibilidade.⁷ Aspectos como a estrutura organizacional da pessoa jurídica, a distinção

⁴ CICCARI, Juan Esteban. Legitimación pasiva en la persona jurídica: de la dogmática al proceso penal. In LAPORTA, Mario H. et alii [coord.]. *Derecho Penal empresario*. Buenos Aires: B. de F. Editorial, 2010, p. 827.

⁵ MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências criminais*, v. 60, p. 221.

⁶ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 139.

⁷ PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 11.

entre titularidade, poder e condução da sociedade, dentre outros, constituem dificuldades a serem superadas em casos tais.⁸ Delinquindo às *sombras*, os verdadeiros criminosos sentem-se confortáveis em continuar os ilícitos, seguros que estão de sua impunidade.

É inegável, portanto, a dificuldade de se determinar a autoria e a participação nos delitos cometidos no âmbito das empresas. Neste sentido, a doutrina vem buscando alternativas para uma mais eficaz imputação de responsabilidades àqueles que cometem crimes escudados pela organização empresarial.

Tal *pano de fundo* é o *ponto de partida* deste brevíssimo estudo, que apresentamos em memória ao nosso saudoso Mestre, Professor René Ariel Dotti, tão cioso que era de temas da dogmática penal. Busca-se, aqui, tratar rapidamente da possibilidade de se utilizar a doutrina do *domínio de vontade em virtude dos aparatos organizados de poder*, desenvolvida por Claus Roxin em 1963, para a definição de autoria nos delitos empresariais.

O propósito é meramente de apresentar, de forma simples, uma discussão já bastante conhecida da academia, de forma a propiciar, especialmente aos acadêmicos de graduação – nosso futuro – contato com este tema que ainda cobra muita importância. Nosso homenageado sempre manifestava extrema preocupação com os mais jovens, tanto na política, quanto nos estudos jurídicos. Segue-se, então, tal pesquisa.

3 AUTORIA MEDIATA E DOMÍNIO DO FATO

Sem a pretensão de aprofundamento na pesquisa das teorias da autoria no direito penal, é necessário ao menos fazer breves considerações acerca da *autoria mediata* e da teoria do *domínio do fato*, porque necessárias para a compreensão do tema.

A *autoria mediata* define a realização do tipo de injusto com a utilização de um terceiro como instrumento, que realiza o fato típico em posição subordinada ao controle do autor mediato.⁹ Neste sentido, “o papel fun-

⁸ CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. In: LAPORTA, Mario H. et alii [coord.]. *Derecho Penal empresario*. Buenos Aires: B. de F. Editorial, 2010, p. 179.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 354.

damental, que é o que permite imputar o fato a alguém como autor, deixa de ser do realizador material e passa a ser da pessoa de trás.”¹⁰ Sua nota marcante consiste, portanto, em que o domínio do fato pertence exclusivamente ao autor e não ao executor.¹¹ Deve-se observar que o executor – o instrumento – deve ter conduta humana e agir atipicamente ou sem antijuridicidade e culpabilidade.

É no campo da autoria mediata que se insere a teoria do domínio do fato, que possui sua origem nos estudos de Hans Welzel sobre o finalismo, na década de 30. Segundo tal teoria, autor é quem tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato.¹² Afere-se a conduta do agente não apenas sob o aspecto objetivo, mas igualmente sob o enfoque de sua contribuição subjetiva para a consecução do ato criminoso: “El autor es el señor sobre el hecho, em cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución.”¹³

Didaticamente, Figueiredo Dias¹⁴ observa:

Autor é, segundo esta concepção e de forma sintética e conclusiva, quem domina o facto, quem dele é ‘senhor’, quem toma a execução nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica; nesta precisa acepção se podendo afirmar que o autor é a *figura central do acontecimento*. Assim se revela e concretiza a procurada *síntese*, que faz surgir o facto como unidade de sentido objectiva-subjectiva: ele aparece, numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo.

¹⁰ SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 343.

¹¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. (Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 546.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 577.

¹³ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 83.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 765-766.

Tal teoria encontra hoje ampla aceitação, como se infere das palavras de Juarez Cirino dos Santos¹⁵:

A teoria do *domínio do fato* parece adequada para definir todas as formas de realização ou de contribuição para realização do fato típico, compreendidas sob as categorias de *autoria* e de *participação*: 1) **autoria** (a) *direta*, como realização pessoal do fato típico, (b) *mediata*, como utilização de outrem para realizar o fato típico e (c) *coletiva*, como decisão comum e realização comum do fato típico; 2) **participação** como contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outrem, sob as formas (a) de *instigação*, como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem e (b) de *cumplicidade*, como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem.

A autoria por domínio do fato é o nascedouro da doutrina do *domínio de vontade em virtude dos aparatos organizados de poder*, desenvolvida por Roxin e a seguir analisada.

4 O DOMÍNIO DE VONTADE EM VIRTUDE DOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Em seus estudos, Roxin distinguiu três formas de domínio do fato: por ação, por vontade e por domínio funcional. O domínio por vontade, por sua vez, pode ocorrer por coação, por erro, ou em virtude de aparatos organizados de poder (domínio por organização).¹⁶

Quando vislumbrou esta última situação¹⁷, o jurista alemão tinha em mente os abomináveis crimes cometidos no Holocausto, com a rede de campos de concentração e extermínio construídos pelos nazistas.¹⁸

¹⁵ SANTOS, 2006, p. 352.

¹⁶ AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

¹⁷ A teoria do domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder foi apresentada por Roxin, em 1963, em conferência na cidade alemã de Hamburgo e foi exposta na obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, que o habilitou como professor da Universidade de Göttingen.

¹⁸ CONDE, Francisco Muñoz; OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 88, 2011, p. 93.

Segundo seu raciocínio, era impensável e extremamente injusto punir os executores do genocídio e preservar aqueles que efetivamente tinham o domínio do fato, em razão da estrutura organizacional do Estado alemão da época.

A teoria criada – exclusiva para crimes dolosos – não trata do tradicional domínio de vontade da autoria mediata. Aqui, o instrumento de que se vale o *hombre de atrás* é o próprio sistema, que está integrado por *hombres fungíveis* em função do fim proposto. O domínio não é, portanto, sobre uma vontade concreta, mas sim sobre uma vontade indeterminada: qualquer que seja o executor, o fato será produzido da mesma forma.¹⁹

Kai Ambos²⁰ observa:

Partiendo del hecho de que los ejecutores son intercambiables (fungibilidad), no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo. Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son ‘ruedas’ intercambiables ‘en el engranaje del aparato de poder’, de modo que la figura central en el suceso – apesar de la perdida de cercanía con el hecho – es el hombre de atrás en virtude de su ‘medida de dominio de organización’.

Pode-se afirmar, assim, que são três os elementos da teoria formulada por Roxin: *a)* que a organização tenha fins delitivos ou que a aparelhagem estatal seja utilizada com finalidade ilícita; *b)* uma relação de mando vertical; *c)* a fungibilidade dos executores.²¹ Em relação a este último elemento, vale a observação de Anne Carolina Stipp Amador²²:

¹⁹ AMBOS, 1998, p. 42.

²⁰ Ibid., p. 15.

²¹ BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 106.

²² AMADOR, Anne Carolina Stipp. *Autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 18 out. 2011.

Nestes casos há que se ter em conta que o delito deve ser tomado no plano global, partindo-se do princípio de que o ‘homem por detrás’ tem à sua disposição um aparelho organizado de poder, que funciona independentemente da pessoa do executor. É a denominada fungibilidade do instrumento, ou seja, o executor é figura anônima e facilmente substituível no seio da organização.

As lições de Roxin abordam a possibilidade de utilização de sua teoria em delitos cometidos através de aparatos de poder de organização estatal e não estatal. No que se refere ao primeiro, o seu protótipo são os Estados totalitários. Nestes, embora a organização estatal tenha aparência lícita, o seu aparato é utilizado com fins ilícitos. A aplicabilidade de sua doutrina foi demonstrada nas sentenças exaradas no famoso *Caso Eichmann*, quando se concluiu que o *homem de trás* que conduzia ao genocídio tinha maior responsabilidade do que os autores diretos dos crimes, já que estes eram meros executores fungíveis.²³ Com efeito, naquele julgamento decidiu-se que “o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos.”²⁴

Quanto aos crimes cometidos através de aparatos de poder não estatais fala-se, sobretudo, na criminalidade organizada, em estruturas como a máfia e organizações terroristas. No Brasil, é possível mencionar organizações criminosas, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho. A importância da doutrina de Roxin para essas situações resta bem esclarecida por Arthur Pinto Lemos Júnior²⁵:

Esta teoria, sem dúvida, é a que melhor responde ao problema a responsabilidade jurídico-penal do chefe da organização criminosa estrita e, ao mesmo tempo, ajusta-se à lei penal de diversos países (Brasil, Portugal, Alemanha e Espanha). Considerá-lo como autor – na forma da autoria mediata – é dar a importância devida ao seu

²³ AMBOS, 1998, p. 34.

²⁴ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 268.

²⁵ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. v. 1, 2004, p. 52.

domínio do fato e reconhecê-lo como o cérebro, ou como o detentor do maior contributo responsável pelo evento criminoso.

Em síntese, fala-se que, nos âmbitos da organização estatal, militar ou de criminalidade organizada, deve ser feita a avaliação do efetivo domínio do fato pelo executor, isto é, o inferior hierárquico. Se é ele mero sujeito fungível, é necessária a imputação daquele que efetivamente domina o aparato de poder.²⁶

Zaffaroni²⁷, ao tratar do tema, denomina a autoria por domínio organizacional de “autoria de escritório”. Segundo ele, o autor mediato pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ser tanto um Estado sem qualquer apreço pela legalidade, quanto organizações paraestatais ou mafiosas.

A doutrina de Roxin vem ganhando adeptos nos últimos anos. Em recente artigo, Francisco Muñoz Conde e Hector Olasolo²⁸ afirmaram:

Apesar de la inicial renuencia de la jurisprudencia nacional y internacional a recurrir al concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder, en un amplio alcance, la situación ha cambiado a través del tiempo. Este es el resultado de la creciente percepción de que la aplicación a este tipo de casos de las figuras jurídicas de responsabilidad accesoria de la participación, como la instigación o inducción y la cooperación o complicidad necesaria, aunque ciertamente no tenga ninguna repercusión en la pena finalmente aplicable, relega a los superiores a un secundario que no se corresponde realmente con su relevancia real.

Não obstante sua inegável importância para a definição de autoria em crimes cometidos através dos aparatos de poder estatal e de organizações criminosas, resta saber se a teoria ora analisada pode ser utilizada para a imputação de responsabilidades na criminalidade empresarial.

²⁶ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Criterios de imputación penal en la empresa. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). *Direito penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75.

²⁷ ZAFFARONI, 2011, p. 587.

²⁸ MUÑOZ CONDE; OLASOLO, 2011, p. 93.

5 A (IN)APLICABILIDADE DA AUTORIA POR DOMÍNIO ORGANIZACIONAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS

Diante da mencionada dificuldade de se determinar a autoria e a participação nos delitos cometidos no âmbito das empresas, é sedutora a transposição da teoria da autoria em razão do domínio de um aparelho organizado de poder para a criminalidade empresarial. No Brasil, Paulo Afonso Brum Vaz encampa tal ideia. Segundo ele, em casos tais “a teoria da responsabilidade própria, diante da falta de autonomia do ‘homem da frente’, enquanto mero executor da conduta criminosa, precisa ser repensada.”²⁹ Sugerindo a aplicação da teoria de Roxin para a criminalidade empresarial, assevera³⁰:

Por certo que alguns institutos tradicionais do Direito Penal precisavam de uma releitura. Poder-se-ia cogitar, na hipótese, por exemplo, de um crime financeiro executado em sua materialidade por um empregado de instituição financeira no cumprimento das ordens de um de seus diretores, na hipótese de incidência dos institutos da autoria e da participação, quando em verdade, o que se tem é a figura da autoria mediata: um autor imediato, executando o delito, e um autor mediato, no caso, o dono do negócio, comandando, com o *domínio da vontade*, a atuação do executor.

E complementa³¹:

O que se sustenta, por derradeiro, é que, com as devidas adaptações, possa o nosso direito penal adotar o modelo da teoria do domínio da organização como critério mais racional para enfrentar-se a árdua tarefa de definição segura da autoria dos fatos criminosos quando praticados no seio dos aparatos empresariais econômicos, dada a insuficiência do instituto da coautoria, sobretudo porque o afastamento e o desconhecimento a respeito do *iter* concreto do fato por parte do homem de trás excluem realização conjunta com base na divisão de tarefas.

²⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Direito penal econômico e Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 53.

³⁰ *Ibid.*, p. 53.

³¹ VAZ, 2012, p. 56.

Contudo, analisando os alicerces da própria doutrina, verifica-se a impossibilidade de utilização de tal critério de autoria nos delitos empresariais.

Repisem-se os elementos da teoria formulada por Roxin: *a)* a organização deve ter fins delitivos; *b)* deve possuir uma relação de mando vertical; *c)* os executores são fungíveis.

Em primeiro lugar, é certo que as empresas, em essência, não são constituídas para o cometimento de crimes. Em sua esmagadora maioria, buscam aferir lucros legalmente, e eventuais incidências penais de seus sócios são casuísticas ou acidentais. Assim, desde logo, verifica-se não ser possível a aplicação da teoria em tela às empresas; salvo, por óbvio, àquelas constituídas com o único fim de cometimento de crimes.

De fato, “os aparatos de poder devem consistir em organizações criminosas, de forma que não se pode incluir aí as empresas, pois estas não são criminosas por si mesmas, uma vez que perseguem a obtenção legal de benefícios financeiros e as infrações são acidentais, a não ser que estas sejam constituídas visando fins ilícitos.”³²

Conforme Kai Ambos³³:

*De acuerdo con el estado de la cuestión, llevaría demasiado lejos el subsumir **empresas** bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en el plano puramente conceptual de que ha de tratarse de ‘aparatos de poder’, es decir, de organizaciones **criminales** (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente – aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas – podrán calificarse las grandes empresas. Las empresas no son criminales **per se**, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforme una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son accidentales. Si la situación es diversa, es decir, si*

³² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Revista do Curso de Direito da Ulbra São Jerônimo*, v. 03, 2006, p. 13-14.

³³ AMBOS, 1998, p. 44-45

las 'actitudes criminales' son mayoritarias, se tratara de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del 'crimen organizado de modo similar a la mafia', y, por lo tanto, en el del grupo de casos aqui analizado.

No mesmo sentido, manifestando-se contrariamente à adoção da teoria de Roxin para os crimes empresariais, Rafael Berruezo afirma que: “las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros.”³⁴

Mas há ainda outro elemento consistente, igualmente capaz de afastar a incidência da autoria por domínio organizacional nos delitos cometidos no âmbito da atividade empresarial: a hierarquia, nas empresas, nem sempre é vertical. Inexiste, assim, uma ascendência linear entre os cargos, como ocorre com a organização estatal, por exemplo, ou mesmo na estrutura das organizações criminosas ou na máfia.

É sabido que o poder de direção de uma empresa está assentado em quatro pilares: estrutura hierárquica, distribuição do trabalho, formação de um sistema de conduta e poder de determinação sobre os meios de produção.³⁵ Quanto maior e mais complexa a empresa, mais gerais e menos decisivos são os poderes dos diretores. A complexidade de interação dentro da empresa dificulta sua condução individual³⁶. Pulverizam-se, pois, as decisões.

Por outro lado, igualmente o requisito da fungibilidade dos executores fica fragilizado. Diferentemente do que ocorre com as estruturas estatais, por exemplo, em que aquele que simplesmente executa o crime faz parte de uma *massa de manobra* dos superiores hierárquicos, nos sistemas empresariais os funcionários, em regra, são pessoas instruídas e esclarecidas, muitas das quais com conhecimento específico de suas áreas de atuação.

³⁴ BERRUEZO, 2007, p. 107.

³⁵ GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria. *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 206.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, p. 15.

Novamente são oportunas as palavras de Kai Ambos³⁷, ao se referir tanto à descentralização das empresas como à inexistência de fungibilidade em determinadas estruturas empresariais:

En las empresas con distribución funcional y descentralizados, faltaran ya los necesarios 'procesos reglados'. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse 'procesos reglados' por instrucciones desde 'arriba', no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad.

Carlos Gómez-Jara Díez³⁸ demonstra a impossibilidade de aplicação da teoria de Roxin nas estruturas empresariais eis que estas são complexas e apresentam-se como um emaranhado sistema autopoietico. Segundo ele, nas empresas somente é possível considerar que o *homem de trás* possui domínio sobre um âmbito determinado, e não sobre a totalidade da organização.

O professor argentino Bernardo Feijoo Sánchez é, talvez, o mais ferrenho crítico daqueles que buscam inserir a estrutura empresarial no rol daquelas máquinas de poder que admitem a utilização da teoria de Roxin.

Em contundente passagem, assevera³⁹:

Dicho de otra forma, las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en regímenes como el nacionalsocialismo en Alemania o las dictaduras militares de Chile o Argentina tienen poco que ver con la comercialización de un producto defectuoso por parte de una multinacional como Nestlé.

Soa perfeita, pois, a conclusão de Raúl Cervini e Gabriel Adriasola⁴⁰, quando afirmam:

³⁷ AMBOS, 1998, p. 44-46.

³⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 68, 2007, p. 177-178.

³⁹ SÁNCHEZ, 2009, p. 11.

⁴⁰ CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 330.

[...] otros recursos dogmáticos de imputación contemporánea, como la autoría por dominio de un aparato organizado de poder u otras alternativas, e incluso intentos de solución dogmáticos más recientes, sólo resultarán aplicables a aquellas empresas esencialmente criminales u operativamente controladas por una organización criminal cuya finalidad trasciende el interés de la empresa desde el primer momento, canalizando los beneficios ilícitos en su exclusivo provecho. Fuera de estas situaciones son, a nuestro juicio, de aplicación los criterios de imputación tradicionales del Derecho penal, ya que como hemos expresado el Derecho penal, aun en estas circunstancias de especial sofisticación, no puede sacrificar sus paradigmas sustantivos y adjetivos clásicos por meras dificultades probatorias.

Denota-se, pois, que a teoria de Roxin não pode ser utilizada para a criminalidade empresarial comum, clássica, como regra. O que se pode vislumbrar é a sua utilização quando a própria empresa é utilizada como instrumento para a prática de crimes, isto é, quando seja constituída para tal fim e faça parte de uma efetiva criminalidade organizada. Somente nestes casos, pois, aplicar-se-ia a doutrina da autoria do domínio por organização.

6 CONCLUSÃO

A conclusão do presente estudo é facilmente verificável através de um simples raciocínio lógico-indutivo:

- a) Rememorando-se a essência da teoria do domínio da vontade em razão dos aparatos organizados de poder, tem-se que sua aplicação depende de a organização ter fins delitivos, possuir uma relação de mando vertical e da fungibilidade dos executores dos ilícitos;
- b) Em uma empresa, buscam-se em regra fins lícitos, a estrutura nem sempre é vertical e, na maioria dos casos, inexistente a fungibilidade de seus executores;
- c) Em consequência, não é aplicável a teoria de Roxin à criminalidade empresarial como regra. Ressalva-se a sua aplicação para as empresas constituídas para fins criminosos e que sirvam de instrumento para a criminalidade organizada.

REFERÊNCIAS

- AMADOR, Anne Carolina Stipp. *Autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*. Disponível em: www.ibccrim.org.br.
- AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. *El delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona: Atelier Libros, 2010.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. In: LAPORTA, Mario H. *et alii* [coord.]. *Derecho Penal empresario*. Buenos Aires: B. de F. Editorial, 2010.
- CICCIARO, Juan Esteban. Legitimación pasiva en la persona jurídica: de la dogmática al proceso penal. In LAPORTA, Mario H. *et alii* [coord.]. *Derecho Penal empresario*. Buenos Aires: B. de F. Editorial, 2010.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. (Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria. *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 68, 2007.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, v. 1, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; OLASOLO, Hector. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 88, 2011.

MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências criminais*, v. 60. 2006.

PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Revista do Curso de Direito da Ulbra São Jerônimo*, v. 03, 2006.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Direito penal econômico e Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Criterios de imputación penal en la empresa. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). *Direito penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



DO CRIME – REVISITANDO CONCEITOS BÁSICOS¹

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO ²



RESUMO

Ao revisitar conceitos básicos sobre o crime, o presente artigo transpassa as características inerentes ao objeto principal do Direito Penal, relembra os aspectos objetivos e subjetivos do crime como sendo uma conduta humana (positiva ou negativa), penalmente relevante, revestida de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, com a qual, necessariamente, ter-se-á como resultado a lesão ao bem jurídico, em seus variados exemplos, protegido pela norma penal.

Palavras-chave: crime; conduta humana; tipicidade; antijuridicidade; culpabilidade; bem jurídico.

¹ Este artigo, elaborado a partir de parecer por mim emitido, foi escrito em homenagem ao saudoso professor René Ariel Dotti, recentemente falecido. René, dos mais eminentes juristas brasileiros, foi advogado, criminalista de escola, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, escritor, um cidadão exemplar. Quando presidi o TSE, em 2005, constituí comissão de juristas com a finalidade de rever a legislação eleitoral. René Dotti cuidou dos delitos eleitorais e reescreveu praticamente todo o capítulo do Código Eleitoral destinado a esses delitos, tipificando, inclusive, inúmeras condutas na internet ainda não tipificadas, trabalho notável que foi encaminhado ao Congresso Nacional. René Dotti era um prestador de serviços ao país e aos brasileiros. Homenageá-lo, é uma honra para quem o faz.

² Advogado. Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Advogado. E-mail: fabiana@velloso.adv.br.

SUMÁRIO

I. O crime e seus elementos. **II.** A conduta. **III.** Tipo e tipicidade. **IV.** A antijuridicidade: o ilícito penal. **V.** A culpabilidade. **VI.** Omissão causal e injusto doloso. **VII.** Conclusão: o Direito Penal, instituto da liberdade. Referências.

I O CRIME E SEUS ELEMENTOS

I.1. A lei não define o que é crime. Nem mesmo o Código Penal, que apenas repete, em seu art. 1º, o que a Constituição Federal consagra no inciso XXXIX do art. 5º: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

I.2. O Decreto-lei nº 3.914, de 1941, denominado Lei de Introdução ao Código Penal, embora lhe seja posterior, apenas distingue o crime da contravenção, ao estatuir, em seu art. 1º, que considera-se *“crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*.

I.3. A doutrina procurou fixar os elementos essenciais de uma conduta delituosa: uma ação humana, compreendida também a omissão, típica, ilícita e culpável. Assim, o crime poderia ser definido, na lição de Heleno Fragoso, como

ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. Isso significa dizer que não há crime sem que o fato constitua ação ou omissão; sem que tal ação ou omissão correspondam à descrição legal (tipo) e sejam contrárias ao direito, por não ocorrer causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável (culpável).³

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, Forense, 17ª edição, p. 175, atualizado por FRAGOSO, Fernando.

I.4. Esse o conceito material ou substancial, que surgiu em oposição ao conceito formal, que entendia crime apenas a ação humana que infringe a lei, não considerando a culpabilidade. No entanto, o conceito, no dizer de Magalhães Noronha, não considera o que para ele é essencial no crime: a ofensa a um bem jurídico protegido pela lei. No seu entendimento, a função do Estado é promover o bem coletivo, cabendo-lhe, para tanto, editar normas para a harmonia e a paz sociais, garantindo a estabilidade coletiva no entrechoque de interesses individuais. A ofensa a alguns desses bens e interesses se apresenta de forma mais aguda, razão pela qual são protegidos pela norma penal.

I.5. Assim, leciona Magalhães Noronha, o crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é, pois, a ofensa a um bem jurídico, uma vez que a função da norma penal é sua tutela.⁴ E conclui reafirmando o conceito substancial do crime, ao dizer:

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita na lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como ação típica antijurídica e culpável. Ele não existe sem ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa).⁵

I.6. Outro não é o entendimento de Basileu Garcia, para quem o comportamento humano pode revelar-se por atividade positiva ou por omissão, mas, para constituir delito,

deverá ser ilícito, contrário ao direito, revestir-se de antijuridicidade. Decorre a tipicidade da perfeita conformidade da conduta com a figura que a lei penal traça, sob a injunção do princípio 'nullum crimen, nulla poena, sine lege'. Só os fatos típicos, isto é, meticolosamente ajustados ao modelo legal, se incriminam.⁶

⁴ NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, Vol. I, Saraiva, 30ª edição, p. 94.

⁵ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 94.

⁶ GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, Vol. I, Tomo I, Max Limonad, 4ª edição, ps. 195/196.

I.7. Na síntese de Nelson Hungria, o patriarca do Direito Penal brasileiro, posta em nova edição de seus “Comentários ao Código Penal”, cuja segunda parte tem como responsável o professor René Ariel Dotti, o crime consiste, antes de tudo, num fato, que, para Hungria não se resume à expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção do movimento corpóreo), mas também inclui o resultado, o *effectus sceleris*, vale dizer, a conseqüente lesão ou periclitación de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado. Daí afirmar ele que “*Não há crime sem uma vontade objetivada, sem a voluntária conduta de um homem, produtiva ou não impeditiva de uma alteração no mundo externo. É a vontade que se realiza.*”⁷

I.8. Anota Cezar Roberto Bitencourt que o conceito clássico de crime, que mantinha em partes distintas o aspecto objetivo (tipicidade e antijuridicidade) e o aspecto subjetivo (culpabilidade), elaborado por Von Liszt e Beling no final do século XIX, deu lugar ao denominado conceito neoclássico, sob influência da filosofia kantiana. Os elementos do conceito clássico sofreram transformações, e a eles foi acrescentado um novo elemento, exigindo-se também a ocorrência da danosidade social da conduta. Onde não houver lesão, inexistirá antijuridicidade.⁸

I.9. Pressuposto inicial do crime é a ação humana, a conduta, como diz Assis Toledo, no seu precioso livro, “Princípios Básicos de Direito Penal”, pois é ele um fenômeno social, um episódio da vida humana, que dela não pode ser destacado.⁹ Sem ela não existe crime, situando-se o fato no campo do caso fortuito ou de força maior. Trataremos, em seguida, desse primeiro e essencial elemento do delito.

II A CONDUTA

II.1 Não existe crime sem uma conduta humana, positiva ou negativa, pois é ela que lhe dá corpo e não raro é somente ela que o re-

⁷ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, T. 2, GZ Editora, 7ª edição, p. 6.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Vol. 1, Saraiva, 25ª edição, p. 287.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5ª edição, p. 79.

vela ao mundo exterior, aduz Magalhães Noronha, acrescentando que a conduta, ou ação, quando positiva, é constituída por um movimento do corpo e, quando negativa, traduz a abstenção desse movimento corpóreo. Ambas significam um comportamento voluntário, seja para fazer, seja para se abster de alguma ação.¹⁰ Sintetizando, aduz Francisco Toledo que

ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico.¹¹

II.2. A ação, ou conduta, é o dado objetivo primário da mais alta importância na teoria do crime, afirma Heleno Fragoso e, exatamente por isso, várias foram as teorias que sobre ela se desenvolveram ao longo do tempo.¹² As mais importantes são a teoria naturalista, ou causal, a teoria social e a teoria finalista. Segundo a teoria naturalista ou causal, a ação, explica Heleno Fragoso, é concebida como uma conduta voluntária que causa modificação no mundo exterior. O conceito é puramente naturalístico, sendo-lhe estranho qualquer valor, excluindo ainda qualquer apreciação normativa. Ação é causa, por isso mesmo isenta de qualquer valoração no mundo do Direito, representada por um movimento corporal consistente num fazer ou numa abstenção.¹³

II.3. A teoria social da ação entendeu que um conceito tão importante da ação não poderia se limitar a princípios fundamentados em leis da natureza. Daí considerar que, sendo a ação um comportamento praticado no meio social, deve ser valorado pelos padrões sociais. Dessa forma, ação seria a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelo Direito, não pelas leis da natureza.¹⁴

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 95.

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit. p. 109.

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Conduta Punível*, José Bushatksy Editor, p.7.

¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit. p. 7.

¹⁴ JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, vol. I, Parte Geral, Saraiva, 28ª edição, p. 233.

II.4. Por fim, a teoria finalista, criticando a separação entre vontade e seu conteúdo posta pela teoria causal, no sentido de que toda ação humana é o exercício de uma atividade final, e não apenas causal. Este o ponto central da teoria, que tem na vontade a espinha dorsal da ação final, no dizer de Cezar Bittencourt, para quem ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim. Reporta-se Cezar Bittencourt a Hans Welzel, o notável mestre da Universidade de Bonn, criador da teoria finalista, para afirmar que a finalidade baseia-se na capacidade de prever o agente, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso da ação e dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim. Sem a vontade, *“que dirige o suceder casual externo, convertendo-o em uma ação dirigida finalisticamente, a ação ficaria destruída em sua estrutura e seria rebaixada a um processo casual cego.”*¹⁵

II.5. Ainda segundo Bittencourt, a direção final da ação realiza-se em duas fases. A primeira é subjetiva, ocorre na esfera intelectual e consiste **(a)** na antecipação do fim que o agente quer realizar, **(b)** na seleção dos meios adequados para a consecução do fim e **(c)** na consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado. A segunda fase é objetiva, ocorrendo no mundo real e consiste na execução da ação real, material, efetiva, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Trata-se da colocação em prática do plano elaborado tendo em vista o fim proposto.¹⁶

II.6. Assim como não existe crime sem ação humana, também crime não haverá se dessa conduta não houver resultado. Sob o ponto de vista naturalista ou material, resultado é a modificação que se opera no mundo exterior em consequência da ação, ensina Magalhães Noronha. Sob o aspecto formal ou jurídico, é essa mesma modificação quando considerada pela lei.¹⁷ É dizer, o resultado da conduta é a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.¹⁸

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 302.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 303.

¹⁷ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 114.

¹⁸ JESUS, Damásio E, *Direito Penal*, Parte Geral, Saraiva, 28ª edição, p. 244.

II.7. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos, aduz Hungria, que rejeita a distinção entre crimes de resultado e crimes de simples atividade. Para ele, todo crime produz um dano, real ou efetivo, ou perigo de dano ou dano potencial, criando uma alteração no mundo externo, “*que afeta a existência ou segurança do bem ou interesse que a lei protege como ultima ratio da sanção penal.*”¹⁹

II.8. Mas não bastam a ação e o resultado para a configuração do crime, mesmo que presentes os demais elementos, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Indispensável que entre ação e resultado exista um vínculo de causa e efeito, um nexo de causalidade entre o comportamento humano e o resultado dele decorrente. Lembra Hungria que o crime, no seu aspecto objetivo, comporta dois momentos: uma ação, ou omissão, e um resultado. Entre esses dois momentos deve existir, condicionando a *imputatio facti*, uma relação de causa e efeito. Assim, ocorrendo um dano, ou perigo de dano, cumpre indagar se pode ser referido, em conexão causal, à ação ou omissão do acusado.²⁰

II.9. Dentre as várias teorias sobre a causalidade, o Código Penal optou pela teoria dos antecedentes causais, também chamada de *conditio sine qua non*, ao dispor, em seu art. 13, que o resultado de que depende a existência de um crime somente pode ser imputado a quem lhe deu causa, entendendo-se por causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, não distingue o Código Penal entre causa e condição, pois tudo quanto contribui para o resultado é causa.

II.10. Adverte, entretanto, Hungria, que a causalidade física, isto é, a relação de causa e efeito entre a ação e o resultado, não pode ser tida como o único pressuposto da punibilidade, pois esta se encontra também subordinada à culpabilidade do agente. Assim, após a constatação de um evento penalmente típico, deve-se apurar não apenas se ele foi causado

¹⁹ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. ps. 7/8.

²⁰ HUNGRIA, Nelson, ob. cit. p. 43.

por alguém, mas também se o agente procedeu dolosa ou culposamente, presente a máxima latina *nullum crimen sine culpa*.²¹

II.11. Vale registrar que o Código Penal contém uma única ressalva na adoção da teoria da *conditio sine qua non*, dispondo, no parágrafo 1º, do art. 13, que a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. No entanto, os fatos anteriores são imputados a quem os produziu. O dispositivo cuida de causa relativamente independente, restando claro que a causa absolutamente independente exclui por completo a imputação.

II.12. A teoria da equivalência dos antecedentes, em razão da amplitude contida no conceito de causa, tem sofrido várias críticas, e modernamente ganhou corpo na teoria da imputação objetiva que, no dizer de Damásio,

não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, e, sim, o resultado (ou evento) jurídico, que corresponde à afetação jurídica: lesão o perigo de lesão do bem penalmente tutelado.²²

II.13. Construída por Claus Roxin, assinala Cezar Bitencourt, sobre os conceitos de risco permitido e risco proibido, ante a constatação de que o perigo de dano é inerente a toda atividade humana, a teoria da imputação objetiva é tida como um complemento da doutrina naturalística, segundo a qual o tipo penal se materializa na conduta e no resultado, desde que existente entre eles umnexo causal, que torne o último consequência do primeiro. Acentua Bitencourt que, segundo a teoria da imputação objetiva, o resultado de uma conduta humana somente pode ser objetivamente imputado ao seu autor, se criou ele uma situação de risco juridicamente proibido e esse risco se materializou no resultado típico. *“Em outros termos somente é admissível a imputação objetiva do fato se o resultado tiver sido causado pelo risco não permitido criado pelo au-*

²¹ HUNGRIA, Nelson, ob. cit. p. 47.

²² JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 280.

tor.”²³ Consequentemente, a realização de uma conduta acobertada pelo risco permitido não poderá, segundo a teoria da imputação objetiva, ser atribuída ao autor, ainda que provoque um resultado integrante de uma tipificação penal.²⁴

II.14. Na concepção de Roxin, lembra Bitencourt, a imputação objetiva exige a presença de três requisitos: (i) criação de um risco jurídico-penal relevante, não coberto pelo risco permitido; (ii) realização desse risco no resultado; (iii) que o resultado produzido entre no âmbito de proteção da norma penal. O primeiro requisito busca a identificação da conduta praticada pelo agente e se ela infringe alguma norma do convívio social e pode ser valorada como relevante. Em caso positivo, teremos uma conduta não coberta pelo risco permitido. Passo seguinte é analisar se o agente pode ser responsabilizado pela prática de um crime consumado, isto é, pelo resultado. Não basta aqui a existência da relação de causalidade, mas a constatação de que esse resultado representa efetivamente a realização do risco proibido ou incrementado pelo autor. O terceiro requisito é a inclusão do resultado no âmbito de proteção da norma penal. Bitencourt adverte que, apesar de a conduta gerar um risco tipicamente relevante,

não haverá imputação se se verificar, *ex post*, que os cuidados exigidos, *ex ante* não eram suficientes nem adequados para evitar o resultado, na medida em que fatores imprevisíveis ou desconhecidos (*ex ante*) também interferiram na produção do resultado típico.²⁵

II.15. Uma observação: como visto, nos crimes de ação, ou materiais, a relação de causalidade, embora necessária, não é suficiente para a imputação objetiva do resultado, em que pese constituir seu primeiro requisito. Já nos crimes comissivos por omissão, a imputação objetiva não requer uma relação de causalidade propriamente, mas apenas que o sujeito não tenha impedido o resultado quando podia e devia fazê-lo, dada sua condição de garante.²⁶ Voltaremos ao tema, mais à frente.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *ob. cit.* p. 341.

²⁴ JESUS, Damásio E, *ob. cit.* p. 281.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *ob. cit.* p. 343.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *ob. cit.* p. 341.

II.16. Ao cabo, pode-se afirmar que, se o fato criminoso decorre de uma ação humana, obviamente que há de haver um sujeito ativo por ela responsável e um sujeito passivo por ela atingido, a vítima, vale dizer, o titular do bem ou interesse protegido pela norma e que vem a ser o objeto material do delito. Sujeito ativo, como o nome está a indicar, é quem pratica a conduta descrita na lei, e cuja culpabilidade e mesmo punibilidade estarão a depender do atendimento dos requisitos legalmente instituídos, e que não dizem respeito à conduta, assim entendida como a ação humana praticada.

II.17. Em que pese ser o agir humano pressuposto do crime, o direito penal moderno, no qual nos engajamos, tem admitido a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, abandonando de vez a máxima *“societas delinquere non potest”*. A propósito, anota Mirabete que, apesar das dificuldades no campo doutrinário, já que às pessoas jurídicas falta a capacidade natural, sendo sua personalidade tida como obra de ficção, não possuindo consciência e vontade,

a necessidade crescente de definir a colaboração de diretores e sócios na prática de ilícitos penais tem levado o Direito Penal moderno a caminhar no sentido de responsabilizar-se a pessoa jurídica como sujeito ativo de crime.²⁷

II.18. Lembra Mirabete que a Constituição de 1988 criou essa possibilidade, prevendo a responsabilização criminal da pessoa jurídica, tornando-a passível de sofrer punições compatíveis com a sua natureza e sem prejuízo da responsabilização de seus dirigentes, para as hipóteses de crimes contra a ordem econômica e financeiros e contra a economia popular (art. 173, § 5º), e ainda por condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º).²⁸ Também Damásio de Jesus curvou-se à nova realidade, não obstante sustentar que fora do homem não existe crime, pois somente ele possui a faculdade de querer. E como as pessoas jurídicas somente agem por meio de seus representantes, *“para sustentar sua capacidade penal, dever-se-*

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, p. 123.

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini, ob. cit. p. 123.

-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao ente representado." Todavia, admite Damásio que, ante os termos postos na Constituição, hoje a legislação brasileira admite a responsabilidade criminal da pessoa jurídica.²⁹

II.19. Tendo a infração penal um sujeito ativo, haverá, igualmente, um sujeito passivo, titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. É a quem usualmente denominamos vítima. Mirabete distingue o sujeito passivo constante do sujeito passivo eventual. O primeiro seria o Estado, titular do mandamento proibitivo; o segundo, sim, titular do bem jurídico, podendo ser pessoa física, jurídica, a Administração Pública e a própria coletividade.³⁰

II.20. Por fim, situa-se ainda no campo da conduta o objeto jurídico da ação delituosa. É o bem-interesse protegido pela norma penal, entendido como bem tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade do homem e interesse o valor que esse bem possui para seu titular. Assim, são bens protegidos pela norma penal, entre outros, a vida, a integridade física, a honra e o patrimônio. René Ariel Dotti distingue objeto jurídico do crime e seu objeto material. O primeiro é o bem jurídico protegido pela norma, enquanto o segundo é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta delinquentes. Assim, a vida é o bem jurídico do homicídio, ao passo que seu objeto material é a pessoa humana.³¹

III TIPO E TIPICIDADE

III.1. O crime é, antes de tudo, um fato, mas não um fato qualquer, mas o fato que corresponda fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador.³² Daí o brocardo latino *nullum crimen sine lege*, que a nossa Constituição alçou à tábua dos direitos fundamentais, art. 5º, XXXIX, ao proclamar que não há crime sem lei anterior que o defina, nem

²⁹ JESUS, Damásio E., ob. cit., p. 168.

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, ob. cit. p. 125.

³¹ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p. 398.

³² HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p.12.

pena sem prévia cominação legal. O pesquisador atento vai verificar que essa garantia constitucional tem o seu berço na Magna Carta de 1215.

III.2. Para haver crime, indispensável que a conduta seja típica, isto é, deve ter tipicidade. Atuar tipicamente, diz Magalhães Noronha é agir de acordo com o tipo, que consiste na descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime, Consequentemente, não existe crime sem tipicidade.³³ Não se confundem tipo e tipicidade. Esta é a adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Já o tipo é a própria figura resultante da criação do legislador, aduz René Ariel Dotti, reportando-se a Reale Júnior para afirmar que adequação típica *“é a congruência de uma ação concreta a um tipo de injusto.”*³⁴ Em síntese: se não houver essa adequação, a conduta será atípica, sendo desnecessário o exame dos demais elementos que, em tese, caracterizariam a conduta tida por criminosa.

III.3. Na lição de Bitencourt, tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, exercendo função individualizadora e limitadora da conduta humana penalmente relevante. É um modelo abstrato que descreve uma conduta proibida. Já a tipicidade é a concretização do princípio da reserva legal, é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura descrita na lei penal,³⁵ que Damásio sintetiza: *“é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora.”*³⁶

III.4. Vimos que tipo é o conjunto dos elementos do fato punível. Daí porque, segundo Damásio, ao descrever o delito, a lei penal deve limitar-se a uma definição objetiva, precisa e pormenorizada da conduta, para que fiquem bem delineados o direito de punir e o direito de liberdade. É que, sendo a tipicidade uma garantia liberal, e hoje direito individual con-

³³ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 96.

³⁴ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p. 382.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. ps. 356 e 358.

³⁶ JESUS, Damásio E, ob. cit., p. 260.

sagrado na Constituição, que não admite o crime sem prévia previsão legal, a descrição da conduta punível é indispensável, para que o cidadão possa saber quais as ações que pode praticar sem sujeitar-se a sanções.³⁷

III.5. Todavia, a mera descrição da conduta punível não constitui elemento único do tipo penal. De fato, a doutrina aponta no tipo elementos objetivos, normativos e subjetivos. Assis Toledo inclui o elemento normativo entre os elementos subjetivos. Os elementos objetivos, também chamados descritivos, são os que dizem respeito à materialidade da ação penal, ou seja, do tipo penal, representado por um verbo que expressa a conduta punível, além de referir-se, em determinadas hipóteses, à forma de execução, tempo e lugar.

III.6. Além dos elementos objetivos, diz Damásio, muitas vezes o legislador inclui na figura típica certos componentes que exigem, para sua ocorrência, um juízo de valor dentro do próprio campo da tipicidade. E exemplifica: esses elementos normativos ora se apresentam sob a forma de franca referência ao injusto – “*indevidamente*”, “*sem justa causa*” -- sob a forma de termos jurídicos – “*documento*”, “*função pública*”, “*funcionário*” – e, ainda, por meio de termos extrajurídicos, ou conceitos indeterminados – “*mulher honesta*”, “*dignidade*”, “*saúde*.”³⁸

III.7. Vimos, linhas atrás, que, segundo a teoria finalista, toda ação humana é exercida com uma determinada finalidade. Uma das consequências dessa teoria, é que o dolo, sobre o qual falaremos adiante, não mais se inclui na culpabilidade, como defende Assis Toledo,³⁹ mas no próprio tipo. Ele materializa a finalidade da ação. Assim, assinala Bitencourt, quando se realiza o juízo de subsunção de uma conduta a um tipo penal, indispensável que se analise também o conteúdo da vontade.⁴⁰ O dolo, portanto, seria o elemento subjetivo do tipo, ao lado de outros fenômenos anímicos do agente, como tendências e intenções.

³⁷ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 271.

³⁸ JESUS, Damásio E, ob. cit. ps. 272/273.

³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit. p. 154.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 362.

III.8. Pode-se dizer, pois, com Bitencourt, que os elementos subjetivos do tipo são dados ou circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor, que *“se projetam sobre os elementos objetivos do tipo e manifestam-se como vontade regente da ação.”*⁴¹ E registro aqui sua advertência, no sentido de que, segundo a doutrina moderna, o dolo do agente deve abranger todos os elementos que constituem o tipo penal, pois, se o processo intelectual-volitivo não atinge todos os componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se completa. Conseqüentemente, não poderá o agente ser punido.⁴²

IV A ANTIJURIDICIDADE: O ILÍCITO PENAL

IV.1. Um fato, para ser criminoso, além de típico, tem de ser contrário ao Direito, ensina Hungria, isto é, estar positivamente em contradição com a ordem jurídica.⁴³ Normalmente, o fato típico é também antijurídico, pois a tipicidade contém indícios de injuridicidade, mas podem ocorrer circunstâncias que a excluem. Teríamos, então, uma excepcional licitude de uma conduta tipificada como crime, o que ocorre, por exemplo, quando o ato é praticado em estado de necessidade ou em legítima defesa.

IV.2. Para Assis Toledo, o conceito adotado por Hungria é insuficiente, posto que limitado à contrariedade entre a ação e a norma, e por isso a ele acrescenta o resultado da conduta, assim conceituando o ato ilícito: *“A relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo bem jurídico tutelado.”*⁴⁴ O crime, para Toledo, como ato ilícito, é a expressão de um ato de vontade apto a causar dano. No seu entender, portanto, a ilicitude penal, que somente pode decorrer de uma ação humana, está fundamentada em dois pressupostos: existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa, e a existência concomitante de possíveis ou reais conseqüências danosas sobre o meio social decorrentes dessa mesma conduta.⁴⁵

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 362.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 359.

⁴³ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p.14.

⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit. p. 85.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit. p. 86.

IV.3. Bitencourt, na linha de Assis Toledo, inclui o resultado da ação como elemento do conceito de antijuridicidade. Daí afirmar, forte em Hans-Heinrich Jescheck, que a antijuridicidade não se esgota na reação de contrariedade existente entre ação e norma, pois apresenta também conteúdo substancial, a caracterizar a antijuridicidade material, “*representada pela danosidade social, isto é, pela lesão ao bem jurídico tutelado*”.⁴⁶

IV.4. A antijuridicidade pode ser considerada, pois, sob os aspectos formal e material, aduz Magalhães Noronha. O primeiro é a oposição à norma legal. Já o segundo, projeta-se além do direito positivo, pois traduz a contradição do fato às condições vitais de coexistência social ou da vida comunitária, as quais se transformam em bens jurídicos, eis que protegidas pela norma.⁴⁷ Para Magalhães Noronha, a antijuridicidade representa um juízo de valor em relação ao fato lesivo do bem jurídico, numa apreciação puramente objetiva, não dependente de condições próprias do autor. E exemplifica: tanto é ilícito um homicídio cometido por um homem normal como por um alienado. A antijuridicidade existe em ambos os casos, e a diferença é que, no último, não existe agente culpável e, conseqüentemente, punição.⁴⁸

IV.5. Admite-se, também, uma antijuridicidade subjetiva, ao lado da objetiva, acrescenta Damásio, que independe de culpa ou da imputabilidade do sujeito. Segundo essa teoria, as ordens e proibições do comando normativo são dirigidas às pessoas imputáveis, pois só existe violação ao comando legal em relação à vontade, não em relação a ocorrências naturais ou condutas humanas que não podem ser atribuídas à vontade imputável. O inimputável, anota, não pode realizar condutas antijurídicas, uma vez que não existe ilicitude sem culpa.⁴⁹

IV.6. Vale registrar, no ponto, a advertência de Bitencourt, no sentido de que os conceitos de antijuridicidade e de injusto não se con-

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 403.

⁴⁷ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 98.

⁴⁸ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 90.

⁴⁹ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 359.

fundem. Antijuridicidade, diz ele, é uma forma de conduta proibida pelo ordenamento jurídico. Injusto é a própria ação, valorada antijuridicamente. A antijuridicidade é um predicado, ao passo que o injusto é o substantivo. Conclui:

O injusto é forma de conduta antijurídica propriamente: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio etc. A antijuridicidade, por sua vez, é uma qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico.⁵⁰

IV.7. Como já foi dito, o fato típico é, de regra, antijurídico, pois a tipicidade contém indícios de antijuridicidade. Todavia, há circunstâncias que a excluem. Por essa razão, Magalhães Noronha anota que o conceito de antijuridicidade se completa por exclusões,⁵¹ ou, como afirma Damásio de Jesus, há um critério negativo de conceituação da antijuridicidade, ou seja, o fato típico é também antijurídico, exceto se ocorre alguma causa de exclusão da ilicitude.⁵² Mas, bem sustenta Hungria, a excepcional licitude de um fato correspondente a um tipo de crime somente pode ser encontrada na órbita do direito positivo, pois não existem causas supra, extra ou metalegais de exclusão de crime.⁵³ Não por outra razão, o Código Penal, art. 23, trata da exclusão de ilicitude, dispondo que não há crime quando o agente pratica o fato típico em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

V CULPABILIDADE

V.1. Para que se configure o crime, não basta que a ação seja típica e antijurídica. Necessário que seja também culpável. A culpabilidade constitui o elemento subjetivo do delito. Dito de outra forma, o resultado lesivo ao direito, decorrente da conduta do sujeito ativo, há de ser a ele atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, a título de dolo ou

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 402.

⁵¹ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 98.

⁵² JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 356.

⁵³ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p.14.

culpa.⁵⁴ É que, a responsabilidade objetiva não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico, em razão do princípio “*nullum crimen sine culpa*.” Para que haja culpabilidade, ensina Hungria, “*é necessário que tenha havido uma vontade a exercer-se, livre e conscientemente, para o resultado antijurídico ou apesar da representada probabilidade de que este ocorresse, ou, pelo menos, revele, ainda que sem previsão do resultado, inescusável inadvertência ou imponderação.*”⁵⁵

V.2. Pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade, ou seja, o conjunto de condições pessoais do agente que permitem seja a ele atribuída a prática de um fato punível. A concepção dominante, na doutrina e nas legislações, vê na imputabilidade capacidade de entender e de querer, diz Damásio de Jesus, acrescentando que o fato de ser homem inteligente e livre o torna responsável pelos atos praticados.⁵⁶ O Código Penal não conceitua imputabilidade, mas diz quem são os inimputáveis, ou seja, aqueles agentes aos quais, por uma razão ou por outra, não pode ser atribuída a responsabilidade pela prática de delito. E, sendo a imutabilidade pressuposto da culpabilidade, sem ela não existe esta e, conseqüentemente, a conduta deixa de ser criminosa, se temos presente o princípio “*nullum crimen sine culpa*”.

V.3. Segundo o Código Penal, art. 26, é inimputável e, portanto, isento de pena, o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. São também penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, ficando, entretanto, sujeitos à legislação especial, a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme art. 27 do Código Penal. Por fim, é causa de inimputabilidade a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (Cód. Penal, art. 28, § 1º).

⁵⁴ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 97.

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson, ob. cit. p. 82.

⁵⁶ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 470.

V.4. Em tempos pretéritos, somente interessava ao Direito Penal o efeito externo do ato danoso. A responsabilidade era, então, objetiva, desconsiderando-se qualquer ligação entre o fato causado e seu agente. O passar do tempo, contudo, mostrou existir diferença entre causar um dano inevitável e um dano evitável. Passo seguinte, ao lado da inevitabilidade, desenvolveram-se os conceitos de previsibilidade e voluntariedade.

V.5. Foi sobre esses dois elementos anímicos – previsibilidade e voluntariedade – que se desenvolveu, leciona Magalhães Noronha, a concepção psicológica de culpabilidade, que se exaure no dolo ou na culpa. Culpável, dessa forma, é o indivíduo que consciente ou inadvertidamente praticou a ação vedada em lei, agindo com dolo, no primeiro caso, e, no segundo, com culpa em sentido estrito. A culpabilidade seria, assim, uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso.⁵⁷

V.6. Oportunamente voltaremos ao dolo. Por ora, basta que o aceitemos na conceituação do art. 18 do Código Penal, que o considera a vontade de praticar o ato típico, buscando o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo. Bitencourt anota: *“Dentro dessa concepção psicológica, o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade como também a sua totalidade, isto é, era a culpabilidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo, admitia, somente, como seu pressuposto, a imputabilidade, entendida esta como a capacidade de ser culpável”*.⁵⁸

V.7. Todavia, percebeu-se, já no início do século passado, que nem sempre existe vínculo psicológico entre a conduta típica e o resultado danoso, não merecendo o agente, portanto, qualquer espécie de reprovabilidade. Exemplo típico é o exercício da legítima defesa, posto que, na hipótese, não seria exigida outra conduta do autor que, nessa circunstância, não seria culpável. Assim nasceu a concepção normativo-psicológica ou apenas normativa da culpabilidade.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. ps. 99/100.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 454.

V.8. Destarte, para ser culpável *não é* suficiente a existência de dolo ou culpa na conduta, sendo indispensável que ela seja censurável ao autor, de quem se exigia um comportamento conforme o direito e que podia ser por ele adotado. A culpabilidade se tornou dessa forma um juízo de reprovação, sem o abandono do dolo e da culpa, que deixaram de ser espécies de culpabilidade, tornando-se seus elementos. Afirma Assis Toledo que a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito.⁵⁹ Damásio de Jesus completa: o elemento que caracteriza a culpabilidade é a reprovabilidade, pois a culpabilidade não é apenas um vínculo entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas, sim, *“um juízo de valoração de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). E a culpabilidade é psicológico-normativa: contém o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade como fator normativo”*.⁶⁰

V.9. Vimos que a teoria psicológica considera o dolo e a culpa em sentido estrito como espécies de culpabilidade. A teoria normativa os transformou em seus elementos, ao lado da reprovabilidade da conduta, eis que o agente deveria ter agido de acordo com a norma. Não o fazendo, tornou-se destinatário da reprovabilidade social.

V.10. A teoria finalista da ação, que trouxe inúmeros avanços à ciência penal, também inovou na conceituação de culpabilidade, construindo a denominada teoria normativa pura. A separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos, resultou que dolo e culpa não poderiam ser considerados espécies de culpabilidade, segundo a teoria psicológica, ou seus elementos, em conformidade com a teoria normativa, mas, sim, como integrantes da ação e do injusto pessoal. Assim, outro deveria ser o conceito de culpabilidade e outros os seus elementos.

⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit. p. 223.

⁶⁰ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 461.

V.11. Segundo a teoria finalista, o dolo, transferido que foi para o conceito de tipo penal, não mais integra a culpabilidade que, despida de elementos subjetivos, fundamenta-se não apenas na desconformidade entre a ação e o ordenamento jurídico, mas na não omissão de uma ação contrária ao Direito, ainda quando se podia fazê-lo, dado que sempre se espera uma ação em conformidade com a norma legal.⁶¹

V.12. Para Bitencourt, a essência da culpabilidade é reprovabilidade da configuração da vontade, e toda culpabilidade é culpabilidade da vontade, razão pela qual somente se pode reprovar ao agente, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode agir voluntariamente.⁶² Parece óbvio que, se nos crimes materiais se exige a omissão da conduta, *a contrario sensu*, nos crimes comissivos por omissão o que se exige é a prática da conduta omitida. Ainda segundo Bitencourt, constituem elementos da culpabilidade normativa pura, segundo a teoria finalista da ação, a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito. A imputabilidade, já vimos, capacidade para ser culpável e, na orientação finalista, constitui condição de reprovabilidade, ou seja, da culpabilidade, entendendo-se que, sem ela, o sujeito carece de liberdade e da faculdade de agir de outro modo.

V.13. Importante considerar, ademais, que, para que uma ação contrária ao Direito seja reprovada ao autor, é necessário que ele conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude. Deve ter, portanto, conhecimento da ilicitude, não um conhecimento real, mas pelo menos potencial.

V.14. Por fim, a exigibilidade de obediência ao Direito responde ao questionamento cuja resposta constitui igualmente requisito da culpabilidade: poderia o autor agir de outro modo? Com apoio em Manuel Vidaurri Aréchiga, Cezar Bitencourt anota que o conteúdo da reprovabilidade consiste em o autor possa e deva adotar uma resolução de vontade

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 465.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 464.

de acordo com o ordenamento jurídico e não uma resolução de vontade antijurídica.⁶³

VI OMISSÃO CAUSAL E INJUSTO DOLOSO.

VI.1. Dispõe o Código Penal, art. 13, que o resultado, de que depende a existência do crime, somente pode ser imputado a quem lhe deu causa, acrescentando que considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Verifica-se, pois, que em matéria de causalidade a lei não distingue entre crime por ação e omissão. Vale dizer, a conduta delituosa pode se concretizar numa ação ou numa omissão. Bem por isso que, para Magalhães Noronha, a omissão é tão real quanto a ação,

pois é expressão da vontade do omitente, porque é reconhecível e verificável no tempo e no espaço e porque não é um não-ser, porém um modo de ser do autor. E, se tem um conteúdo real, não é um nada, mas alguma coisa susceptível de determinação e percepção. Como tal, pode dar lugar um processo causal.⁶⁴

VI.2. O crime, portanto, pode ter como causa tanto uma ação como uma omissão. Quando a omissão é causa, temos os chamados crimes omissivos, que se dividem em omissivos próprios e omissivos por comissão, ou omissivos impróprios. Ambos ocorrem quando o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é imposto pela norma. Os primeiros estão tipificados no Código Penal e consistem, anota Cezar Bitencourt, numa desobediência a uma norma mandamental, que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, omissão de um dever de agir, quando possível cumpri-lo sem risco pessoal. Exemplo clássico é o crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal. Já nos crimes comissivos por omissão, que são crimes de resultado e que não possuem tipologia específica no Código

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. ps. 464, 468 e ss.

⁶⁴ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 114.

Penal, o agente não possui simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, agir com a finalidade de impedir um resultado.⁶⁵

VI.3. Notáveis foram as divergências doutrinárias sobre a existência, ou não existência, de relação de causalidade entre a omissão e o resultado. Delas tratou, com precisão, Heleno Fragoso.⁶⁶ Hoje, o entendimento dominante é que não há que se falar emnexo causal objetivo nos crimes omissivos. Por essa razão, a doutrina moderna vê como incorreta a afirmação de que a omissão produziu o resultado, pois no plano físico não existe omissão, mas apenas ação. A essência da conduta omissiva é necessariamente normativa, assinala Damásio, acrescentando que a causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realização e se omitiu, o que o torna responsável pelo resultado, não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado.⁶⁷

VI.4. Lembra René Ariel Dotti que o Código Penal prevê a punição da omissão em três hipóteses: (i) pela inobservância do dever de solidariedade humana e obrigação natural civil, como na omissão de socorro e abandono maternal, previstos nos artigos 135 e 244 do CP; (ii) pela conduta alternativa ou cumulada de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, conforme art. 164 do CP, e (iii) pela violação do dever e agir estabelecido nas situações revistas pelo art. 13, § 2º, do Código Penal, sendo que na última hipótese a responsabilidade está condicionada à infração de um dever jurídico de evitar o resultado.⁶⁸

VI.5. Para Cezar Bitencourt, o dever jurídico de impedir o resultado constitui um dos pressupostos para a ocorrência do crime comissivo

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. ps. 322/323.

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Conduta Punível*, Bushatksy Editor, ps. 37 e ss.

⁶⁷ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 251.

⁶⁸ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p. 464.

por omissão, ao lado do poder de agir e da inevitabilidade do resultado. E a seguir os explica.⁶⁹ O poder de agir é pressuposto básico de qualquer agir humano, e na omissão não é diferente. Também nela é necessário que o sujeito tenha a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente. Assim, não basta que ele tenha, por exemplo, o dever de agir, indispensável que ele tenha podido fazê-lo.

VI.6. O segundo pressuposto é a inevitabilidade do resultado. Dito de outra forma, para a ocorrência do crime por omissão é necessário verificar se não houvesse a omissão, ou se tivesse o sujeito agido, o resultado não se teria verificado. Isto porque, se a realização da conduta impediria o resultado, sua omissão será considerada a sua causa. O terceiro pressuposto é o dever de impedir o resultado. Se o agente podia agir, e mesmo que sua ação fosse capaz de impedir o resultado, ainda assim não se lhe podia imputar o resultado se ele não tinha o dever de evita-lo, o especial dever de impedi-lo, isto é, se não fosse o garantidor de sua não ocorrência. Ao agente deveria ter sido atribuído o dever de agir.

VI.7. O conceito de garantidor, que por um bom tempo dividiu os penalistas, perdeu hoje significado a partir da reforma do Código Penal promovida pela Lei nº 7.208/1984, que introduziu no antigo art. 11, renumerado para art. 13, o § 2º, dispondo que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, e que o dever de agir incumbe a quem: (a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, e (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Sem a ocorrência de qualquer um desses requisitos, configuradores do dever jurídico, não há como imputar a alguém a responsabilidade por crime comissivo por omissão.

VI.8. A primeira hipótese de dever jurídico ocorre quando a lei expressamente impõe a alguém o de evitar o resultado. Trata-se de um

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. ps. 323/325.

dever imposto por lei a determinada pessoa, da qual se exigem cuidados, proteção e vigilância nas situações que o próprio texto legal menciona. A segunda hipótese cuida da assunção voluntária da condição de garantidor. Antigamente, a doutrina limitava possibilidade à existência de uma obrigação contratual. Hoje, entretanto, resta claro que o contrato não esgota todas as hipóteses, daí admitir a lei qualquer outra forma pela qual o agente tenha assumido tal responsabilidade, desde que voluntariamente.

VI.9. Por fim, existirá ainda responsabilidade por omissão se o agente, tendo criado o risco da ocorrência do resultado, não adotou as providências necessárias para evitá-lo. É em razão de seu comportamento anterior que se lhe impõe o dever de impedir que o resultado se materialize. Por óbvio que os crimes omissivos impróprios podem ser praticados por dolo ou culpa.

VI.10. Segundo a teoria psicológica, como visto anteriormente, dolo e culpa seriam as espécies de culpabilidade, conforme a teoria normativa, os seus elementos; ou, ainda, na linha da teoria finalista, integrantes não da culpabilidade, mas da conduta típica, mais precisamente do tipo. Pouco importa, aqui, onde o dolo se situa na doutrina penal, na sua diversidade.

VI.11. Estatui o Código Penal, art. 18, que o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Dolo, assim, segundo Cezar Bitencourt, é *“a consciência e vontade da realização de uma conduta descrita em um tipo penal.”*⁷⁰ O dolo constitui elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de conduta dirigida imediatamente contra o mandamento normativo. E, ao longo do tempo, várias teorias procuraram definir o conteúdo do dolo, ou como ele se manifesta. Entre elas se destacam a teoria da vontade e a teoria da representação.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 367.

VI.12. Consoante a teoria da vontade, dolo é a vontade dirigida para o resultado, ou, na clássica conceituação de Francesco Carrara, talvez o maior defensor da teoria, citado por Bitencourt, “*o dolo consiste na intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato, que se conhece contrário à lei.*” A essência do dolo, afirma Bittencourt, deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de praticar a ação e obter o resultado. Não se nega a existência da representação, da consciência do fato, mas o que se põe em destaque é a importância da vontade de se causar o resultado.⁷¹

VI.13. A teoria da representação, reconhecidamente ultrapassada, sustentava exatamente o contrário. Ou seja, que para a existência do dolo bastava a representação subjetiva, isto é, a previsão do resultado como certo ou provável. Como se vê, a divergência gira em torno da preponderância que se deve dar a um ou outro elemento do dolo, o que, para Nelson Hungria, não tem tanta importância como a que lhe foi atribuída tempos atrás. Para Hungria, as duas teorias se completam, pois dolo é ao mesmo tempo representação e vontade, e ainda consentimento, numa referência à teoria segundo a qual o dolo não exige que o agente queira produzir o resultado tido como certo ou provável, bastando seu assentimento, isto é, que o aceite. E reporta-se a Eugenio Florian, para quem representação sem vontade é coisa inexpressiva, e a vontade sem representação é coisa impossível. E, com a costumeira precisão, sustenta que, embora necessária, a representação não é suficiente para configuração do dolo, pois nada nos diz a atitude psíquica do agente em face do resultado, e tal atitude, somente reconhecível quando o agente quer ou aprova o resultado, é que define a culpabilidade.⁷²

VI.14. Magalhães Noronha comunga do entendimento de Hungria, no sentido de que o dolo é representação e vontade, até porque não se pode querer conscientemente senão aquilo que se previu ou se representou na mente. Consequentemente, diz ele, para agir com dolo não basta que o evento tenha sido previsto pelo indivíduo, mas que tenha sido igualmente querido, pois esse resultado constitui a meta, “*o fim que*

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. p. 369.

⁷² HUNGRIA, Nelson, ob. cit. p. 84.

*o sujeito ativo busca com sua atividade consciente e dirigida. Costuma-se dizer, por isso, abreviando o conceito, que dolo é a vontade de executar um fato que a lei tem como crime.”*⁷³

VI.15. Não há discrepância quanto ao fato de ter o legislador adotado a teoria da vontade no Código Penal, em sua reforma de 1984. A expressão *“quando o agente quis o resultado”* o confirma. Parece-nos, entretanto, que também a teoria do consentimento foi acolhida no Código, considerando que a segunda parte do art. 18 enuncia que também haverá dolo mesmo quando o agente não tenha querido o resultado, mas, prevendo-o, assumiu o risco de produzi-lo. Consentiu, portanto, em sua realização. Magalhães Noronha tem esse entendimento, ao anotar que o Código Penal não se esqueceu da teoria do consentimento, dispondo que age dolosamente não apenas aquele que quer livre e conscientemente um resultado, mas, embora não o querendo de modo principal, o aceita, a ele anuindo.⁷⁴

VI.16. Tanto os que defendem ser o dolo normativo, quanto os que sustentam ser o dolo puro, despojado de qualquer conteúdo normativo, na concepção que lhe atribui a teoria finalista da conduta, o dolo apresenta, em sua estrutura, dois elementos: um elemento cognitivo, ou intelectual, e um elemento volitivo, ou seja, a vontade. A diferença é que, para quem defende ser o dolo normativo, há que se acrescentar um terceiro elemento, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Daí afirmar Magalhães Noronha que o dolo não se exaure na vontade e na representação do evento, não bastando, portanto, que o agente queira praticar o fato típico, sendo necessário também o conhecimento de sua ilicitude, pois dolo *“é vontade e representação do resultado, mas, igualmente, é ciência de oposição ao dever ético-jurídico; é ação no sentido do ilícito”*.⁷⁵

VI.17. A doutrina finalista, entretanto, vê no dolo apenas dois elementos, o cognitivo e o volitivo, uma vez que o elemento normativo,

⁷³ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 133.

⁷⁴ NORONHA, E. Magalhães, ob. cit. p. 135.

⁷⁵ NORONHA, Magalhães E, ob. cit. ps. 133/134.

que nele se situava, ou seja, a consciência da ilicitude, foi transferido para a culpabilidade, como elemento indispensável ao juízo de reprovação. Cezar Bittencourt discorre com propriedade sobre os dois elementos.⁷⁶ O elemento cognitivo ou intelectual é a consciência, isto é, a previsão ou representação daquilo que se pretende praticar. Essa previsão, que deve existir no momento da ação, há de abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Essa consciência abrange, pois, a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexa causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto e dos elementos acidentais do tipo objetivo,

VI.18. Já o elemento volitivo, ou seja, a vontade, compreende a conduta, vale dizer, ação ou omissão, o resultado e o nexa causal. A vontade pressupõe previsão; a representação, sabido ser impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previa, que era representado na mente. Damásio de Jesus bem resumiu o significado desses dois elementos.

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado.⁷⁷

VI.19. Consciência e vontade são elementos essenciais à configuração do dolo, sendo irrelevante o ponto de vista sob o qual é ele examinado, pois até mesmo os criminalistas que defendem ser o dolo normativo, a exigir a presença do conhecimento da antijuridicidade, reconhecem a predominância do elemento volitivo, certo que o elemento cognitivo, a representação mental, não tem relevância sob a ótica do direito penal se

⁷⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit. ps. 370/371.

⁷⁷ JESUS, Damásio E, ob. cit. p. 289.

não se faz acompanhar da vontade. A vontade, na configuração do dolo, apresenta-se sob dupla perspectiva: na primeira, o agente quis o resultado, na dicção da primeira parte do artigo 18 do Código Penal, e aí o dolo é chamado de dolo direto, intencional e incondicional; na segunda, o agente não quis diretamente o resultado, mas assumiu o risco de produzi-lo, conforme posto na segunda parte do mesmo art. 18, hipótese em que ele é denominado dolo indireto. A doutrina admite ainda que o dolo indireto se subdivide em eventual, quando o agente não quis o resultado, mas nele consentiu, e alternativo, quando o agente admitiu a possibilidade de um ou outro resultado, dentre os possíveis.

VI.20. Hungria sintetizou com perfeição as duas situações: quando a vontade se exerce por causa do resultado, ou seja, para realizar o resultado da conduta, o dolo será direto; quando a vontade é exercida apesar da possibilidade de ocorrência de um resultado não querido, o dolo será indireto.⁷⁸ Para Cezar Bittencourt, no dolo direto o agente quer o resultado representado como fim de sua ação. A vontade do agente é dirigida à realização do fato típico. O objeto do dolo direto é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais, representados como necessários à realização do fim pretendido. Compõe-se de três aspectos: representação, querer e anuir.

VI.21. Quanto ao dolo eventual, ele ocorrerá quando o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado, isto é, não se importando com sua ocorrência. Ou, na lição de Hungria, *“o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo, por considerar mais importante sua ação que o resultado.”*⁷⁹ Resumindo, dolo é vontade, dizem os adeptos da teoria da vontade. Para os que perfilham a teoria da representação, para a ocorrência do dolo basta a previsão do resultado. Para a teoria finalista da ação, dolo é a vontade, mas não de violar a lei, mas de praticar a conduta e obter o resultado. Seja qual for a teoria, elemento central do dolo será

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson, ob. cit. p. 85.

⁷⁹ HUNGRIA, Nelson, ob. cit. ps. 572 e 574.

sempre a vontade, e esta não existe sem a representação do resultado. É coisa impossível, diz Hungria. Daí, afirmar René Ariel Dotti que o dolo, nos crimes omissivos impróprios, pressupõe o conhecimento da situação típica, ou seja, a situação que estaria a exigir determinada conduta para evitar o resultado, acrescentando que mesmo o dever de conhecê-la não é suficiente.⁸⁰ Em suma: o elemento central, ou a essência do dolo é a vontade, que se concretiza na prática de uma conduta, de forma consciente, para obtenção de um resultado, no caso do dolo direto, ou na *aceitação de um resultado não querido*, mas possível de ocorrer como consequência do ato praticado.

VII CONCLUSÃO

VII.1. Revisitar conceitos fundamentais de um instituto jurídico é sempre válido. Válido e útil, principalmente quando se trata de estudar um instituto que pode interferir na vida de seres humanos e que pode arrebatar-lhe o seu mais notável bem, que é a liberdade. O Direito Penal, bem e cientificamente aplicado, não é o estatuto que autoriza o direito de punir por parte do Estado, mas, ao contrário, o estatuto da liberdade dos seres humanos que habitam um Estado que tem como meta o homem, assim voltado para a realização da felicidade de seu povo. Em toda a sua vida, René Ariel Dotti preconizou o direito não somente como forma de regulação da vida social, mas, sobretudo, como forma de fazer felizes as pessoas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Vol. 1, Saraiva, 25ª edição, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, Forense, 17ª edição, atualizado por FRAGOSO, Fernando, 2006.

⁸⁰ HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, ob. cit. p. 371.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Conduta Punível*, José Bushatksy Editor, 1961.
- GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, Vol. I, Tomo I, Max Limonad, 4ª edição, 1972.
- HUNGRIA, Nelson, e DOTTI, René Ariel, *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, T. 2, GZ Editora, 7ª edição, 2016.
- JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, vol. I, Parte Geral, Saraiva, 28ª edição, 2005.
- TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5ª edição, 1994.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 2006.
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, Vol. I, Saraiva, 30ª edição.1999.



A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PELO DIREITO PENAL: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

GUILHERME SIQUEIRA VIEIRA¹

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI²



A voz e as letras do Professor René Ariel Dotti permanecem em cada um daqueles que com ele aprendeu. Projetadas, permitem aos demais que continuem aprendendo com ele. Assim são os grandes Professores. Sempre presentes.

RESUMO

A reparação do dano pelo Direito penal é tema controvertido nas ciências criminais. Seu estudo tem desdobramento na teoria da pena, no comportamento pós-delitivo, em institutos processuais penais e como efeito da condenação criminal. Assim, objetiva-se com o estudo incursionar nos aspectos materiais e processuais relativos à reparação do dano ambiental através do Direito penal, em especial a partir da possibilidade da fixação do valor mínimo em sentença penal condenatória. Para tanto, inicia-se com uma análise quanto ao dano ambiental propriamente dito, destacando suas características e as ferramentas possíveis para a sua reparação. Sequencialmente, trata-se das intersecções existentes entre

¹ Mestre (2017) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista (2021) em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Professor da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Faculdade Paranaense (FAPAR) e Faculdade Curitibana (FAC). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado criminalista. E-mail: guilherme@sanchezrios.com.br.

² Doutor (2002) e Mestre (1998) em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com pesquisa pós-doutoral na Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Penal Econômico do PPGD – Mestrado e Doutorado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal da graduação do Unicuritiba, da FEMPAR, EMAP e CERS. Procurador de Justiça no MP-PR. E-mail: guaragni@mppr.mp.br.

a responsabilidade criminal e a reparação do dano. Após, debruça-se sobre a constatação do dano em crimes ambientais e sua correlação com o bem jurídico tutelado pela norma, seguindo para quais aspectos do dano ambiental podem ser reparados penalmente e os obstáculos processuais para a sua fixação. Conclui-se, por fim, ser o Direito penal uma via possível para se reparar o dano ambiental em sua vertente material.

Palavras-chave: Direito penal; Crimes ambientais; Dano ambiental; Reparação do dano; Processo penal.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais; **2.** A caracterização do dano ambiental e a sua reparação; **3.** A responsabilidade penal ambiental e a reparação do dano como sanção criminal ou consequência desta; **4.** A problemática da quantificação do dano na instrução processual penal; **5.** Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A complexidade da vida moderna desempenha papel determinante nas discussões científicas propostas atualmente. Sua relevância é tal que a própria epistemologia possui um viés de pesquisa voltado apenas para a compreensão dos sistemas e do pensamento complexo, como se revela, por exemplo, nos estudos de Edgar Morin. A ciência jurídica não é alheia a essa realidade, muito embora a lei escrita dificilmente consiga acompanhar as cada vez mais voláteis alterações sociais, tecnológicas, econômicas, ambientais e culturais. Sem embargo, tal fator não pode ser ignorado ao analisar as implicações oriundas da criação de determinada categoria jurídica ou na adequação de um fato à norma legal.

O historiador israelense Yuval Noah HARARI, em seu livro *21 lições para o século 21*, trata com muita perspicácia dos desafios postos pela complexa modernidade, sobretudo ao refletir acerca da ignorância do ser humano ao se deparar com as desconhecidas minúcias que integram as interações humanas entre si e com o mundo – não mais necessariamente restritas a determinado grupo de pessoas ou fronteiras geográficas definidas. O autor, em capítulo sobre a crise do senso de justiça na contemporaneidade, afirma que “(...) *uma característica inerente ao nosso mundo global moderno é que*

*suas relações causais são muito ramificadas e complexas*³, tornando desafiadora a compatibilização entre os valores morais e éticos abstratos.

Esses *standards* deontológicos, prossegue o autor, desenvolveram-se ao longo de séculos de evolução civilizatória e guiaram a tomada de decisão humana para atribuição de *culpa*. Porém, ao se defrontarem com os fatos globais imprevisíveis, próprios da modernidade das últimas décadas⁴, mostram-se tensionados e se tornam menos evidentes, mormente para assentar o que seria justo ou injusto.

Isso, por consectário lógico, afeta também a construção de um senso de justiça, pois a compreensão do *certo e errado* do indivíduo ancestral, reunido em um pequeno grupo de pessoas, não foi erigido sob premissas de eventos globais, como guerras entre nações, acidentes nucleares ou desastres naturais, cujos impactos podem ser percebidos a milhares de quilômetros de distância e perduram por anos e anos. A relação de *causa e efeito* deixa de ser tão evidente no cenário contemporâneo, fragilizando também as estruturas clássicas de imputação de responsabilidade e, subsequentemente, da compensação do dano causado.

O cenário não é diverso na seara penal atual, seja para a atribuição de responsabilidade, seja para a tipificação de comportamentos proibidos pela norma, seja para a previsão de sanções e efeitos proporcionais e adequados aos ilícitos penais. Notoriamente, os institutos clássicos do Direito Penal sempre foram voltados para a tutela de bens jurídicos de natureza precipuamente individual⁵, ocupando-se majoritariamente da proteção

³ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21* (trad. Paulo Geiger). São Paulo: Companhia das Letras. 2018. Edição Kindle.

⁴ “O problema não é de valores. Sejam seculares ou religiosos, os cidadãos do século XXI têm muitos valores. O problema é implementar esses valores num mundo global complexo. É tudo culpa dos números. O senso de justiça dos nossos ancestrais era estruturado para lidar com dilemas relativos à vida de algumas dezenas de pessoas em poucas dezenas de quilômetros quadrados. Quando tentamos compreender relações entre milhões de pessoas em continentes inteiros, nosso senso moral fica assoberbado. (...) Como dependo, para existir, de uma espantosa rede de laços econômicos e políticos, e como as conexões causais globais são tão intrincadas, é difícil responder até às mais simples perguntas (...).” (HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21* (trad. Paulo Geiger). São Paulo: Companhia das Letras. 2018. Edição Kindle).

⁵ Como leciona Winfried HASSEMER, as bases do denominado *direito penal clássico* decorrem da estruturação do contrato social e da estabilização das relações sociais originadas a partir deste pacto, prevendo as consequências para a violação das liberdades. (HASSEMER, Winfried. Características e crises no direito penal moderno, in *Direito*

da vida, da integridade física, do patrimônio e da liberdade individual. O quadro se altera quando o legislador e a sociedade passam a clamar pela intervenção da norma penal e seus mecanismos⁶ em esferas até então incomuns à sua estrutura. Por exemplo, transformou-se a *ordem econômica* e o *meio ambiente* em interesses jurídicos penalmente tuteláveis⁷, cuja titularidade é difusa e os institutos de imputação transitam nos limites das estruturas clássicas do delito, em razão da natureza peculiar destes tipos de injusto⁸; como também a forma de os sancionar. A dogmática jurídi-

penal: fundamentos, estrutura, política (org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et al.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008, p. 246-248).

- ⁶ “Neste sentido, como forma de pronta e supostamente eficiente reação, legisladores e aplicadores do ordenamento jurídico, também no mais das vezes, optam pela resposta repressiva e estatal, com o máximo rigor. O Direito Penal é, assim, trazido à baila para que o Estado – ou muitas vezes, o governante do momento, com a constante propaganda política – possa demonstrar uma imediata e aparente dura e eficaz resposta. Atende-se então o anseio social.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 154).
- ⁷ Destaque-se a contribuição dada por ANDRADE e FERREIRA a respeito da inclusão dos bens jurídicos transindividuais no bojo da proteção penal, não sendo infundada a sua tutela através da norma penal: “A característica essencial do bem jurídico transindividual se revela na possibilidade de ele ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse usufruto, inclusive a gerações vindouras. Dessa afirmação pode sobressair uma crítica, a saber, que os bens jurídicos transindividuais não possuem autonomia, sendo uma mera barreira que antecede a outros interesses, in casu os bens jurídicos individuais como a vida, integridade física, patrimônio etc. Todavia, a existência autônoma dos bens metaindividuais deve ser aceita sem maiores tergiversações, mormente quando se recolhesse seu valor de uso no atual panorama sociocultural. Óbvio que essa classe de bens jurídicos levará a interesses legítimos da pessoa, o seu caráter de supraindividualidade não exclui decerto a existência de interesses individuais que com eles se convergem: se todos os membros do corpo social se veem prejudicados com uma conduta danosa, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Isso é visível, por exemplo, quando se pensa em afetações ao meio ambiente. Toda essa concepção de bem jurídico transindividual encontra a guarida constitucional na necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, imprescindíveis no todo à existência humana. A titularidade individualizada outrora preconizada pela concepção liberal de direitos fundamentais (basicamente, direitos do indivíduo contra o Estado, de cunho predominantemente negativo) e a titularidade coletiva da segunda concepção (social) de direitos fundamentais (basicamente, direitos dos indivíduos por meio do Estado, de cunho predominantemente positivo), soma-se a uma titularidade transindividual vinculada à concepção moderna baseada na solidariedade – sincrônica e diacrônica – dos mesmos direitos fundamentais.” (ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paula da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca da sua proteção penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 123, set/2016, p. 17-62).
- ⁸ Vide HASSEMER, Winfried. Características e crises no direito penal moderno, in *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política (org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vas-

co-penal passa a ser influenciada e determinada por critérios de política criminal, sendo que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “(...) a extensão, o sentido e a aplicação do direito penal ficam em última análise dependentes da teleologia, das valorações e das proposições político criminais inerentes ao sistema.”⁹.

Destarte, demanda-se da *ultima ratio* a criação de novas categorias dogmáticas ou o alargamento de institutos até então concebidos para a tutela de lesões ou perigo de lesões bastante determináveis à bem jurídicos eminentemente individuais. Em igual medida, a punição dos fatos delitivos evidencia a insuficiência das penas tradicionais para a prevenção e retribuição, ampliando a utilização de instrumentos alternativos, como as penas restritivas de direito e as de caráter pecuniário, sob a premissa de um Direito penal mais eficiente e eficaz. Na exposição de JAPIASSÚ, o Direito penal contemporâneo jaz sob um paradoxo da “*crise do modelo de prisão*”, ao mesmo tempo em que estende o paradigma punitivo na formulação de sua política criminal, com emprego de “(...) *uma expressiva ampliação de alternativas ao encarceramento*.”¹⁰.

Um dos institutos que assume papel de destaque nessa política-criminal contemporânea é o da *reparação do dano* – não apenas como efeito da condenação, mas, principalmente, como modalidade de pena criminal autônoma ou alternativa. ROXIN afirmou ser uma das poucas conquistas da política-criminal alemã nas últimas décadas – se não a única – a “(...) *inclusión de la idea de la reparación en el sistema sancionatório (...)*”, fomentada pelos aspectos da prevenção geral (com o reestabelecimento da paz jurídica através do ressarcimento e da conciliação entre autor e vítima), prevenção especial (diante do necessário enfrentamento pelo autor com as consequências de seu ato delitivo) e evitação dos efeitos indesejados das medidas de encarceramento¹¹.

concelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et al.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008, p. 246-248. Na literatura nacional, vide SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 112-115.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 38.

¹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O papel do Direito Penal no século XXI. In *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 348-349.

¹¹ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Cantizano). Valencia: Tirant lo blanch. 2000. p. 34-36.

Fica o alerta, porém, de que a reparação pura e simples possui carga dissuasória baixa. No exemplo simples do furto de um veículo, se a resposta mais severa que o direito possui é obrigar o indivíduo à devolução, a norma jurídica não tem peso sobre a decisão. Afinal, a posição jurídica do ofensor potencial não piorará com a infração. Se recriminado, ficará como estava antes do delito. Há, aqui, uma inversão da chave de operação da prevenção geral negativa. O próprio ROXIN assim adverte: “*Se o autor soubesse que ele, no caso de fracassar, só precisaria restituir o status quo ante, cessaria todo risco: ele, pela realização do crime, só pode ganhar, nunca perder, de maneira tal que uma limitação à reparação aniquilaria o fim preventivo especial da ameaça penal.*”¹². Daí a compreensão de que o uso da reparação do dano como sanção isolada, imposta pelo direito penal, é reservado a situações muito precisas, de baixa gravidade, com correlatada redução de pretensões preventivas.

No cenário nacional, constata-se a utilização recorrente da reparação do dano no horizonte de medidas despenalizadoras¹³, como a previsão de penas restritivas de direito de cunho pecuniário¹⁴ e de consensos processuais, como nos institutos da composição civil, da transação penal,

¹² ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena, *in: De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 138.

¹³ Sobre a crescente procura da política-criminal por medidas alternativas de sancionamento, esclarecedoras são as reflexões de TREGLIA e RIOS: “*Dos diversos modelos desenvolvidos pela doutrina se consolidou nos últimos anos o paradigma que procura inserir no sistema de resposta ao delito a satisfação de outras expectativas: solução conciliadora do conflito decorrente do delito, reparação do dano causado à vítima e pacificação das relações sociais. Naturalmente se infere que esse modelo integrador busca contemplar todas as partes implicadas no problema criminal. (...) Sem adentrar na discussão teórica quanto à potencialidade desse modelo integrador e dos diversos matizes ideológicos do qual se reveste, um fato nos parece esclarecedor: a reprivatização dos conflitos sociais outrora submetidos em primazia à norma jurídico-penal. A realidade ofertada pelos crimes de menor potencial ofensivo e pelos institutos da transação penal e da suspensão do processo corrobora um panorama que supera o modelo exclusivamente dissuasório e ressocializador. Ciente de que, em relação a esse último, os resultados têm sido desalentadores, reafirmamos apenas o fim retributivo da sanção.*” (TREGLIA, Carlos Eduardo; RIOS, Rodrigo Sánchez. A reparação do dano e seus efeitos no sistema jurídico-penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais, *in Sistema penal em debate: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer* (org. Paulo César Busato, Alexey Choi Caruncho), Curitiba: IEA Academia, 2015, p. 89-90.

¹⁴ Dentre elas, inclusive, conforme leciona NUCCI, a prestação pecuniária (art. 43, inciso I e art. 45, §1º, ambos do Código Penal) como uma forma de antecipação da reparação do dano. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120 do código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 632.

da suspensão condicional do processo e, atualmente, do acordo de não persecução penal; sem olvidar que a reparação do dano constitui circunstância legal de atenuação (art. 65, inciso III, alínea *b* do Código Penal) ou de minoração da pena (art. 16 do Código Penal).

Efetivamente, não há como desconhecer que a *reparação do dano* exerce importante papel na cena do direito penal¹⁵, sem ignorar as discussões sobre essa ser uma sanção penal independente ou uma forma de reparação civil englobada pelo sistema de consequências jurídico-penais, e as implicações decorrentes da adoção de um ou outro sistema¹⁶. O grau de complexidade de utilização do instituto parece se modificar, todavia, quando adotado como ferramenta de sanção (principal ou acessória) ou consequência da pena em delitos cuja caracterização do dano assuma contornos mais indeterminados.

Para além da lógica tradicionalmente estabelecida quanto aos delitos de caráter patrimonial¹⁷, ou mesmo os relacionados aos direitos da personalidade, é perceptível a dificuldade – material e processual – para

¹⁵ Sobre o tema, vide: ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena, in: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 145-156; DELGADO, Julio A. Rodríguez. La reparación como sanción jurídico-penal, in *IUS ET VERITAS*, 9(17), 1998, p. 28-44, disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15790>, acesso em 30 out. 2020; TREGLIA, Carlos Eduardo; RIOS, Rodrigo Sánchez. A reparação do dano e seus efeitos no sistema jurídico-penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais, in *Sistema penal em debate: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer* (org. Paulo César Busato, Alexey Choi Caruncho), Curitiba: iEA Academia, 2015, p. 93-97.

¹⁶ Aqui, cumpre destacar as observações críticas de HIRSCH sobre a possibilidade de adoção da reparação do dano em substituição à pena estatal, mencionando não privilegiar a proteção da vítima ou própria problemática prática nos casos em que o delito carece de uma vítima determinada: “*Si se reduce la función del Derecho penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas. No menos importante es una limitación general de la reparación que acaba en la disminución considerable de la prevención general, porque las consecuencias jurídicas del delito se corresponden esencialmente con aquellas que resultan de la obligación de restituir del Derecho civil.*” (HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material, in: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 58-59.

¹⁷ Nas perenes observações de René Ariel DOTTI, destacava, já no ano de 1989, que as medidas penais atreladas à *reparação do dano* guardavam relação com o “(...) *interesse de resguardar a vítima da criminalidade patrimonial violenta, além de constituir uma solução de Política Criminal em favor do delinqüente.*” (DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. In *Revista dos Tribunais*, vol. 648, out. 1989, p. 259-264).

tratar sobre a *reparação do dano causado pelo delito* em imputações fundadas em tipos penais que tutelam bens jurídicos transindividuais, em especial o meio ambiente. Há uma compreensão, no âmbito dos delitos de caráter econômico (dentre os quais também podem se inserir os ilícitos penais ambientais), da necessidade de que o crime *não* deva compensar¹⁸.

Para tanto, a proposta desta pesquisa é analisar este particular instituto para além dos limites já bastante tratados da reparação como condição da transação penal ou da suspensão condicional do processo nos delitos ambientais. Considerando o aumento regular da incidência dos tipos de injusto preconizados pela Lei n. 9.605/98 – incluindo a ampliação dos danos causados por ilícitos contra o meio ambiente e suas ostensivas repercussões econômicas, ambientais e humanas¹⁹ – mostra-se oportuno rediscutir a *reparação do dano ambiental* como sanção autônoma ou consequência jurídica da responsabilização criminal, tanto na compreensão material do Direito penal, como nas suas incursões processuais.

Assim, é imprescindível estudar os reflexos penais e processuais penais surgidos a partir da possibilidade legislativa de que a reparação do dano integre a esfera de consequências decorrentes da sanção penal em matéria de tutela do meio ambiente²⁰. Tais compreensões implicam

¹⁸ Afirmação trazida por Pedro CAEIRO, ao tratar sobre a recuperação de ativos e sanções de caráter patrimonial na esfera penal, sobretudo em relação ao instituto do confisco. (CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 21. Vol. 100. Jan-fev./2013. p. 453-501).

¹⁹ Apenas para colacionar alguns exemplos recentes veiculados na mídia: Vazamento da Barragem de Mariana e a denúncia-crime aforada pelo Ministério Público Federal (denúncia disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>, acesso em 30 out. 2020); “MPF denuncia ALL Logística por crime ambiental no transporte de carga perigosa em SP” (disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-denuncia-all-logistica-por-crime-ambiental-no-transporte-de-carga-perigosa-em-sp>, acesso em 30 out. 2020); “MPF denuncia Chevron, Transocean e 17 pessoas por vazamento no Rio” (disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/03/mpf-denuncia-chevron-transocean-e-17-pessoas-por-vazamento-em-campo.html>, acesso em: 30 out. 2020).

²⁰ “Em matéria de meio ambiente, considerando-se a danosidade coletiva e macrosocial das condutas que atentam contra dito bem, difuso por excelência, ainda mais necessária se revela a busca de reparação do dano. E o direito penal, como instrumento de pressão, em razão de sua coercibilidade garantida pelas sanções criminais, mais severas do que as cíveis, e como meio de solução mais pronta aos conflitos, se apresenta útil à efetivação da reparação. Assim, deve o direito ambiental penal, embora precipuamente preventivo e punitivo, ser também reparador, possibilitando pronta garantia ao bem jurídico tutelado por suas normas.” (LECEY, Eladio. *Direito Ambiental*

não apenas em aferir a legitimidade e finalidade da reparação do dano ambiental como consequência da sanção penal, bem como as implicações processuais penais decorrentes das prerrogativas dadas ao julgador em fixar valores indenizatórios em uma sentença penal condenatória. Inicialmente, contudo, imprescindível incursionar na compreensão do que é *dano ambiental*, referencial para toda a sequência da análise ora vertida.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL E A SUA REPARAÇÃO

A definição de *dano* possui um núcleo conceitual comum, identificável em qualquer esfera de responsabilidade onde seja discutido: sua ocorrência está essencialmente atrelada a lesão de um bem jurídico. Utilizando-se da descrição tradicional trazida pela literatura civilista, principal campo de sua incidência, a lesão nasce a partir de “(...) *uma ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que faz nascer, para o ofendido, o direito a uma indenização.*”²¹.

Para os textos penais, o dano poderia ser compreendido como a “(...) *ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos (...)*” ao bem jurídico protegido pela norma²²? Sem dúvida, o dano implica em menoscabo para o bem jurídico, ou seja, sua efetiva redução. Considerando-se o bem jurídico como relação de disponibilidade entre um titular e um ente, esta disponibilidade se reduz, de algum modo. Porém, é questionável a ideia de condicionar a ofensa ao bem jurídico, mediante dano,

Penal Reparador: Composição e reparação do dano ao ambiente: Reflexos no juízo criminal e a jurisprudência, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, jan-mar/2007, p. 92-106).

²¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 559.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120 do código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 295. Anote-se também a definição dada por SILVEIRA, em estudo sobre bens jurídicos supraindividuais: “*Assume-se que o dano reveste-se de um conceito normativo, representando o fruto de uma valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências de uma dada norma, a qual vem a considerar que o interesse protegido seja afetado de forma penalmente relevante. Nesse sentido, o dano assumiria posição sinônima de lesão, uma vez que todo crime encerraria um dano jurídico.*” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 90).

com certa sensorialidade. Há delitos que produzem baixa suscetibilidade, mormente os econômicos. Lado outro, o bem jurídico é uma categoria cultural. Não se confunde com o objeto material do crime, tanto quanto a categoria dos crimes de dano não se confunde com a dos crimes materiais ou de resultado. Nem sempre o dano é indicado por uma modificação no mundo exterior. Sendo o bem jurídico uma categoria cultural, sua submissão a dano resulta antes de um juízo de valor do que de uma sensibilidade, de algo tangível aos sentidos.

A partir destas bases se constroem as particularidades da configuração de um dano frente a uma determinada esfera de responsabilização. No plexo de direitos privados, regidos por normas eminentemente civis, o dano comportará características relacionadas à diminuição da esfera patrimonial ocasionada por um ato (ilícito ou não, a depender se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva) ou à lesão a um ou mais direitos da personalidade. A seu turno, na esfera criminal, o dano é estabelecido em conformidade ao bem jurídico protegido pela norma penal, valorado a partir da natureza da lesão causada ao interesse tutelado²³. Nada obstante, em regra, esteja associado à diminuição do valor econômico de um bem jurídico ou a percepção de uma vantagem econômica indevida pelo agente, em prejuízo de uma vítima determinada ou determinável.

Nesta medida, a reação jurídica ao dano se dará em conformidade às características aferidas no evento lesivo. É dizer: no Direito civil, a reparação deste dano ocorrerá primordialmente através de uma compensação financeira²⁴; no Direito penal, para além da pena privativa de liberdade (assentada sobretudo no caráter preventivo e retributivo), poderão ser fixadas sanções alternativas – em caráter substitutivo – com escopo

²³ Sempre tendo em perspectiva, conforme lição de TAVARES, que a lesão não se resume ao resultado naturalístico, o qual promove uma alteração no mundo dos fatos, devendo ter correlação direta com a afetação causada ao bem jurídico (a partir do resultado lesivo (ou a probabilidade da sua ocorrência, nos casos de perigo)). (TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 210-212.

²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 568-575. Ressalte-se ainda a disposição expressa do artigo 927 e seu parágrafo único, ambos do Código Civil brasileiro: “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*”

indenizatório, ou então a própria estipulação de um valor mínimo para a reparação do dano causado pelo delito, a ser ordenado perante o juízo de execução penal²⁵ – sem embargo do efeito secundário da condenação de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, inciso I do Código Penal), instrumentalizada a partir de uma *ação civil ex delicto*.

As dificuldades emergem, contudo, quando essa lesão implica, simultaneamente, em distintas esferas de responsabilização, cujas sanções podem, eventualmente, se sobrepor. Não apenas isso, mas a caracterização desse dano não se dá de plano, mediante uma simples equação de diminuição do valor do patrimônio lesado ou a quantificação em pecúnia de uma lesão extrapatrimonial, as quais podem ser indenizadas monetariamente. Em danos mais complexos, de efeitos e titularidade difusa, a mera reparação monetária possivelmente passará ao largo da finalidade de recompor o bem jurídico lesado²⁶.

É neste universo que se insere a discussão relativa ao *dano ambiental*, visto deter características muito particulares, as quais influenciam diretamente nos meios possíveis para a sua reparação. Uma definição precisa é dada por MILARÉ, congregando suas principais características:

É dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (in pejus) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores da coletividade ou de pessoas determinadas²⁷

²⁵ Conforme entendimento fixado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental em Conflito de Competência 164.482/PR, de relatoria do Desembargador Convocado Leopoldo de Arruda Raposo, julgado em 27 de novembro de 2019 e publicado em 06 de dezembro daquele ano.

²⁶ Nas colocações de FREITAS: “O dano, conforme assinalado, se constitui no prejuízo sofrido pelo patrimônio econômico de alguém. Em se tratando de meio ambiente, o prejuízo assume dimensão difusa, estendendo-se para o futuro. Diz respeito à coletividade não ao indivíduo, pouco importando a sua duração ou se o meio ambiente terá condições de autodepuração capaz de reduzir os efeitos das alterações ocorridas.” (FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 50).

²⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 323. Outro conceito similar é fornecido por TOZZI, valendo o destaque: “O dano ambiental é toda e qualquer diminuição, degradação ou extinção de um recurso natural ou organismo vivo, ou a alteração na situação de equilíbrio natural, ou ainda aquele que

Salienta-se que o texto legal *per se* não fornece uma definição exata de *dano ambiental*. Sua conceituação decorre a partir da interpretação de determinados dispositivos e da caracterização empírica desse evento no meio ambiente. Para tanto, o principal axioma normativo é extraído da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), quando essa dispõe sobre a degradação da qualidade ambiental e da poluição (incisos II e III do artigo 3º). A sutil diferença entre tais situações decorre justamente do fato de a poluição ser qualificada como a “*degradação tipificada pelo resultado danoso*” resultante de uma atividade humana²⁸. Isso tudo sem olvidar da própria garantia constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (no *caput* do artigo 225) e a obrigatoriedade de reparar integralmente o dano causado por atividade lesiva a esse (§3º do mesmo artigo da Constituição), demonstrando estar o resultado lesivo atrelado ao desequilíbrio ecológico.

Esses conceitos – doutrinário e de interpretação constitucional e legal – servem para parametrizar algumas qualidades inerentes ao *dano ambiental*, ofertando elementos empíricos para a sua identificação e, posteriormente, para avaliação das melhores formas de eventual reparação. MILARÉ menciona quatro características bastante delimitadas que serão aferidas na ocorrência de um gravame ao meio ambiente: dificuldade na identificação da fonte lesiva, ampla dispersão de vítimas, dificuldade inerente à ação reparatória e dificuldade da valoração²⁹. TOZZI, por sua vez, fornece algumas características complementares, como a “*globalidade de seus impactos*” e “*continuidade*”³⁰, reforçando aquele fator de complexidade

degrada o meio ambiente artificial.” (TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Danos ambientais no tempo: o futuro e a jurisprudência, in *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 15, n. 87, maio/jun. 2016, p. 73.

²⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 322.

²⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 325-328.

³⁰ Sobre a globalidade: “*O meio ambiente, bem como seus danos, não conhece as fronteiras políticas.*”. Já sobre a continuidade, que pode ser tomado como um desdobramento da característica apontada por MILARÉ sobre a dificuldade na identificação da fonte lesiva: “*Os danos ocasionados ao meio ambiente nem sempre são o resultado de uma ação localizada em um único período de tempo. Assim, a característica da continuidade significa que muitos dos danos ambientais ocorrem por uma sucessão de atos que são integrantes de um ato mais complexo. Dessa forma, cada ato provoca um conjunto de danos, o que, naturalmente, resulta em um dano ambiental de maior monta do que a soma de cada um individualmente.*” (TOZZI, Rodrigo

mencionado no introito deste artigo, pois a danosidade ambiental – cada vez mais – assume contornos deletérios perenes e transfronteiriços.

O *dano ambiental*, ainda, poderá ser classificado a partir da vertente do interesse lesado. É considerado material ou patrimonial quando há perda para um fascículo concreto do meio ambiente, que pode ser tanto da coletividade como do indivíduo³¹ – definição essa mais próxima do dano por excelência. Suas repercussões são valoradas a partir da diminuição da qualidade do meio ambiente ou da degradação econômica do bem ambiental, refletindo no custo da reparação³². Em posição oposta, localiza-se o dano ambiental moral (ou extrapatrimonial)³³, consistente no sofrimento ou abalo psíquico reflexo ao *dano ambiental patrimonial*³⁴.

Sobre esse último, as posições doutrinárias são controversas. Três parecem ser os entendimentos predominantes quando o assunto é discutido: que inexistente dano moral ambiental, não havendo fundamento de defender essa possibilidade a partir da interpretação dada ao *caput* e inciso I do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/1985)³⁵; que este se dá de

Henrique Branquinho Barboza. Danos ambientais no tempo: o futuro e a jurisprudência, in *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 15, n. 87, maio/jun. 2016, p. 74-75).

³¹ Vide MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 332-333.

³² FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 52-54.

³³ Rui STOCO observa, sobretudo a partir de pesquisa do trabalho de doutoramento do Professor José Rubens Morato Leite, um dos precursores sobre a existência de um *dano moral coletivo* decorrente da degradação do meio ambiente, que a concepção do dano moral ambiental avança ao mesmo tempo em que reconhecida a possibilidade da tutela penal do meio ambiente e a responsabilização dos entes coletivos. (STOCO, Rui. Dano moral ao meio ambiente, *Revista dos Tribunais*, vol. 915, jan/2012, p. 78-98).

³⁴ Assim defendido por MILARÉ (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 333-335) e TOZZI (TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Considerações acerca do dano moral ambiental, in *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 14, n. 82, jul./ago. 2015, p. 44-46).

³⁵ Posição defendida com veemência por STOCO: “Segundo nos parece, sempre ressalvado o entendimento contrário dos doutos, falar em dano moral ambiental é desvirtuar o objetivo da Magna Carta (LGL\1988\3) e tangenciar os princípios que informam a responsabilidade civil, pois o que esse Estatuto resguarda, primacialmente é o meio ambiente e não o dano causado às pessoas, que recebem a proteção, também de natureza constitucional, mas em outro estamento, pelo fato de terem sofrido detrimento de ordem material ou moral como consequência do dano ao meio ambiente em que vivem. Significa, portanto, que estes, caso sofram prejuízos, por danos pessoais (físicos) ou materiais (em seus bens), terão, individualmente, direito de ação para obter a

modo reflexo ao dano ambiental patrimonial, por constituir violação aos direitos da personalidade humana, mas apenas no plano individual, não se falando em *dano ambiental moral coletivo*³⁶; que o *dano moral ambiental* pode ser tanto individual quanto coletivo, mesmo que reflexo³⁷, passível inclusive de persecução pela via da ação civil pública. Fatalmente, as manifestações mais recentes do Superior Tribunal de Justiça parecem concordar com a última posição, admitindo a fixação de dano moral coletivo ambiental em sede de ação civil pública – inclusive afastando a imprescindibilidade de prova do sofrimento psíquico ou dor psicológica da coletividade para a indenização³⁸.

reparação por direito próprio, mas não podem beneficiar-se do resultado alcançado pelo Ministério Público ou pelas entidades legitimadas a ingressar com ações civis públicas para a proteção ambiental, salvo quando a ação tenha natureza diversa, como a proteção do consumidor ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo que cause dano de per si e possa ser individualizado e quantificado posteriormente.” (STOCO, Rui. Dano moral ao meio ambiente, Revista dos Tribunais, vol. 915, jan/2012, p. 78-98).

³⁶ Nas pertinentes colocações de TOZZI: “*Já foi entendido que ‘a degradação do meio ambiente e da qualidade de vida é individualmente tutelável, especialmente quando demonstrado o nexo de causalidade com transtornos psicológicos relevantes causados à parte demandante’.* Ademais, os danos morais são incompatíveis com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação) dos danos ambientais coletivos. (...) Não resta dúvida de que o dano moral é de caráter individual. É o sentimento íntimo de cada um que é lesado. Não concordamos com tese de danos morais coletivos. Os prejuízos causados a alguns não devem implicar à indenização a toda coletividade. (TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Considerações acerca do dano moral ambiental, in *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 14, n. 82, jul./ago. 2015, p. 50-51).

³⁷ Nesta linha: MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 333-335; FREITAS, Gilberto Passos de. *Ílícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 54-56.

³⁸ “(...) 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. (...)” (REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJE 01/10/2013). Em igual sentido: REsp 1334421/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 06/11/2019; REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015. Nada obstante, o posicionamento assentado na Corte Superior de Uniformização não se encontra isento de críticas, como comentado por DI MARINO e FERRAZ, alegando a desvirtuação do instituto, pois ele acaba sendo utilizado em caráter de punição, e não compensação a uma lesão, que inclusive seria incompatível com a sua própria essência, assim destacado: “(...) fecha-se, com isso, o círculo hermenêutico, o argumento se completa, e retornamos, para arrematá-la, à precisa premissa do saudoso jurista: dano moral coletivo é incompatível com a ideia de transindividualidade porque a noção de indeni-

Essas peculiaridades para a identificação e qualificação do *dano ambiental* influem também na forma de reparação. Diversamente da lógica preponderante na responsabilização por ilícitos civis – qual seja, de indenizar monetariamente danos causados a outrem –, o Direito ambiental preconiza métodos de recomposição e recuperação ambiental antes de se socorrer do pagamento de um valor em dinheiro³⁹. Frente à ideia de uma reparação *integral* do dano, prioriza-se a busca do reestabelecimento do *status quo ante* do meio ambiente⁴⁰, até para não restar legitimada a possibilidade de se pagar para poluir⁴¹.

zação/compensação é eminentemente pessoal, e não social. Se fosse transindividual, já não seria, como não é, mais indenização, mas, sim, multa (e aqui começamos tudo de novo... numa folie circulaire) (...)” (DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o ministro Teori. In *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opinio-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>, acesso em: 31 jan. 2021).

³⁹ Nada obstante, todas essas medidas reparatórias possam ser cumuladas, de acordo com o verbete da Súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça: “*Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar*” (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5059/5185>. Acesso em: 29 nov. 2020). A respeito das implicações práticas dessa determinação sumular, vide: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Comentário à Súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 93, jan-mar/2019, p. 253-274.

⁴⁰ Conforme preleciona FREITAS: “*Cumpra registrar, inicialmente, que o objetivo da reparação do dano ambiental não implica apenas e tão-somente na indenização pecuniária, mas, na medida do possível, na recuperação das condições ambientais anteriores. Sendo assim, a reparação do dano ambiental, sempre que possível, deverá ser integral, ou seja, a mais completa, de forma a atingir o status quo ante, consistente na reparação integral, no retorno à situação em que se encontrava o meio ambiente antes de ter sido danificado*” (FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 68).

⁴¹ Note-se que, neste sentido, a preocupação da doutrina e do legislador em apontar o princípio do poluidor-pagador como uma regra de caráter preventivo e de evitação de maiores danos ambientais, não sendo meramente uma punição ou uma simples internalização de custos que permita ao executor da atividade econômica pagar por suas lesões causadas, sem se importar com as consequências da continuidade de sua atividade poluidora. Nas palavras de TUPIASSU: “*Assim, o princípio do poluidor-pagador deve se identificar como o princípio da internalização total dos custos da poluição devendo o poluidor suportar, senão a totalidade, ao menos a maior parte dos gastos advindos dos danos ambientais. Ao contrário do que de início possa parecer, a diretriz aqui versada não representa uma punição para o poluidor, e tampouco uma atitude de consolação ineficaz, sem qualquer reflexo no caráter preventivo das políticas públicas. (...) O objetivo final, logo, é conduzir a uma diminuição do desperdício de recursos naturais, acabando com a utilização gratuita do meio ambiente como receptáculo da poluição, uma vez que os custos dos bens e serviços refletirão a raridade relativa aos recursos naturais utilizados em sua produção, forçando a adaptação dos consumidores e vendedores ao custo social de tais bens, não importando qual dos dois diretamente vai arcar com os*

Apontam-se, outrossim, três formas de reparação do dano ambiental: a reparação *in natura*, a compensação ecológica e a indenização pecuniária. MILARÉ alerta que, apesar de seguirem uma ordem de prioridade, podem ser “*cumulativas e simultaneamente exigidas*”, sobretudo pela complexidade inerente ao evento danoso⁴². Como predito, busca-se, inicialmente, o retorno do bem ambiental ao seu estado mais próximo do original (restauração natural), propiciando o equilíbrio ecológico existente antes do evento lesivo⁴³. Sendo inviável tal cenário, por aspectos técnicos ou fáticos, abrem-se as vias da compensação ecológica⁴⁴ e da indenização pecuniária, objetivando sempre a melhor recomposição possível da qualidade ambiental.

Tal sistemática é bastante clara no campo da responsabilização civil, ao passo em que as decisões judiciais e os instrumentos processuais podem fixar obrigações de fazer e não fazer, além de determinar o pagamento de indenizações em pecúnia. As ferramentas de reparação, conforme alhures, foram pensadas no escopo cível, moldadas para essa finalidade. Contudo, na medida em que a ideia de reparação do dano é inserida na seara da responsabilização penal – mormente no Direito penal ambiental, como condição de celebração de acordos processuais ou como consequência da sanção criminal – é impreterível pensar como se dá essa sobreposição de responsabilidades e sua efetiva concretização nos limites da ação processual penal e na aplicação da pena, seja como sanção autônoma ou como efeito decorrente dessa.

valores monetários.” (TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O Direito Ambiental e seus princípios informativos, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 30, abr-jun/2003, p. 155-178). Na perspectiva da análise econômica e as implicações deste princípio, vide NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da Análise Econômica do Direito para o Direito Ambiental, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 73, jan-mar/2014, p. 329-357.

⁴² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 339.

⁴³ Nas palavras de STEIGLEDER: “O objetivo não é reipristinar o status quo ante, pois, além da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros idênticos, emergem diversas dificuldades científicas e técnicas, já que, dificilmente se conhece o estado inicial do meio ambiente degradado, por inexistirem inventários ou estudos científicos globais realizados antes da degradação. Portanto, o objetivo da restauração natural *in situ* é reabilitação funcional da área impactada, associada a uma determinada capacidade de aproveitamento humano do recurso natural.” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Comentário à Súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 93, jan-mar/2019, p. 253-274).

⁴⁴ Vale mencionar que a compensação ecológica tem eco nas finalidades previstas na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, em seu artigo 2º, inciso XIII.

3 A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL E A REPARAÇÃO DO DANO COMO SANÇÃO CRIMINAL OU CONSEQUÊNCIA DESTA

A utilização dos mecanismos penais na promoção de políticas públicas preventivas é sempre alvo de questionamentos, mormente quanto à sua efetividade. No paradigma do risco, apresenta-se uma vertente do Direito penal voltado à prevenção desse, em especial aqueles produzidos por atividades industriais e econômicas humanas. Ao passo em que tradicionalmente estes perigos eram tratados no âmbito da responsabilidade civil ou administrativa, a incorporação dos conceitos de riscos de larga escala e de perigo dá azo a uma expansão da lei penal e da incidência da norma antes mesmo da ocorrência de um evento lesivo⁴⁵, o qual já seria relevante para a antecipação da responsabilidade criminal.

Esse mesmo raciocínio é transportado ao campo do Direito penal ambiental. HASSEMER, em conferência no ano de 1995, afirmou que a experiência alemã e europeia com a tutela ambiental por meio da norma penal era contraproducente, resultando em menor proteção efetiva ao meio ambiente⁴⁶. O catedrático alemão fundamentava sua conclusão na impossibilidade de o Direito penal exercer o papel preventivo socialmente esperado, sobretudo frente à incompatibilidade dos seus institutos com os de Direito ambiental, o qual tem caráter eminentemente preventivo⁴⁷.

⁴⁵ Como explicitam BAUCELLS LLADÓS e PETIT: “4. This new sociological model has enabled criminal doctrine not only to understand, but even to justify a new political-criminal law tendency: the so-called “risk criminal law”, which served as a framework for the criminal law reforms of the 80’s and 90’s to create new offences in the following areas: environmental risks, nuclear risks, computer risks, chemical risks, genetic risks, and food risks. So, firstly, considering they were “new” risks, it was justified to “expand criminal law” in order to encompass a set of domains which had been traditionally regulated by administrative or even civil law. Particularly because they are “artificial” risks, i.e. caused by humans, it was reasonable to think that the recourse to criminal law and to the threat of punishment could generate some motivating effect.” (BAUCELLS LLADÓS, Joan; PETIT, Benoît. Possibilities and limits of environmental criminal protection: reflections on the Erika and Prestige cases (or how organized irresponsibility system carries on), in *Indret*, n. 3, ano 2013, disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/985.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020).

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 8 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214-215.

⁴⁷ “O direito ambiental visa à prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não atua preventivamente, como também, quando se lhe exige que atue dessa forma, nada mais consegue

Por derradeiro, afirmava, a partir da constatação do majoritário simbolismo da proteção dada ao meio ambiente pela lei penal, que essa especialidade de direito criminal “(...) *redunda em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva.*”⁴⁸

Em posição oposta, SCHÜNEMANN respalda a utilização do poder punitivo para a conservação das bases de subsistência da humanidade, sendo esse instrumento imprescindível para a tutela de bens jurídicos que habilitem a continuidade desses pilares – inclusa a preservação ambiental por meio do Direito penal⁴⁹. Subsequentemente, argumenta pelo *emprego ofensivo* de uma política-criminal voltada ao meio ambiente, mormente em razão do efeito preventivo geral da norma criminal, complementando o primeiro nível de controle do aproveitamento ambiental dado pelo Direito administrativo, visto que apenas o Direito penal poderá exercer um “(...) *nível de control adicional y eficiente (...)*” para os danos ambientais relevantes⁵⁰.

Sem embargo das perenes críticas apontadas por HASSEMER e das precisa reflexões propostas por SCHÜNEMANN, fulcrais para melhor compreender a tutela penal e buscar o atendimento correto de suas finalidades, é situação consolidada o uso da norma penal para tipificar con-

do que resultados sofríveis.” Segue o autor: “Por outro lado, no direito ambiental trata-se de responsabilidade coletivas, pois que os agentes atuam em conjunto e no quadro de organizações complexas. Já no direito penal, toda a imputação de responsabilidade é rigorosamente individual. Em direito penal, ninguém pode ser punido apenas com base na sua integração num todo, ficando por definir os contornos exatos da respectiva atuação.” (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 8 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218).

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 8 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 220-221.

⁴⁹ “En la sociedad industrial secularizada el Derecho penal no halla su fin y sentido en la retribución de la culpabilidad en el sentido de una justicia *divinam* sino en la necesidad de proteger los bienes jurídicos, es decir, en la protección de las condiciones que ofrecen una vida próspera al individuo y a la colectividad. Por esta razón ha de señalarse, sin vacilar, como necesidades de nuestro tiempo, el otorgar de los bienes jurídicos: el lugar central.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente. In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 204).

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente. In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 222-223.

dutas lesivas ou perigosas aos bens jurídicos difusos⁵¹, dentre eles o meio ambiente.

No Brasil, em especial, a criminalização de ilícitos ambientais decorre de expresso mandamento constitucional (artigo 225, §3º), não havendo dúvida na sua colocação como bem jurídico autônomo⁵². Justifica-se a ordem expressa do constituinte – segundo PRADO – pela indispensabilidade do equilíbrio ecológico para a própria existência humana, legitimando a atuação da *ultima ratio*⁵³. Trata-se de uma perspectiva antropocêntrica, hoje posta sob questionamento pela ideia da necessidade de conceber a proteção do meio ambiente como fim em si mesmo (percepção ecocêntrica). A promulgação da Lei 9.605/98, por conseguinte, consolidou o microsistema de crimes ambientais no cenário pátrio⁵⁴, trazendo

⁵¹ Uma exímia análise é oferecida por MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ – em estudo sobre os delitos contra a ordem de consumo, mas cuja contribuição também tem valia para os crimes ambientais – ao discorrer sobre as críticas tecidas pela Escola de Frankfurt ao expansionismo penal e os argumentos os quais permitem a compatibilização da repressão penal em setores de criminalização de condutas lesivas aos interesses difusos, sem sacrificar a dogmática penal e suas garantias basilares. Para tanto, vide: MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Legitimidad de los genuinos delitos socioeconómicos de consumidores y técnicas de tipificación penal. In *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores* (José Ulises Hernández Plasencia coord.), Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 81-123.

⁵² Cumpre ressaltar as colocações feitas por DOTTI, já na década de 90, em palestra no Fórum Internacional de Criminologia Crítica, realizado em Belém do Pará: “Antes mesmo de outorgada a Constituição brasileira de 1988, o meio ambiente já havia sido considerado formalmente como um bem jurídico autônomo. (...) A autonomia do meio ambiente como um bem jurídico valioso em si mesmo corresponde às exigências comunitárias muito intensas no Brasil desde o final dos anos 70 (com levantamento da censura prévia aos meios de comunicação) até o crepúsculo da década seguinte quando, além da Constituição, o nosso País iria também conhecer novas leis penais de proteção da natureza. Com efeito, em setembro de 1978, o I Simpósio Nacional de Ecologia, realizado em Curitiba, aprovou tese propondo a consagração autônoma da proteção do meio ambiente, em nível constitucional e a imposição de penas criminais de maior rigor.” (DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 127-146. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175807/000451413.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 ago. 2021).

⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais* (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 24-27.

⁵⁴ Mencione-se, complementarmente, as tipificações relativas à biossegurança, as quais parecem integrar esse microsistema, redigidas na Lei 11.105/05. Sobre o tema, vide PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais* (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 351-365.

também a inovação – compatibilizada com a redação constitucional – da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Especificamente no aspecto da reparação, vislumbra-se a preocupação do legislador ao elencar a medida em diversos dispositivos da “parte geral” da Lei de Crimes Ambientais. De modo amplo, verifica-se que essa incide expressamente em cinco momentos distintos: como condicionante dos benefícios penais da transação penal, da suspensão condicional do processo (artigos 27 e 28); como causa de atenuação da pena privativa de liberdade (artigo 14, inciso II)⁵⁵; como condição *sursitária* (arts. 16 e 17); como forma de pena de prestação de serviços comunitários dirigida ao ente coletivo (art. 23, II) e; como consequência jurídica oriunda da condenação por crime ambiental (artigo 20). Ademais, o artigo 12 menciona que o valor pago a título de prestação pecuniária – espécie de pena restritiva de direito aplicável à pessoa física – será deduzido do valor fixado em sede de responsabilidade civil, sendo lícito concluir também constituir uma forma de reparação do dano.

Sem dúvidas, a maior relevância do instituto se dá – conforme destacado por LECEY – no âmbito dos acordos processuais penais, já que a grande maioria dos tipos de injusto elencados na lei possuem penas abstratamente previstas que admitem a concessão de citados benefícios⁵⁶. Eventual limitação da suspensão condicional do processo para crimes ambientais, no sentido de que seria cabível só para os sujeitos ao JECRIM (letra expressa do art. 28, LDA, que alude a infrações de menor potencial ofensivo, *ipsis literis*), ainda que não respaldada na *praxis* dos tribunais, poderia ser oposta à posição de LECEY. Porém, a emergência do acordo de não persecução penal (ANPP), pela introdução do art. 28-A no CPP, indiscutivelmente coloca o uso do processo penal negocial como forte alternativa nos delitos ambientais.

⁵⁵ Sobre o tema, de grande valia as observações de CARVALHO sobre a compreensão da reparação do dano no comportamento pós-delitivo, classificando-a como um *arrependimento ecológico* o qual não desfaz a responsabilidade penal, todavia atua como supressor da pena (CARVALHO, Érika Mendes de. O significado jurídico-penal da reparação do dano ambiental. In *Revista de Ciências Jurídicas – UEM*, v. 7, n. 1, jan/jun. 2009, p. 67-82).

⁵⁶ LECEY, Eladio. Direito Ambiental Penal Reparador: Composição e reparação do dano ao ambiente: Reflexos no juízo criminal e a jurisprudência, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, jan-mar/2007, p. 92-106.

Sem embargo, há de se considerar que a condição da reparação do dano não pode ser ofertada sozinha no ANPP, em homenagem – novamente – à barreira constitucional do art. 225, 3º, que alude à necessidade de sanções penais e administrativas “*independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”. Há uma restrição constitucional na fixação das condições de cumprimento do acordo previsto no art. 28-A, CPP. Ali, a condição da reparação de dano pode ser ofertada sem cumulação com outras. Isto não satisfaz a regra constitucional.

Quando o delito deixa vestígios e atinge efetivamente um fascículo material do meio ambiente – por exemplo, vegetação de área de preservação permanente – há imprescindibilidade de prova técnica para comprovar a viabilidade da reparação ambiental, a qual deve ser produzida idealmente na fase inquisitória⁵⁷, evitando-se sua prejudicialidade por força de excessiva demora em relação à data do fato. Ainda, muito embora eventual composição realizada no bojo de termo de ajustamento de conduta (firmado com o órgão ambiental ou com o Ministério Público) não represente causa de extinção da punibilidade ou afaste a justa causa para a ação penal, essa tem o condão de suprir as exigências postas pela transação penal, suspensão condicional do processo e ANPP, tendo derradeiro efeito no juízo criminal⁵⁸.

Enquanto a reparação nos institutos de justiça penal consensual não apresenta maiores controvérsias, eis que objeto de ajuste entre os

⁵⁷ Neste sentido: “Assim, inúmeras são as hipóteses concretas nas quais é possível a reparação direta do dano, devendo ser requisitada uma análise técnica toda vez que juízo ou Ministério Público não puderem descartar, com absoluta certeza, tal possibilidade. Aliás, a verificação técnica sobre a reparabilidade parcial ou total do dano deve ocorrer logo no início do procedimento persecutório, a fim de direcionar as propostas do Ministério Público para a solução consensual da lide penal (transação penal e suspensão condicional do processo).” (MATTOS E SILVA, Franco. A reparação específica do dano na Lei dos Crimes Ambientais: quadro atual e possibilidade de evolução. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 33, jan-mar/2004, p. 68-92).

⁵⁸ Assim preleciona LECEY: “Logicamente, tendo ocorrido termo de ajustamento de conduta com composição do dano e sendo a infração de menor potencial ofensivo, cabível, de regra, a transação penal, como já foi aqui destacado. Em caso de infração de médio potencial ofensivo, constatada, posteriormente, a efetiva reparação do dano por laudo, preenchida estará condição da suspensão do processo porventura aplicada. (...) O ajustamento de conduta poderá proporcionar a reparação do dano e seus reflexos cíveis, até com repercussão na área criminal como a possibilidade de transação e de condição à suspensão do processo criminal, mas, evidentemente, não torna a conduta atípica penalmente.” (LECEY, Eladio. Direito Ambiental Penal Reparador: Composição e reparação do dano ao ambiente: Reflexos no juízo criminal e a jurisprudência, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, jan-mar/2007, p. 92-106).

interessados, o tema aparenta reunir incertezas quando tratado como consequência jurídica forçada, derivada da condenação criminal. É importante asseverar que a reparação do dano, como sanção penal autônoma, constitutiva de uma terceira via, para colocar-se ao lado das penas e medidas de segurança, aparece em proposições doutrinárias⁵⁹. No Brasil, sua inserção como espécie de pena dá-se com a prestação pecuniária, enquanto pena restritiva de direitos contida nos arts. 43 e seguintes do Código Penal⁶⁰. Apesar de figurar na Lei 9.605/98 com esta natureza, há que se reconhecer dificuldade de filtragem constitucional das previsões diante da expressa determinação contida no art. 225, §3º da Constituição, de aplicação de sanções penais e administrativas aos infratores ambientais, independentemente da obrigação de reparar o dano.

Na quadra processual, a previsão feita no artigo 20 da Lei 9605/98, estendida *in genere* pelo art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, a

⁵⁹ Na perspectiva internacional, são os apontamentos de ROXIN: *“Es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un ‘tercer carril’ del Derecho penal. Así como la medida substituye o complementa la pena, en aquéllos casos en los cuales esta última, en razón del principio de culpabilidad, no se puede justificar o sólo se puede justificar limitadamente, la reparación substituiría o atenuaría completamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. (...) Ella es un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola.”* (ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena, *in: De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 155). Também se destaca as ponderações lançadas por MAIER, Julio B. J. *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?* In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 4 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 583-599.

⁶⁰ A prestação pecuniária, como modalidade de sanção substitutiva à pena privativa de liberdade, é adaptada a partir das premissas construídas pela responsabilidade civil. Tem por propósito, como pena criminal, a possibilidade de castigar o indivíduo monetariamente, sem privá-lo de sua liberdade, considerando o suposto grau reduzido da reprovabilidade da conduta e a função ressocializadora da pena, apresentando-se como alternativa ao encarceramento. Nada obstante, o seu pagamento acaba por ter também impacto direto em eventual monta indenizatória decorrente do resultado do fato penal imputado, congregando assim, para além da natureza penal, uma característica reparatória, própria do Direito Civil, fonte de sua inspiração. Conforme observam SOUZA e JAPIASSÚ: *“É de se observar, assim, que a prestação pecuniária, além da natureza penal, tem também cumho indenizatório, uma vez que se destina a reparar os prejuízos sofridos pela vítima ou, alternativamente, aos seus dependentes. Trata-se, pois, sanção de natureza civil elevada à categoria de pena criminal. A introdução da pena de prestação pecuniária representa uma ruptura da clássica e rígida separação entre as consequências penais e civis de um delito.”* (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas. 2018. p. 320)

partir do ano de 2008, possibilita ao juiz fixar, em sentença condenatória, valor mínimo para a reparação dos danos – desde que precedido, em tese, de expresso requerimento pelo Ministério Público e/ou pelo assistente à acusação. É neste último recorte o foco deste estudo, pois os obstáculos são variados ante a importação de conceitos e valorações próprias da esfera da responsabilidade civil, os quais passam a ter relevância também para o juízo penal na verificação e, sobretudo, quantificação do dano e a medida necessária para a sua reparação⁶¹. Coloca-se ao processo penal, a partir da mudança de paradigma da política criminal e legislativa⁶², uma prerrogativa há muito solucionada exclusivamente no cerne da lide civil, quando se propunha a) a ação civil *ex delicto* para liquidar e indenizar danos oriundos de crime; b) eventualmente, o processo civil de execução, com base numa sentença penal condenatória definitiva, na forma do art. 91 do Código Penal.

4 A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

Este item versa essencialmente sobre a reparação fixada como valor mínimo, em sentença, ou que como prestação pecuniária, fixada a título de pena substitutiva. Não há pretensão de abordar a reparação realizada como comportamento pós-delitivo (arrependimento posterior ou causa atenuante da pena), no bojo de acordos processuais (como a transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP) ou como penalidade

⁶¹ Neste sentido, as colocações de CAZETTA: “O dimensionamento do dano e a forma efetiva de composição, se eram importantes no campo civil e administrativo da questão ambiental, passam a ser componentes da aplicação da lei penal.” (CAZETTA, Ubiratan. O dano ambiental e o processo penal. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 15, jul-set/1999, p. 56-60).

⁶² Conforme reflete BADARÓ, tratando sobre qual seria o objeto do processo penal e as raízes teóricas que remontam uma origem comum do processo civil e do processo criminal, mormente a partir dos estudos da evolução da teoria de Carnelutti. Coloca o autor que o *litígio civil* e a *controvérsia penal* seriam irmãos gêmeos, os quais podem caminhar separadamente, assim concluindo: “Tal conclusão nos parece absolutamente verdadeira, bastando pensar que o tratamento da reparação do dano civil causado pelo delito pode apresentar diversas formas, inclusive a absoluta separação entre o processo penal e o processo civil, sendo tal escolha uma questão de política legislativa, e não algo próprio do processo penal.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 88-96).

autônoma, nada obstante alguns comentários possam reflexamente atin- gir tais institutos.

Quanto aos veículos reparatórios selecionados, inicialmente é im- positivo reforçar que o objeto do processo penal é resolver o caso penal, estabelecendo se o injusto é imputável a um indivíduo e, após, se ele é censurável pelo injusto⁶³. Ou seja, cabe ao processo, observados os ritos e garantias a ele inerentes, fornecer ao julgador elementos para estabe- lecer sua convicção, sendo a sentença a formação ou não de um juízo de certeza quanto àquilo contido na denúncia ou queixa⁶⁴. Se alguma espécie de dano, material ou imaterial, é imanente ao tipo, a realização da imputação delitiva de fato e direito carregará, consigo, a evidência do pressuposto necessário para impor ao infrator o ato de reparação.

As pretensões do processo penal, ainda que fundamentalmente vol- tadas aos fins preventivos e retributivos da pena, na perspectiva do art. 59, *caput*, do Código Penal, são integradas pela reparação do dano. Este é o espírito do art. 387, inciso IV do *códex* processual penal, cronologica- mente antecipado pelo art. 20 da Lei de Crimes Ambientais. Mais: encar- na a realização, no âmbito do processo penal, dos Princípios Básicos de Justiça da ONU respectivos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, em especial disposições 8 e 9, ora transcritas:

“8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu com- portamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma in- denização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das

⁶³ Vide BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 579-582.

⁶⁴ “O objeto da imputação penal, isto é, o fato punível atribuído a alguém, sofrerá uma constante valoração ao longo de toda a persecução penal. No início do inquérito policial, tem-se um fato enquadrável em um tipo penal atribuível a alguém, em grau de mera suspeita. Posteriormente, o mesmo conteúdo passará a ser qualificado não sob a ótica da mera suspeita, mas de probabilidade, o que autorizaria o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal, isto é, da im- putação. A instrução processual, por seu lado, nada mais é do que uma fase no iter procedimental destinada à colheita de provas para a verificação da veracidade ou falsidade da imputação quanto à autoria e existência do fato. Por fim, chega-se à sentença que trará a definição quanto à impu- tação, absolvendo o acusado se a esta não restar provada, ou condenando-o, se ela for confirmada, com base em um juízo de certeza.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 580).

despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos.

9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.”

A disposição 10 do documento contém expressa alusão à necessidade da reparação de danos ambientais derivados de crimes:

“10. Em todos os casos em que sejam causados graves danos ao ambiente, a restituição deve incluir, na medida do possível, a reabilitação do ambiente, a reposição das infra-estruturas, a substituição dos equipamentos colectivos e o reembolso das despesas de reinstalação, quando tais danos impliquem o desmembramento de uma comunidade.”

Subsequentemente, não há como se falar em fixação de valor mínimo para reparação dos danos ou sua quantificação como pena pecuniária sem a sua imprescindível submissão ao contraditório. Só será oportunizado ao juízo valer-se do contido no artigo 20 da Lei 9.605/98 quando a evidência do dano esteja instruída, mediante prova idônea⁶⁵. Consequentemente, franquear ao acusado a plena produção probatória, inclusive de caráter pericial, é imprescindível para o deslinde da apuração da ocorrência do dano e, incidentalmente, a possibilidade de contestar sua quantificação, ainda mais quando produzido por laudo de órgão ambiental ou da polícia judiciária na fase pré-processual.

Uma questão de relevo é se o contraditório exigiria a formulação de pedido expresso, quando do oferecimento da denúncia, para possibilitar a fixação de valor mínimo na sentença penal. A orientação dominante no ambiente do Superior Tribunal de Justiça é de que não se fixa reparação

⁶⁵ Vide, por todos: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 233-240; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. Natal: OWL. 2019. p. 203-208.

de danos sem pedido na denúncia⁶⁶, assim também ecoado na literatura processual penal⁶⁷. Em contraponto, aludindo a desnecessidade de pedido expresso, poderia se argumentar que, se o delito atribuído ao réu tem resultado de dano material ou imaterial embutido na própria descrição típica, e estando o órgão persecutório interessado na respectiva resolução e eventual condenação, com o próprio aviamento da ação penal, o desate desta atividade carrega *in re ipsa* a pretensão reparatória. Em apoio, a regra do art. 91, CP, quando torna certa a obrigação de indenizar como efeito extrapenal genérico e automático da condenação. Há de se reconhecer, de todo modo, que o pedido prévio fomenta os efeitos de garantia derivados do *contraditório*⁶⁸, produzindo em favor do réu maior segurança jurídica quando toma por objeto a estipulação do valor em sentença (art. 387, inciso IV do CPP) – o que não obsta, na sua ausência, o efeito extrapenal do art. 91 da lei penal substantiva, mediante execução cível.

Outro tópico diz respeito ao impedimento de se valer de presunções legais e principiológicas para se alterar o ônus probatório ou afastar a necessidade de prova específica quanto a ocorrência e quantificação do dano causado pelo crime, nas situações em que o tipo exige resultado naturalístico – em outras palavras, presunções desfavoráveis ao réu. É sabida a possibilidade de inversão da carga probante no bojo do processo civil,

⁶⁶ Tese fixada em fevereiro de 2018, no âmbito dos crimes de violência doméstica, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.675.874/MS pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz. Ainda, ressalta-se, nas decisões exaradas pelas turmas com competência penal: AgRg no REsp 1844856/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020; AgRg no REsp 1670246/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Op. cit.* p. 233-240; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Op. cit.* p. 82-84; PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 841-843; SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 15. ed. Salvador: JusPodvim. 2021. p. 499-506.

⁶⁸ Mesmo que a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos em sentença possa ser tratada como uma matéria *de direito*, e não necessariamente *de fato*, ainda assim a observância do contraditório propicia a evitação de decisões “surpresa”. Consoante lição de BADARÓ: “*Se o juiz tem poderes que lhe permitem uma atuação de ofício, seja quanto à produção de provas, seja quanto à aplicação da regra jurídica, o exercício de tais poderes não pode surpreender as partes. Ao tomar conhecimento do resultado do exercício deste poder somente na sentença, as partes não mais terão oportunidade e possibilidade de contradizer, alegando e provando, para poder influir na formação do convencimento do juiz.*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* 2019. p. 39-43).

outorgando ao poluidor a obrigação de provar suas alegações e constituir a imputação de dano ambiental, em razão da responsabilidade objetiva imposta⁶⁹. Em sentido análogo, consolida-se cada vez mais o princípio do *in dubio pro natura* em matéria ambiental⁷⁰, afetando não apenas a tomada da decisão judicial, como a distribuição do ônus probatório entre os litigantes⁷¹.

⁶⁹ Vide, a respeito FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 114-116 e 142-149.

⁷⁰ O conteúdo de tal princípio e suas aplicações parecem bem definidos por BRYNER: “By its simple terms, *in dubio pro natura* is a broad principle: in case of doubt or uncertainty, we resolve that uncertainty in favor of that which affords greater protection or conservation of nature. It can have application in all forms of decision-making related to the environment. For an administrative agency, *in dubio pro natura* signifies a preference for making decisions that favor greater protection of, or less impact on, biodiversity, habitat, ecosystem processes, air and water quality, and so forth. For adjudicative interpretation of complex matters, it gives weight toward interpreting constitutional provisions, laws, policies, and norms in favor of that which will give greater environmental protection. (...) In environmental law, we need an analogous principle that protects the human right to a healthy environment, or rights of nature where they are recognized. Misapplication or lack of environmental law can create a risk of irreversible harm to the environment. *In dubio pro natura* is a response to this risk, and a necessary remedial principle for a system in which economic interests have generally been reinforced at the expense of social, cultural, and environmental interests. Thus, the principle guides administrative agencies and judiciaries to avoid actions or decisions that may lead to environmental harm. In other words, laws or decisions that purport to allow activity that may damage the environment must be unambiguous, so as to ensure proper deliberation, transparency, and accountability. The intended deterrent effect is that those engaging in action with a risk of environmental harm are on notice that norms in the environmental context will likely be construed broadly against them.” (BRYNER, Nicholas S. *In dubio pro natura: a principle for strengthening environmental rule of law*. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, abr-jun/2015, p. 245-258).

⁷¹ Em análise sobre a aplicação do princípio no Brasil, os comentários de CAPPELLI: “Conclui-se que no Brasil o princípio *in dubio pro natura* tem sido utilizado na jurisprudência do STJ com base em vários critérios: interpretação da própria norma ambiental em um sentido mais benéfico ao meio ambiente; princípio instrumental para determinar o equilíbrio entre as partes no processo (inversão do ônus e carga dinâmica da prova); interpretação sistemática da norma e não meramente tópica (inversão do ônus da prova trazida do Código de Defesa do consumidor para a Lei da Ação Civil Pública); concretização para pormenorizar a norma, explicitando os tipos de danos ambientais (não limitados aos imediatamente verificáveis), inclusive quanto ao aspecto temporal, assim como destacando esferas autônomas e cumulativas de responsabilização (das obrigações de restauração *in natura* e *in situ* com a compensação e indenização), além de reconhecer os danos cumulativos e sinérgicos. Ainda quanto aos danos, a jurisprudência esclarece que não são apenas pessoais (individuais ou coletivos), mas também intrínsecos (ao próprio meio ambiente). Quanto ao resultado do dano, incluem os extrapatrimoniais e os materiais, ambos titulados de forma individual ou coletiva.” (CAPPELLI, Sílvia. *In dubio pro natura*. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 98, abr-jun/2020, p. 197-223).

Contudo, transportar essas possibilidades ao Direito penal (material e processual) não se mostram adequadas, pois convolariam em necessária subversão de garantias basilares que sustentam o funcionamento do sistema de responsabilidade criminal. É assente a máxima de que a dúvida sempre prevalecerá em favor do acusado no processo penal, pois uma sentença condenatória apenas poderá se perfazer a partir da certeza da ocorrência do fato e de sua autoria. Desta feita, não é lícito (ou sequer constitucional) permitir que o *in dubio pro natura* fundamente decisões as quais reconheçam ter ocorrido crime ambiental quando não haja demonstração inequívoca (mediante prova produzida sob o contraditório) de sua concretude; muito menos se mostrará cabível lançar mão desta presunção em sentença para arbitrar – sem indexações factuais, apenas a partir da valoração e convencimento do magistrado – valor indenizatório.

Por derradeiro, toda e qualquer medida reparatória deverá se pautar na legalidade estrita. Isto implica asseverar que não é lícito ao julgador, na aplicação do artigo 20 da Lei 9.605/98, fixar medidas além de um valor líquido para a reparação; ou seja, não há como se interpretar a norma legal para justificar o estabelecimento de obrigações de fazer ou não fazer. A partir da leitura do dispositivo legal supracitado, obrigações de fazer de caráter reparatório estão circunscritas ao âmbito da *pena de prestação de serviços à comunidade*, conforme prescrito no artigo 9º (pena substitutiva aplicada à pessoa física) e nos incisos do artigo 23 (pena de prestação comunitária aplicada à pessoa jurídica). Observe-se, no particular, que a Lei 9.605/98 franqueia ao julgador determinar a reparação do dano e, ulteriormente, valer-se de etapa processual destinada à liquidação da determinação reparatória. É a letra do art. 20, parágrafo único: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do caput, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.*”

Em síntese, busca-se demonstrar de que a fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos não pode ser produto de um arbitramento ficto do julgador ou decorrer de uma avaliação apartada do conjunto probatório. Pragmaticamente, a solução mais adequada é que, havendo o requerimento acusatório para aplicação do dispositivo do artigo 20, submetido ao contraditório ao longo da instrução processual, eventual valor

aplicado seja precedido de prova técnica⁷² a qual tenha capacidade de quantificar em pecúnia o dano. É possível a produção desta prova na etapa de liquidação, ulterior à sentença, conforme opção do magistrado (art. 20, parágrafo). Caso contrário, entende-se temerário impor ao juízo penal arbitrar um numerário sem dispor de elemento probante preciso, ainda mais se o fizer valendo-se de presunções como a trazida pelo *in dubio pro natura*⁷³.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade socioeconômica impõe ao Direito, há algum tempo, a necessidade de intervir em áreas incomuns ao seu âmbito primordial de tutela. Assim, a defesa do meio ambiente é objeto de tutela nas três esferas de responsabilização existentes no ordenamento jurídico pátrio: civil, administrativa e penal. Sobre essa última, o mandamento constitucional de criminalização do art. 225, §3º, impactou não apenas a política criminal, mas também categorias dogmáticas, dentre elas a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica e a possibilidade de fixação, em sentença, de valor mínimo para reparação dos danos ambientais.

A reparação forçada do dano ambiental pelo Direito penal tem amparo legal na Lei 9.605/98: em seu art. 12, como pena restritiva de direito de prestação pecuniária dirigida à pessoa natural; no art. 23, inciso II,

⁷² MALAN, ao discorrer sobre o processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, traz contribuições importantes sobre a utilização da prova técnica. Por um lado, ressalta a sua pertinência como instrumento apto a “*decodificar*” e “*traduzir*” aspectos técnicos da operação, facilitando a valoração judicial dos fatos; por outro, limita essa mesma atividade de avaliação probatória. Ademais, ressalta que, majoritariamente, tal espécie probatória ocorre em fase de apuração preliminar, submetendo-se apenas a um contraditório diferido quando da fase judicial, até porque sua utilização para eventual condenação não encontra óbice no disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal. Vide: MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, maio-jun/2015, p. 279-320.

⁷³ A única exceção a ser comentada é quanto à prestação pecuniária, pois os parâmetros de fixação do valor a ser pago tem égide legal, cujos parâmetros confundem-se com as circunstâncias judiciais para aplicação da pena e estão expressados no artigo 12 da Lei 9.605/98. A respeito, em especial sobre a possibilidade de dedução do valor pago a título de prestação pecuniária do valor arbitrado em sede de reparação, vide FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 143-146.

como pena de prestação de serviços comunitários endereçada ao ente coletivo, e; em seu art. 20, como responsabilização reparatória *ex delicto*. Sua fixação depende da observância de aspectos fáticos e técnicos que gerem segurança jurídica para todos os envolvidos no processo, direta e indiretamente, quando aplicada pelo juízo criminal.

É curial sempre ter em perspectiva as garantias individuais ao realizar a aplicação de tal instituto, sobretudo a submissão ao contraditório, certificando-se que acusação e acusado tenham a possibilidade de debater não apenas a existência do dano, como sua quantificação em dinheiro. Para tanto, a exigência de prova técnica como instrumento apto a convalidar a existência de um dano ambiental decorrente do delito ganha relevo e, sobretudo, possibilita a sua valoração em expressão financeira, quando da sentença. Deve o juízo penal se afastar da utilização de qualquer presunção legal ou da inversão do ônus probatório para realizar tal arbitramento, sob pena de violação das garantias individuais e constitucionais dadas ao acusado.

Por derradeiro, a utilização do Direito penal para reparar o dano ambiental há de ocorrer, a princípio, sem a abdicação da resposta penal tradicional, na forma do art. 225, §3º da Carta da República. Trata-se de confinamento hermenêutico da norma infraconstitucional. A temática proporciona discussões que podem afetar, inclusive, a utilização de medidas assecuratórias para a garantia de eventual futura reparação. Nada obstante, até para não haver alongamento desnecessário do texto, o qual demandaria incursionar em uma análise quanto ao sistema de medidas cautelares patrimoniais do processo criminal, reservar-se-á tal objeto de estudo para uma oportunidade futura.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paula da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca da sua proteção penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 123, set/2016, p. 17-62.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

BAUCELLS LLADÓS, Joan; PETIT, Benoît. Possibilities and limits of environmental criminal protection: reflections on the Erika and Prestige cases (or how organized irresponsibility system carries on), in *Indret*, n. 3, ano 2013, disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/985.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRYNER, Nicholas S. In dubio pro natura: a principle for strengthening environmental rule of law. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78, abr-jun/2015, p. 245-258.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 21. Vol. 100. Jan-fev./2013. p. 453-501.

CAPPELLI, Sílvia. In dubio pro natura. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 98, abr-jun/2020, p. 197-223.

CARVALHO, Érika Mendes de. O significado jurídico-penal da reparação do dano ambiental. In *Revista de Ciências Jurídicas – UEM*, v. 7, n. 1, jan/jun. 2009, p. 67-82.

CAZETTA, Ubiratan. O dano ambiental e o processo penal. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 15, jul-set/1999, p. 56-60.

DELGADO, Julio A. Rodríguez. La reparación como sanción jurídico-penal, in *IUS ET VERITAS*, 9(17), 1998, p. 28-44, disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15790>, acesso em: 30 out. 2020.

DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o ministro Teori. In *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opinia0-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>, acesso em: 31 jan. 2021.

DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. *Revista dos Tribunais*, vol. 648, out. 1989, p. 259-264.

DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 127-146. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175807/000451413.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 ago. 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21* (trad. Paulo Geiger). São Paulo: Companhia das Letras. 2018. Edição Kindle.

HASSEMER, Winfried. Características e crises no direito penal moderno, in *Direito penal: fundamentos, estrutura, política* (org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et al.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal. In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 8 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material, in: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O papel do Direito Penal no século XXI. In *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

LECEY, Eladio. Direito Ambiental Penal Reparador: Composição e reparação do dano ao ambiente: Reflexos no juízo criminal e a jurisprudência, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, jan-mar/2007, p. 92-106.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MAIER, Julio B. J. ¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal? In *Doutrinas Essenciais: Direito Penal*, v. 4 (org. Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, maio-jun/2015, p. 279-320.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Legitimidad de los genuinos delitos socioeconómicos de consumidores y técnicas de tipificación penal. In *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores* (José Ulises Hernández Plasencia coord.), Madrid: Marcial Pons, 2020.

MATTOS E SILVA, Franco. A reparação específica do dano na Lei dos Crimes Ambientais: quadro atual e possibilidade de evolução. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 33, jan-mar/2004, p. 68-92.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A influência da Análise Econômica do Direito para o Direito Ambiental, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 73, jan-mar/2014, p. 329-357.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena, in: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano). Valencia: Tirant lo blanch. 2000.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 15. ed. Salvador: JusPodvim. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente. In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. Natal: OWL. 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas. 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Comentário à Súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 93, jan-mar/2019, p. 253-274.

STOCO, Rui. Dano moral ao meio ambiente, *Revista dos Tribunais*, vol. 915, jan/2012, p. 78-98.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Considerações acerca do dano moral ambiental, *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 14, n. 82, jul./ago. 2015.

TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Danos ambientais no tempo: o futuro e a jurisprudência, in *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, ano 15, n. 87, maio/jun. 2016.

TREGLIA, Carlos Eduardo; RIOS, Rodrigo Sánchez. A reparação do dano e seus efeitos no sistema jurídico-penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais, in *Sistema penal em debate: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer* (org. Paulo César Busato, Alexey Choi Caruncho), Curitiba: iEA Academia, 2015.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O Direito Ambiental e seus princípios informativos, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 30, abr-jun/2003, p. 155-178.

É A TEORIA DO DELITO TRADICIONAL SUFICIENTE PARA IMPOR-SE AOS CRIMES ECONÔMICOS?

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO¹

RESUMO

Nos tempos atuais, o estudo e a reflexão sobre os crimes econômicos é crescente na doutrina nacional e estrangeira em razão das inovações legislativas, a exemplo da implantação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isto proporciona intenso debate acerca da suficiência ou não dos conceitos construídos ao longo do desenvolvimento da teoria do delito concebida para a criminalidade tradicional para estabelecer a responsabilidade penal pela prática de crimes econômicos.

Palavras-chave: Dogmática; teoria do delito; delitos econômicos; responsabilidade penal.

SUMÁRIO

1. O problema; **2.** Sobre a teoria do delito; **3.** Caracterização do delito econômico; **4.** Ao flexibilizarmos os dogmas da teoria do delito caminhamos para a responsabilidade penal objetiva? **5.** Alternativa funcionalista para a imputação penal? **6.** É a teoria do delito tradicional suficiente para impor-se aos crimes econômicos? Referências.

¹ O autor é professor Associado 3, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, com estágio pós-doutoral na Universidad de Barcelona (CAPES BEX n.º 1265/10). Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pela Universidad de Salamanca. Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht. Membro do Ministério Público de Minas Gerais. Email: fgpmachado@hotmail.com

A TÍTULO DE PREFÁCIO

Quero deixar algumas palavras de homenagem ao querido professor René Ariel Dotti, que infelizmente já não está entre nós, mas que deixou um exemplo que permanecerá inesquecível particularmente para os seus familiares, amigos, colegas, discípulos e alunos.

Partiu uma pessoa que marcou de forma especial a vida de muitos com a sua constante e incessante luta pela liberdade, pelos direitos humanos e pela tão aclamada democracia, hoje posta em perigo. O Direito Penal brasileiro fica mais pobre e nasce um enorme vazio no mundo jurídico.

Os momentos compartilhados com o professor René serão sempre guardados e recordados por todos aqueles que tiveram a honraria de participar de algum modo com o nosso homenageado.

O seu legado permanecerá vivo na mente dos familiares, amigos e estudiosos do Direito Penal brasileiro. Se fizermos o bem acabamos por nos tornar eternos. Marcamos quem está a nossa volta e deixamos o mundo mais rico com a sua presença.

1 O PROBLEMA

Os últimos anos assinalaram uma preocupação crescente do pensamento dogmático-penal entorno do contexto político-econômico. Escândalos desta natureza no Brasil e no mundo impulsionaram o crescimento do sentimento popular de maior necessidade de intervenção e controle penal, que somados aos movimentos de lei e ordem, agora revigorados, nortearam a formação de estandartes políticos da moral e a aparição de improváveis e indevidos ativistas.

Neste ambiente conturbado e típico da globalização, pôs-se ainda mais em destaque a delinquência econômica que já nos alertava Sutherland.² Não é sem razão que facilmente verificamos nos principais países difusores da dogmática jurídico-penal, sejam eles europeus ou latino-americanos, uma larga, incessante e profícua produção científica, em bus-

² SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Madrid : La Piqueta, 1999.

ca da total compreensão dos fenômenos e apresentação de teorias e conceitos em favor de soluções em prol de uma melhor aplicação do Direito.

No Brasil, ainda perplexos com os acontecimentos políticos e jurídicos, e à parte da visualização e compreensão dos fenômenos, observamos mais e mais a importação de institutos e categorias provenientes do sistema anglo-saxão para aplicação nos âmbitos dos direitos material e processual. Nota-se o esgarçamento contínuo ou abandono dos conceitos tradicionais da teoria do delito diante das “novas criminalidades”, a possibilitar maior alcance e facilitação da persecução criminal e aplicação do *jus puniendi*.

Igualmente constatamos que o processo penal de garantias de que nos fala Ferrajoli,³ hoje denominado por alguns de “processo penal ortodoxo”, rumo ao negocial, com evidente mitigação da ação penal, flexibilização do devido processo penal, restrição da ampla defesa, aniquilação do ônus probatório, e o estabelecimento do “juízo de possibilidade de culpabilidade”, como verdade absoluta e suficiente. Se defendia Roxin a configuração da teoria do delito em obediência às teorias dos fins da pena, entenda-se prevenção geral e especial positivas, agora o aparato de poder punitivo põe-se em marcha vocacionado para a reparação ou restauração do *status quo ante* a partir das molduras do negócio jurídico.

As inovações legislativas penais e processuais penais rapidamente chegam aos Tribunais do país, que mesmo sem ter havido ainda o necessário amadurecimento dogmático temporal sobre a questão, são obrigados a dizer o Direito, proporcionando muitas vezes julgamentos distantes dos postulados doutrinários, seja para permitir a tramitação do processo, ou para absolver, ou para condenar, sem o necessário anteparo teórico. E muitas vezes o fazem de modo a proporcionar a construção de entendimentos conflitantes e capazes de trazer ainda mais insegurança jurídica. Não se olvide, a exemplo necessário de menção, que o “princípio do *in dubio pro societate*” ainda serve de argumento e emprego na práxis forense, notadamente por membros do Ministério Público e segmentos do Judiciário, não obstante nunca ter sido princípio de Direito, e de em verdade

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 431 e ss.

ofender frontalmente o princípio da presunção de inocência, este sim inserido na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVII.

Tome-se como outro bom exemplo, o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica perante os Tribunais do país. A partir da promulgação da Lei 9.605/98, observamos, inicialmente, o seu rechaço à luz da ausência na pessoa jurídica das estruturas lógico-objetivas welzenianas das incapacidades de ação e de culpabilidade.⁴ A propósito, e contrário a esta inovação, René Ariel Dotti a expressou desde logo,⁵ e posteriormente naquela que talvez seja a sua maior obra, para afirmar que “A máxima *societas delinquere non potest* se mantém invariável nos sistemas penais positivos de um modo geral. O poder de decisão entre o fazer e o não fazer alguma coisa, que constitui a base psicológica e racional da conduta lícita ou ilícita, é um atributo inerente às pessoas naturais. Somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como o suporte causal do delito.”⁶

Alinhada primeiramente à doutrina majoritária contrária à responsabilização da pessoa jurídica, dela se afastou a jurisprudência para permiti-la desde que ladeada obrigatoriamente com a pessoa natural,⁷ ainda que para tanto fosse reconhecido o alargamento dos conceitos do delito.⁸ A rigor, interpretou-se literalmente o disposto no artigo 3º, da Lei n. 9.605/98.

Mais recentemente, e em novo posicionamento jurisprudencial, agora capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, viu-se desprender a pessoa jurídica da pessoa natural, permitindo-se-lhe a sua imputação ju-

⁴ STF, HC 83.301. Primeira Turma. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Redator(a) do acórdão: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 16/03/2004. Publicação: 06/08/2004. STJ, HC 15.051/SP, Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, j. 06/03/2001, publ. DJ 13/08/2001, RDR vol. 21, p. 455, RTFP vol. 44, p. 334. STJ, REsp 622.724, Quinta Turma, j. 18/11/2004, DJ 17/12/2004.

⁵ A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, 1995, v. 11, p. 201.

⁶ *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 302,

⁷ STF, HC 88.544 MC. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 27/04/2006. Publicação: 05/05/2006. STJ, REsp 564.960, Relator Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, Data do Julgamento: 02/06/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 13/06/2005 p. 331, RDR vol. 34 p. 419.

⁸ HC 92.921/BA. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 19/08/2008. Publicação: 26/09/2008.

rídico-penal autônoma,⁹ diga-se, em contrariedade expressa ao texto de lei, ainda que de qualquer modo, até hoje condenemos a pessoa jurídica pela prática de delito ambiental em adoção de requisitos antropológicos que ela obviamente não tem.

Pior. Ainda que ausentes bases metodológicas objetivas e subjetivas estruturantes do delito nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, que são necessárias a fundamentar apropriadamente as características da pessoa jurídica e a aplicação do *jus perseguendi* e *jus puniendi*, a motivação insuficiente tornou-se argumento de autoridade ou apriorismo categórico e passa a ser repetida pelos demais Tribunais¹⁰ como um discurso sem som.

Neste diapasão, e não raras vezes, e notadamente no que tange à criminalidade econômica, socorrem-se muitas vezes os Tribunais a argumentos oportunistas ou utilitaristas em prol da ampliação ou extensão de um determinado conceito dogmático, sob a assertiva da “preexistente complexidade das organizações corporativas dada a descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades”.¹¹

Por mais paradoxal que seja, não obstante a isto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 593.727/MG,¹² interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, reconheceu-lhe a repercussão geral, e ao final firmou tese a qual, aliás, grande parte dos Tribunais do país já a aplicavam, no sentido de que o *Parquet* pode realizar investigação criminal, isto em adoção à teoria dos poderes implícitos e da lógica jurídica expressada a partir da interpretação realizada no artigo 129, I, da Constituição da República.

⁹ RE 628.582. Primeira Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, J. 06/09/2011, Dje 10.10.2011, e RE 548.181 - PR, de relatoria da Ministra ROSA WEBER, 06/08/2013 (Info 714).

¹⁰ STJ, RMS 39173/BA, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Data do Julgamento: 06/08/2015, Data da Publicação/Fonte: Dje 13/08/2015); STJ, RHC 53208, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Dje 01/06/2015, Decisão: 21/05/2015; STJ, AgRg no RMS 48.851/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 20/02/2018, Dje 26/02/2018.

¹¹ Extrai-se da ementa *Vg.* voto proferido pela Ministra ROSA WEBER, da Primeira Turma do STF, no RE 548.181: “2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.”

¹² STF, RE 593.727/MG, Repercussão Geral. Relator Min. CÉZAR PELUSO. Relator para o Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação Dje 8/9/2015.

Ou seja, se até então a polícia já gozava de instrumentos para proceder à devida apuração do crime no inquérito policial, ainda que não fossem raras as críticas possíveis de construção, viu-se agora a investigação criminal supervalorizada e aparentemente refinada com a outorga ou compartilhamento deste poder com o Ministério Público brasileiro. Pois na condição de *dominus litis* da ação penal, e de presidente do procedimento investigatório criminal e do inquérito civil público, logo, ator reconhecidamente competente para proceder à proteção dos bens jurídicos e dos direitos difusos, coletivos e individuais-homogêneos, e, ainda, possuidor de garantias constitucionais de autonomia e independência funcional, eventuais dificuldades na apuração de crimes complexos ou ocorridos no interior da organização empresarial seriam ultrapassadas. Por assim dizer, o procedimento investigatório criminal do Ministério Público foi regulamentado prontamente pelo Conselho Nacional do Ministério Público,¹³ seguindo-se posteriores atualizações que se mostraram necessárias ao entender do órgão nacional.

Não obstante ao ganho quantitativo e qualitativo verificável na apurações dos crimes de natureza econômica dentre outros, ainda assim os Tribunais do país ao facilitar a investigação criminal e consequente apuração de ilícitos, no mesmo instante flexibilizaram, senão se afastaram dos dogmas consagrados da teoria do delito, e assim permitiram a aplicação do Direito Penal ainda que longe da subordinação aos postulados dogmáticos necessários.

Sobre o discorrido, Luís Greco e Alaor Leite, em artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo, em 18 de outubro de 2013, posteriormente republicado no CONJUR, apontaram impropriedades na compreensão e aplicação da teoria do domínio do fato realizada por Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do caso do “mensalão”.¹⁴

Neste cenário turbulento onde se vê o agigantamento do controle penal por sobre a atividade econômica, com o consequente abandono do “ideal” ditado pelos princípios de *ultima ratio*, some-se a atuação teme-

¹³ Vide Resoluções nº 13/2006; nº 181/2017 e nº 183/2018.

¹⁴ Autoria do crime. Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-18/luis-greco-alaor-leite-fatos-mitos-teoria-do-minio-fato>. Acesso em: 30 ago. 2021.

rária e precipitada por parte de alguns importantes atores da justiça criminal. Neste ambiente de difícil pacificação jurídica, social e política que vivemos, acresça-se que, perigosamente, foi dito e repetido, inclusive por respeitadas personalidades, que o Judiciário deveria ouvir as ruas sobrepondo este aconselhamento à própria ordem legal e democrática.

No contexto de pós-modernidade ou modernidade tardia, vimos surgir reformas pontuais das legislações penais de importantes países europeus e latino-americanos, elevando interesses econômicos à categoria de bem jurídico de modo a assegurar a expansão penal e assim garantir a antecipação da tutela penal. Silva Sánchez há muito tempo chamou-nos a atenção para a questão.¹⁵ Neste aspecto, a expansão do Direito Penal se apresenta como a resposta à existência de uma crescente sensação subjetiva de insegurança da coletividade, razão pela qual esta demanda do Estado uma crescente intervenção penal na realidade social a fim de garantir a sua segurança frente ao delito.¹⁶

Entretanto, o Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito, assimila que quanto mais rigoroso formos na construção dos tipos penais e na construção dos elementos integrantes da teoria do delito, tomando-se como exemplo o dolo, conseqüentemente maior será o âmbito de liberdade do cidadão e, assim menor será a intervenção estatal. Ao passo que, inversamente, *vg.* quanto menos exigências atribuímos ao dolo, em teoria maior será a proteção dos bens jurídicos.

Por isto, e com razão, chama-nos a atenção Gustavo Britta Scandolari, para o fato de que “Medidas administrativas de fiscalização, de controle e de punição de pessoas jurídicas, que vão desde a concessão e a revogação de licenças e permissões de funcionamento até o efetivo fechamento de empresas, p. ex., podem ser implementadas – como evidenciam a Lei 12.846/13 (a Lei Anticorrupção) e Lei 13.303/16 (a Lei das Estatais). Os acordos de leniência e os termos de ajuste de conduta têm sido úteis nesse sentido e talvez possam ter seu âmbito de aplicação ampliado.¹⁷

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999, p. 21, 24 e 29.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 31 e 36-37.

¹⁷ Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. *Direito Penal econômico – Administrativização do Direito Penal, Criminal Com-*

A constante busca por maiores índices de eficiência da aplicação do Direito Penal deve encontrar barreira concreta na sua própria legitimidade. Esta tensão é real e em verdade penderá para um lado ou para outro conforme o grau de desenvolvimento e maturidade intelectual e moral de um povo, e atuação legal e eficiente dos órgãos administrativos de controle. Estabelecer o real limite da devida intervenção penal é tarefa difícil e ainda há de ser estabelecida pela política criminal e assim reconhecida pela dogmática penal.

De qualquer modo, permanece em evidência o debate sobre instituímos ou não uma nova teoria do delito apta a enfrentar a criminalidade econômica e as novas formas de imputação jurídico-penal, e aqui traz-se à tona, novamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Entretanto, já em 1999, sustentávamos o entendimento em favor da criação de um microsistema penal e processual penal a possibilitar a imputação penal à pessoa jurídica, eis que a teoria geral do delito como a conhecíamos até então, e é assim até hoje, se baseia precipuamente no comportamento humano, *vg.* na sua capacidade de direção finalista, na sua liberdade, na sua capacidade de motivação para cumprir a lei etc.¹⁸ E não obstante ao passar dos anos a doutrina ainda não foi suficientemente capaz de criar a aguardada teoria do delito formada a partir da natureza da pessoa jurídica.

2 SOBRE A TEORIA DO DELITO

Em abreviada apresentação sobre a teoria do delito, afirma Santiago Mir Puig, que ela se baseia em duas exigências de distintas naturezas: pela primeira, que ocorra um ataque indesejável a um bem jurídico-penal. Aqui há a valoração do fato valorado negativamente pelo legislador. Pela segunda, que este ataque possa ser imputado a um sujeito. Ou seja, decide-se se é possível atribuir a um sujeito como delito um fato valorado daquele modo.¹⁹

pliance e outros temas contemporâneos. Coord. Fábio André Guaragni e Marion Bach. Org. Fernando Martins Sobrinho. Londrina : Thoth Editora, 2017, p. 153.

¹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Crise do Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 765, São Paulo : RT, julho de 1999, p. 434.

¹⁹ La imputación en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho desarrollado. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Segundo volume. Universitat de Valencia, 1997, p. 381.

Neste aspecto, a elaboração de estruturas conceituais comuns tem significado essencial para um Direito Penal que pretende distribuir tratamento igualitário a todos os cidadãos, trazendo junto a si a previsibilidade. Assim, possibilita-se a todos os intérpretes do Direito Penal desenvolver soluções uniformes para os mais diferentes problemas ocorridos no contexto social.

Ademais, a construção da teoria do delito é necessária, consequentemente, para poder resolver da mesma forma problemas equivalentes que se apresentam mais além dos delitos, o que lhe dá caráter de compreensibilidade.

Desde a segunda metade do século XIX, a dogmática penal se esforça para obter melhores conceitos e soluções de problemas de caráter geral, sendo certo que o fruto destes esforços é uma teoria geral do delito muito refinada, onde diversos requisitos dos delitos são sistematizados e analisados de modo mais preciso possível com os conceitos gerais, tomando-se como exemplo o dolo ou a causalidade. Assim, a sistematização dos diversos pressupostos do delito permitiu à teoria geral do delito formular regras estruturais a permitir a análise sobre a punibilidade de um caso concreto, de modo que nenhuma questão importante deixe de ser observada e levada em consideração. Este procedimento de rigidez metodológica construído sobre uma demonstrável lógica mostra-se como de grande importância para a correta aplicação do Direito Penal. E não obstante a isto, conforme destaca Frister, a ciência do Direito Penal se inclina tradicionalmente a considerar a classificação sistemática dos elementos gerais do fato punível como seu verdadeiro problema fundamental.²⁰

Atento à questão, destaca Juarez Tavares que muito se tem discutido acerca do objeto da teoria do delito. Diz o autor que na concepção welzeniana, a tarefa “consiste na determinação do conteúdo das normas proibitivas e mandamentais, com vistas a alcançar o máximo desenvolvimento de seus elementos e da compreensão de seu alcance.”²¹

Já ao se referir a uma postura mais crítica da doutrina, a qual e inclusive Juarez Tavares se posiciona, “a teoria do delito só terá significado

²⁰ FRISTER, Helmut. *Derecho penal – Parte general*. Tradução da 4ª edição alemã a cargo de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires : Hammurabi, 2011, p. 149.

²¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018, p. 27.

se estabelecer os critérios que possam servir para delimitar o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção do sujeito”.²² E mais, “a teoria do delito busca estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado, a fim de não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, a teoria do delito não é construída pela jurisprudência, que está vinculada, geralmente, a casos concretos, mas sim por reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa. Com isso, a teoria do delito exerce a importante função de instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição”.²³

Com razão afirma Paulo César Busato, que “O trabalho dogmático de cerca de 200 anos no âmbito da teoria do delito consistiu, basicamente, na formulação de um sistema de imputação capaz de dotar de um certo nível de segurança jurídica as soluções propostas pelo Estado para a solução do dilema que constitui a prática delitiva.”²⁴ E, antecipando-se na apresentação da metodologia por ele adotada, afirma que para apresentar o sistema de imputação que se ocupa da atribuição de responsabilidades penais em face das práticas delitivas, não é necessário o uso da terminologia técnica, de modo a permitir a sua fácil compreensão por parte e qualquer um.²⁵

Mais adiante, seguindo os postulados concebidos por Vives Antón,²⁶ aponta Paulo César Busato que o Direito Penal é produto do processo de comunicação de sentido estabelecido em um modelo hermenêutico pragmático.²⁷ Neste contexto, os conceitos são determinados pelo sentido que lhe dão as regras segundo as quais se lhe interpreta. Daí que é apresentada proposta de organização da teoria do delito a partir do sistema significativo.²⁸

²² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, *op. cit.*, p. 27.

²³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 28.

²⁴ *Direito Penal - Parte Geral*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2015, p. 207.

²⁵ BUSATO, Paulo César, *op. cit.*, p. 207.

²⁶ BUSATO, Paulo César, *op. cit.*, p. 260.

²⁷ *Idem*, p. 257.

²⁸ *Ibidem*, p. 257.

Em realidade, ainda que a gramática do delito seja uma só, vários são os sentidos e compreensões que lhes dão os intérpretes do Direito, sendo certo que este produto está inacabado e permanece em constante aperfeiçoamento.

As diferentes interpretações realizadas pelas várias metodologias da ciência jurídico-penal, tem o poder de estabelecer a reflexão sobre cada um dos elementos componentes do delito, e conseqüentemente de aperfeiçoá-los, senão impulsioná-los a se aproximarem da realidade social.

3 CARACTERIZAÇÃO DO DELITO ECONÔMICO

O transporte de regulações e interesses econômicos para o âmbito penal, atendendo à política criminal, elevando-os à categoria de “bem jurídico difuso”, em realidade pretende alcançar com isto cotas maiores de sua proteção e salvaguarda. Espera-se com o agigantamento econômico do Direito Penal que este obtenha eficiência na prevenção de ilícitos. Esta abrupta expansão traduz-se pela “administrativização” do Direito Penal, já observada pela doutrina como instrumento do poder punitivo para reforçar o cumprimento de obrigações públicas.²⁹ Não que o cumprimento das normas administrativas sejam desprovidas de eficácia, notadamente quando trazem junto a si sanção estatal em caso de seu inadimplemento, o que por si só seria suficiente para garantir o seu cumprimento.

Contudo, e neste aspecto, reforça-se o argumento de que a lei penal incriminadora de necessário complemento, que tradicionalmente lhe é dado por conteúdo administrativos, estes no mesmo instante que a completam ganham o *status* de instrumento de confirmação da vigência.

Ainda, “Law and Economics” no Direito Penal, e o emprego de técnicas de análise custo-benefício na elaboração de tipos penais, complementos administrativos às normas penais em branco, harmonizam-se

²⁹ Entre outros: Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal, Parte Geral*. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 72; 458 e 460. Sobre o tema, discorre o autor que “com a simbólica criminalização de *situações sociais problemáticas* nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais *simbólicas*, com o efeito perverso de subordinar direitos humanos a exigências de funcionalidade do sistema econômico, tributário etc, como denunciava BARATTA” (Itálico no original).

com as perspectivas teleológicas ou funcionalistas.³⁰ Mas não é só. Essa análise recai, também, sobre a pena, no sentido em que o sujeito, em tese, dispõe-se a cometer um fato delitivo se a sanção cabível for inferior aos benefícios econômicos esperados com a realização da conduta, o que denominam os criminólogos de teoria do comportamento racional. Neste contexto, o delito é um “malum actionis”, é um ato ineficiente que traz custos sociais importantes não compensados, e por isto deve a sociedade neutralizá-lo a fim de alcançar a eficiência, o que evidencia o caráter preventivo do Direito Penal.

Por assim dizer, sustenta a política criminal que o sistema jurídico ao estabelecer a pena para o delito econômico deve impor custos adicionais a garantir que este seja superior aos possíveis benefícios obtidos com a sua realização. Daí reconhecer-se a função utilitarista do Direito Penal Econômico e conseqüentemente estabelecer-se o conflito entre o cálculo custo-benefício com os princípios de liberdade, dignidade, proporcionalidade e de *ultima ratio*.

Sobre o tema, tem-se que a análise econômica do Direito Penal supõe a adoção de uma perspectiva consequencialista e orientada às ciências sociais na análise dos fenômenos jurídico-penalmente relevantes.

4 AO FLEXIBILIZARMOS OS DOGMAS DA TEORIA DO DELITO CAMINHAMOS PARA A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA?

Especialmente após a segunda guerra mundial, quando já se tinham construídos os fundamentos da teoria do delito, observamos o desenvolvimento da economia e a multiplicação de empresas. Junto a esta percepção, novos interesses foram considerados objetos de proteção jurídica, inclusive pelo Direito Penal. Com isto observamos o reconhecimento de bens jurídicos difusos, e junto a eles a necessidade de assegurar condições básicas de proteção, dentre eles a ordem econômica.

Percebeu-se, também, a possibilidade de ações individuais causarem grandes prejuízos não só ao patrimônio pessoal dos indivíduos, mas

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc/mes 1. Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 95.

também ao próprio Estado. Tem-se assim que a empresa passou a obter um papel de grande relevância na economia dos países.

Ainda no âmbito da rápida modernização, além da consolidação dos novos interesses sociais de necessária proteção, houve a aparição de novos sujeitos ativos e novas formas de comportamento, que em verdade toda esta gama de novas situações não existiam quando foram criadas as categorias do delito. No bojo deste cenário, e em pronto atendimento aos anseios de uma política criminal intervencionista e punitivista, novos tipos penais foram criados pelo legislador, sem contudo levar em consideração os princípios penais extraídos da figura do Estado Democrático de Direito, como também não observaram as bases metodológicas da teoria do delito. Daí hoje em dia discutirmos a legitimidade ou não do Direito Penal para regular toda esta trama de novas situações.

Como posto, a legislação dos países foi marcada com a inclusão de tipos penais relacionados com a atividade econômica e com a empresa, neles podendo se verificar o distanciamento com a efetiva lesão, para em seu lugar antecipar-se a tutela penal, agora para conformar-se apenas com a simples colocação ou exposição do interesse para reconhecer-se a consumação do tipo penal.

Paralelamente à inclusão despreocupada de tipos penais especiais na legislação penal desprovidos de obediência ao sistema do delito, coube inicialmente à doutrina, e posteriormente à jurisprudência, proceder à hermenêutica necessária a fim de fazer-se cumprir a lei, ainda que conquistas dogmáticas fossem postas em segundo plano de importância, se não abandonadas, tal como se verifica no que tange ao descarte do princípio *societas delinquere non potest*.

Em abreviada síntese, é correto dizer que o Direito Penal econômico ou empresarial apresenta novos problemas para uma já tradicional teoria do delito, o que indiscutivelmente estabelecerá tensões no reconhecimento de cada um dos seus institutos, e por conseguinte distorções ou incongruências na aplicação do Direito, o que exigirá grandes esforços da doutrina e da jurisprudência na busca de uma aplicação racional e demonstrável do Direito Penal.

Seguindo, e encontrando-se o Direito Penal econômico em manifesta evidência, vários temas ganham atenção da doutrina, dentre eles a

necessidade ou não de criação de uma teoria do delito voltada às particularidades e características econômicas, de modo a posicionar o Direito Penal Econômico como subsistema, e a partir disto ter um conjunto de estruturas e princípios de imputação do fato delitivo econômico.

Nesta esteira, e no que tange à imputação jurídico-penal no marco de estruturas complexas, a exemplo do que ocorre no interior de algumas pessoas jurídicas, dada a complexidade da organização, sustentam alguns, há dificuldade de identificar as pessoas físicas que atuam por detrás da pessoa jurídica.

A título de comparação, frente a dificuldades desta natureza, optou o sistema anglo-saxão por atribuir responsabilidade penal à própria pessoa jurídica, bastando para a imputação jurídico-penal que “ela” tenha causado materialmente o fato.

Aproxima-se, portanto o sistema do “*versare in re illicita*”, versão canônica moderada da responsabilidade pelo resultado, reconhecida como “*strict liability*”, entre nós comumente chamada de responsabilidade objetiva.

No que tange ao Direito Civil ou ao Direito Ambiental, a atribuição objetiva de responsabilidade não encontra as mesmas barreiras estabelecidas naquela que seria a sua aplicação no âmbito penal. Isto porque a imputação subjetiva não possui função de retribuição ético-jurídica, tampouco de efetiva prevenção. Mas apenas de compensação econômica pela causação do dano ou reparação do dano.

Destarte, entre nós, seguidores do *civil law*, nota-se crescente adesão a esta possibilidade de imputação em manifesto prejuízo do princípio da responsabilidade individual. A porta de instalação deste novo modelo persecutório surgiu com a promulgação da Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais. Mais recentemente, nota-se que há forte movimento de política criminal objetivando a ampliação do rol de hipóteses de verificação da imputação penal às pessoas jurídicas, agora para incluir precisamente a prática de crimes econômicos e tributários.

5 ALTERNATIVA FUNCIONALISTA PARA A IMPUTAÇÃO PENAL?

Noutros termos, para o novo modelo, independe para fins de responsabilidade penal se todos os membros da sociedade intervirem na realização do delito. Para tanto, surgem duas possibilidades: ao proceder-se a imputação penal à pessoa jurídica, em se considerando que ela ontologicamente não pode agir por si mesma, isto supõe imputar-lhe o que lhe fez alguma pessoa física. Uma segunda possibilidade, é imputar o fato a todos os membros da pessoa jurídica, o que confirmaria em quaisquer das possibilidades o caráter coletivo da responsabilidade das pessoas jurídicas.

Para Mir Puig, a imputação jurídico-penal se fundamenta nos princípios valorativos da nossa cultura jurídica, contrários a imputar a alguém o que não realizou, tampouco devia impedir.³¹ Não obstante a isto, reconhece o autor que estes princípios não devem impedir a evolução dos pressupostos de imputação, de modo a permitir a sua adaptação às exigências de uma sociedade complexa. Isto porque a estreita vinculação da imputação à conduta imediatamente lesiva, característica do Direito Penal tradicional, se apresenta como inadequada frente às novas formas de criminalidade, como as verificadas através da utilização de estruturas organizacionais complexas. Porque nestas rege a separação entre ação e responsabilidade, o que quer dizer que quem atua, ou seja, quem realiza os últimos atos não é o responsável, e quem é o responsável, normalmente não atua. Ou seja, quem tem competência para tomar as decisões não é quem as executa e vice-versa.

Logo, o critério de execução imediata do fato delituoso, que tradicionalmente indicava o ponto de partida para a definição da autoria, agora é falho e não serve mais. Assim, a imputação dependerá de quem seja a pessoa responsável do âmbito a que corresponda o fato. Neste aspecto, sustenta-se com amparo nas lições de Jakobs, que o fato deve imputar-se ao sujeito competente conforme o âmbito de organização a que pertença, em obediência aos papéis que cada individuo desenvolva. Isto porque,

³¹ MIR PUIG, Santiago. La imputación en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho desarrollado. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Op. cit., p. 389.

cada indivíduo integrante de uma empresa de certa complexidade, ou até mesmo na administração pública, tem que cumprir o papel que lhe é destinado e que está previamente formalizado, e isto gera determinadas expectativas, cujo descumprimento dá lugar a frustrações.

Nesta estrutura, conseqüentemente, ganham especial dimensão as figuras da autoria mediata e da comissão por omissão. Pela autoria mediata, na hipótese de delegação da execução do comportamento para o subordinado que atue sob erro (desconhecedor da situação), ou não. No que tange à comissão por omissão, verificável na hipótese em que o sujeito competente se limitou a não impedir a atuação incorreta, consciente ou não, do subordinado. Como também na hipótese de caso não se lograr provar a intervenção ativa do superior hierárquico competente, se constata a ausência do dever de evitação por parte do mesmo, o que consolida a sua posição de garante.

5 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO DELITO ECONÔMICO

O Direito Penal econômico traz junto a si um conjunto crescente de particularidades que o afastam da teoria do delito tradicional concebida para atribuir responsabilidade penal à pessoa natural e promover a tutela de bens jurídicos individuais. Dentre outras características, sobressaem a quantidade significativa de regulação extrapenal, o que expande a importância acessória, acarretando a proliferação de tipos penais abertos, dependentes de complementos infralegais e elementos normativos do tipo. Também por isto os postulados para a configuração de uma teoria do delito apta ao enfrentamento econômico parte da normatização dos seus elementos.

Diante da multiplicidade de novas situações desde o âmbito econômico, obriga-se a dogmática penal a reconstruir as suas teorias para poder atribuir responsabilidade penal ante a ocorrência de um evento lesivo ao bem jurídico protegido. Neste aspecto, as teorias normativas contribuem com a “modernização da teoria do delito”, ao construir equivalentes funcionais das estruturas clássicas, de modo a ampliar o alcance das categorias e elementos do delito.

Neste aspecto, ganham especial importância no seio econômico os delitos de infração de dever, de perigo, formais e os delitos de omissão, doloso e imprudente, através da elaboração de posições de garantia de base organizativa ou empresarial, além do debate entorno do reconhecimento ou não da posição ocupada pelo *compliance officer* como de garante para fins penais.

Ainda, tem-se a dizer que o dolo eventual é cada vez mais determinante na construção da imputação subjetiva, em razão de os tipos penais econômicos prescreverem punibilidade em regra apenas às condutas dolosas.

Também fruto da supremacia normativista presente na teoria do delito, constatamos o abandono, senão a relativização dos estados mentais. Com isto opera-se a imputação dolosa ainda que impossível constatar o estado mental de conhecimento da situação pelo sujeito, sempre e quando possa imputá-lo pelo fato de que deveria tê-la conhecido, não obstante não a conheceu em razão de ter-se posto nesta situação por ação ou omissão. E nos referimos à cegueira deliberada, acolhida crescentemente pela jurisprudência para reconhecimento da responsabilidade penal, mormente da econômica e da tributária.

Com propriedade afirma Silva Sánchez, a existência de uma tensão entre a teoria do delito de origem alemã com os casos de Direito Penal econômico. E isto porque a dogmática da teoria do delito não pretendeu apenas levantar um edifício teórico coerente, isento de contradições no plano abstrato. Pelo contrário, teve sempre em conta o caso concreto e a sua demanda de resolução. Neste sentido, não quis subtrair-se à tensão consubstancialmente existente entre o pensamento sistemático e o pensamento tópico.³²

Assinala Silva Sánchez que diante da nova realidade determinados conceitos do sistema vão se decompondo em subconceitos de inferior nível de abstração com o fim de encontrar-se com o grupo de casos, e assim poder explicá-los. Estes grupos de casos, em verdade, são aqueles oriundos de reformas e inovações legais, daí surgindo a dúvida acerca de quantos níveis de abstração decrescente tolera um sistema sem deixar de

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid : La Ley, 2013, pp. 34 e 35.

perder a referência sistemática e cair nos casuísmos. Isto é, ante a inovação, surge a necessidade de modificar-se a configuração teórica de uma instituição dogmática tão logo esta enfrente o obstáculo.³³

Tomando-se por base as estruturas organizadas típicas das empresas, como apontado acima, opera-se uma dissociação entre ação e responsabilidade, onde normalmente o executor direto do tipo penal é um subordinado, que se encontra em posição de inferioridade ou dependência, sobrevivendo coação ou até mesmo o erro, enquanto o superior hierárquico mantém-se longe da realização do tipo. Ademais, apura-se também que a capacidade de decisão que seria requisito importante para o reconhecimento da autoria delitiva, encontra-se compartilhada entre sujeitos distintos, ainda que integrantes do mesmo grupo organizado, o que também refletiria na atribuição do dolo do sujeito e igualmente na sua culpabilidade.

De qualquer modo, a imputação é um juízo e por isto está disposto a valorações de cada momento cultural. Sobre isto, o desenvolvimento histórico da teoria do delito é marcado por constantes alterações e reconstruções dos seus conceitos, não se podendo dizer agora que foi a tutela da ordem econômica quem impôs mais esta reconstrução “inérita”, que aponta a doutrina tratar-se de expansão dos conceitos. Por isto adverte Silva Sánchez, que historicamente a dogmática da teoria do delito continuamente permitiu reconstruir seus institutos para alcançar novas situações legais merecedoras de pena, mediante esforço de interpretação teleológica. Portanto, para ele, a questão não é a expansão ou não de um determinado elemento do delito, mas sim a razoabilidade ou não desta expansão.³⁴

6 É A TEORIA DO DELITO TRADICIONAL SUFICIENTE PARA IMPOR-SE AOS CRIMES ECONÔMICOS?

Ao lecionar sobre a dogmática jurídica e a política criminal, apontou Antonio Luís Chaves Camargo, que elas estão unidas e com apoio nos princípios constitucionais, se destinam a cumprir os objetivos de rea-

³³ SILVA SÁNCHEZ. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial, *op. cit.*, p. 35.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial, *op. cit.*, p. 41.

firmação dos valores vigentes, não só para a escolha dos instrumentos capazes de obstacularizar a criminalidade nos limites das garantias constitucionais, mas também colaborar para a construção da norma futura.³⁵

A resposta à indagação de se a teoria do delito é suficiente para impor-se aos casos envolvendo crimes econômicos não pode ser definitiva neste momento, especialmente a se considerar que ao lado da imputação jurídico-penal do empresário, há ainda a hipótese de atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, hoje limitada aos crimes ambientais elencados na Lei 9.605/98. Porém, nada impede que em atendimento às exigências provenientes da política criminal, o rol não seja ampliado através de uma apenada do legislador para alcançar outros crimes econômicos e tributários.

Portanto, é preciso distinguir a questão envolvendo a pessoa natural e a pessoa jurídica, eis que suas naturezas são absolutamente distintas, a se considerar por primazia que apenas a primeira é titular de autodeterminação, enquanto inegavelmente à segunda, a responsabilidade é coletiva.

Particularmente à pessoa jurídica, diversas teorias apresentam fundamentação para a sua culpabilidade. Entretanto, no que diz respeito à imputação dos tipos objetivo e subjetivo, à imputação pela prática do crime tentado, eventuais causas justificantes e exculpantes, concurso de pessoas etc., ainda padecemos de um enorme vazio de debate e longo caminho a percorrer.

Neste contexto e tendo por finalidade homenagear o professor René Ariel Dotti quando da celebração dos seus 55 anos de atuação profissional, pretendi demonstrar que no Direito brasileiro há o emprego da presunção do dolo, ou *dolus in re ipsa*, em desfavor da pessoa jurídica quando da sua imputação pela prática do crime ambiental.³⁶ E em ampla consulta aos diferentes Tribunais do país não logrou-se êxito em compreender a formatação do tipo subjetivo imputado à pessoa jurídica.

³⁵ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo : Cultural Paulista, 2002, p. 168.

³⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula Machado. *Dolus in re ipsa e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do prof. dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 733-755.

Por assim dizer, firma-se o entendimento de que a dogmática funcionalista dispõe de instrumentos teóricos para mostrar as soluções adequadas aos casos do âmbito empresarial, portanto, sem abandono da teoria do delito, porém obrigando-lhe a proceder à uma significativa evolução para poder compreender as mais distintas e diferentes situações. Trata-se, portanto, da necessidade de proceder à evolução da teoria do delito, e assim ela seguirá como indispensável instrumento para a interpretação dos fenômenos do Direito Penal econômico.

No que tange à pessoa jurídica, o sistema de delito tal como o conhecemos é insuficiente até aqui para organizar, sistematizar e tornar legítima e suficientemente demonstrável a imputação penal à pessoa jurídica, ainda que alguns modelos normativistas, tais como o construtivista e o da linguagem, afirmem tal capacidade .

REFERÊNCIAS

- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2015.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo : Cultural Paulista, 2002.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 11, São Paulo : RT, 1995.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo : RT, 2002.
- FRISTER, Helmut. *Derecho penal – Parte general*. Tradução da 4ª edição alemã a cargo de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires : Hammurabi, 2011.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Crise do Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 765, São Paulo : RT, julho de 1999.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Dolus in re ipsa e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do prof. dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro : GZ Editora, 2016.

MIR PUIIG, Santiago. La imputación en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho desarrollado. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Segundo volume. Universitat de Valencia, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, Parte Geral*. 9. ed. Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2020.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. *Direito Penal econômico – Administrativização do Direito Penal, Criminal Compliance e outros temas contemporâneos*. Coord. Fábio André Guaragni e Marion Bach. Org. Fernando Martins Sobrinho. Londrina : Thoth Editora, 2017, p. 153.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49, Fasc/mes 1. Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid : La Ley, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Madrid : La Piqueta, 1999.

TAVARES, JUAREZ. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018.



CRIMES DE MINERAÇÃO NO BRASIL: REGULAÇÃO, FISCALIZAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

FELIPE EDUARDO HIDEO HAYASHI¹



RESUMO

A Constituição Federal brasileira dispõe que os recursos minerais são propriedade distinta da do solo e pertencem à União. A pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, nos termos das leis e dos atos normativos vigentes. A conduta de explorar recursos minerais de forma clandestina ou em desconformidade com as normas configura ilícitos de natureza administrativa, civil e penal, e sujeita o infrator não apenas a sanções pecuniárias, como, inclusive, à prisão em flagrante delito, sem prejuízo da paralisação da atividade ilegal e da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente e à União. O presente estudo tem como escopo apontar brevemente as bases legais da mineração no Brasil, os regimes de aproveitamento de recursos minerais, a competência da Agência Nacional de Mineração e da Polícia Federal, as consequências legais para os que violarem as normas vigentes e a investigação criminal dos crimes de mineração. Objetiva, por fim, estimular a cultura de conformidade e de respeito ao meio ambiente em importante segmento da atividade econômica brasileira.

Palavras-chave: Crimes Ambientais; Minérios; Meio Ambiente; Usurpação de Bem Mineral da União; Lei 8.176/91.

¹ Professor de Compliance e Direito Penal Econômico da FAE Business School de Curitiba. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Delegado de Polícia Federal. Chefe da Delegacia de Repressão a Crimes Contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Histórico da Superintendência Regional da Polícia Federal no Paraná. Ex-Diretor do Departamento de Justiça do Estado do Paraná. Ex-Chefe da Delegacia de Repressão a Corrupção e Crimes Financeiros no Paraná. Ex-integrante da Operação Lava Jato. E-mail: felipehayashi@gmail.com.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Atividade de Mineração no Brasil em Números; **3.** Bases Legais da Mineração Brasileira e Regimes de Aproveitamento; **4.** Competência da Agência Nacional de Mineração; **5.** Crimes de Mineração e Investigação pela Polícia Federal; **6.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira dispõe que os recursos minerais são propriedade distinta da do solo e pertencem à União. A pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, nos termos das leis e dos atos normativos vigentes. A conduta de explorar recursos minerais de forma clandestina ou em desconformidade com as normas configura ilícitos de natureza administrativa, civil e penal, e sujeita o infrator não apenas a sanções pecuniárias, como, inclusive, à prisão em flagrante delito, sem prejuízo da paralisação da atividade ilegal e da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente e à União.

O presente estudo tem como escopo apontar brevemente as bases legais da mineração no Brasil, os regimes de aproveitamento de recursos minerais, a competência da Agência Nacional de Mineração e da Polícia Federal, as consequências legais para os que violarem a normativa vigente e a investigação criminal dos crimes de mineração. Objetiva, por fim, estimular a cultura de conformidade e de respeito ao meio ambiente em importante segmento da atividade econômica brasileira.

2 ATIVIDADE DE MINERAÇÃO NO BRASIL EM NÚMEROS

Segundo o informe mineral do segundo semestre do ano de 2019 da Agência Nacional de Mineração do Brasil - ANM, o segmento de mineração teve crescimento real de 31,4% apenas em relação ao primeiro semestre de 2019 e atingiu a marca de 83,1 bilhões de reais de valor de produção mineral.

O Indicador da Produção Mineração (IPM) revelou elevação expressiva de 37,6% no nível de preços do setor, puxado pela alta do preço

do minério de ferro, que resultou no crescimento do valor de produção mineral de 20,4% em relação ao 2º semestre de 2018 e de 34,1% na comparação com o 1º semestre de 2019.²

Dados de comércio exterior do setor mineral, por sua vez, indicaram que o preço médio das exportações de minério de ferro entre os dois semestres (2º/2019 e 2º/2018) subiu, em dólares, 30,6% (de US\$ 52,4 para US\$ 68,4).

O Brasil exportou no segundo semestre de 2019 mais de US\$ 18,6 bilhões de dólares em minérios, especialmente ferro (69,2%), ouro (10,7%) e cobre (6,4%), cujo maior consumidor foi a China, representando 52,8%. E o país importou mais de US\$ 4,1 bilhões de dólares em minerais, principalmente do Canadá, da Rússia e dos EUA, sendo as substâncias potássio (48,5%) e carvão (30,5%) as duas principais importadas³.

Ainda de acordo com o informe da ANM, o mercado de trabalho nacional da indústria extrativa mineral teria tido no segundo semestre de 2019 aumento de 0,5%, com 208,9 mil novos registros de trabalhadores com carteira assinada, comparado ao semestre anterior. Esse mercado de trabalhadores celetistas integra os seguintes grupos de atividades econômicas, com exceção de petróleo e gás natural: a) extração de carvão mineral; b) extração de minério de ferro; extração de minerais metálicos não ferrosos; c) extração de pedra/areia/argila – inclusive a extração de ardósia, granito, mármore, calcário e dolomita, gesso e caulim, areia/cascalho/pedregulho, argila, saibro, basalto, além da extração e britamento de pedras e outros materiais para construção –; d) extração de outros minerais não metálicos – inclusive a extração de minerais para fabricação de adubos, fertilizantes e outros produtos químicos, a extração e refino de sal marinho e sal-gema, a extração de gemas e a extração de minerais não metálicos não especificados anteriormente (grafita, quartzo, amianto, talco, turfa, etc.) –; e) e atividades de apoio à extração de minerais.⁴

² AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Informe Mineral. Julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/dnprm/informes/informe-mineral-2019-2o-semester>. Acesso em: 16 ago. 2021.

³ Ferro, ouro, cobre, Ferronióbio, pedras naturais, revestimentos ornamentais, manganês, alumínio, caulim e outros.

⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Informe Mineral. Julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/dnprm/informes/informe-mineral-2019-2o-semester>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Por fim, o relatório da ANM aponta que houve arrecadação no 2º/2019 do montante de R\$ 2,42 bilhões de reais em Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), o royalty do setor mineral, valor nominal 16,0% maior do que a arrecadação do semestre anterior (1º/2019). No ranking das dez substâncias minerais com maior participação no total das receitas de CFEM figuram, além do minério de ferro (78,2%): ouro (4,6%), cobre (4,2%), alumínio (2,9%), calcário (1,9%), manganês (1,1%), fosfato (0,7%), água mineral (0,7%), granito (0,6%) e nióbio (0,5%).

As dez substâncias acima citadas representaram 95,5% de toda a arrecadação da CFEM no 2º/2019 e o valor da Taxa Anual por Hectare (TAH), a taxa cobrada anualmente por hectare durante a fase de pesquisa mineral, referente ao 2º/2019, foi de R\$ 36,6 milhões, redução de 7,5% em relação ao semestre imediatamente anterior (1º/2019). Essas são as principais receitas sob a administração da Agência Nacional de Mineração no Brasil.⁵

3 BASES LEGAIS DA MINERAÇÃO BRASILEIRA E REGIMES DE APROVEITAMENTO

A Constituição Federal brasileira dispõe que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens pertencentes à União e constituem propriedade distinta da do solo, nos termos do art. 20, inciso IX, e do art. 176, da Constituição Federal⁶, abaixo transcritos:

Art. 20. São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Informe Mineral. Julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/dnpm/informes/informe-mineral-2019-2o-semester>. Acesso em: 16 ago. 2021.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

Cabe à União, desse modo, autorizar ou conceder, respectivamente, a pesquisa e a lavra de recursos minerais a partir da regulação das modalidades legais ou regimes de aproveitamento e os seus respectivos procedimentos.

A principal base legal para tanto atualmente no Brasil é o Código de Mineração⁷, consubstanciado pelo Decreto-Lei 227/1967 que, nos termos do seu art. 3º, regula:

I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País;

II - o regime de seu aproveitamento, e

III - a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

A execução desse Código, de diplomas legais e atos normativos complementares⁸ e da política de minas e energia, por sua vez, é papel da Agência Nacional de Mineração - ANM, criada pela Lei 13.575/2017 – que extinguiu o antigo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM⁹.

Em 12 de junho de 2018, foi publicado o Decreto 9.406¹⁰, que regulamentou os citados Decreto-Lei 227/1967 – Código de Mineração – e a Lei 13.575/2017, bem como a Lei 6.567/1978, que dispõe sobre o regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais, e a Lei 7.805/1989, que cria o regime de permissão de lavra garimpeira.

Conforme o Guia do Minerador, disponibilizado pela Agência Nacional de Mineração, há várias modalidades legais ou regimes de aprovei-

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: ago. 2021.

⁸ No site da Agência Nacional de Mineração é possível acessar o índice cronológico ou remissivo da legislação brasileira nos seguintes links: https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/Ind_Cro.php e https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/Ind_Rem.php. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁹ BRASIL. *Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁰ BRASIL. *Decreto 9.406, de 12 de junho de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

tamento dos recursos minerais no Brasil previstos no art. 2º do Código de Mineração, a depender do tipo de substância mineral, do grau de dificuldade de seu aproveitamento, do destino da produção e de aspectos sociais.¹¹

De acordo com o art. 13 do Decreto regulamentador 9.406/2018¹², os regimes são (i) de concessão; (ii) de autorização; (iii) de licenciamento; (iv) de permissão de lavra garimpeira; (v) de monopolização:

I - regime de concessão, quando depender de Portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia ou quando outorgada pela ANM, se tiver por objeto as substâncias minerais de que trata o art. 1º da Lei nº 6.567, de 1978 ;

II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará pela ANM;

III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença na ANM;

IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de permissão expedida pela ANM; e

V - regime de monopolização, quando, em decorrência de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Poder Executivo federal.

Para todos esses regimes deve-se obter título que credencie seu possuidor ao aproveitamento do recurso mineral. E a legislação mineral prevê a possibilidade de obtenção de autorização de pesquisa, por meio de alvará de pesquisa, com validade de 1 a 3 anos, cujo extrato será publicado no Diário Oficial da União e o teor transcrito em registro da ANM, admitida uma prorrogação.

O alvará de pesquisa não confere o direito ao aproveitamento econômico do bem mineral, e sim a visa definir a jazida, sua avaliação e determinar a exequibilidade do seu aproveitamento econômico, con-

¹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Guia do Minerador*. Disponível em: <https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/Guia/indice.php>. Acesso em: 17 ago. 2021.

¹² BRASIL. *Decreto 9.406, de 12 de junho de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

forme o art. 14 do Código de Mineração. O art. 22, § 2º, do Código de Mineração, no entanto, admite, em caráter excepcional, a extração de substâncias minerais em área titulada, antes da outorga da concessão de lavra, mediante prévia autorização da ANM, observada a legislação ambiental pertinente, por meio da emissão de Guia de Utilização.

No art. 104 e seguintes da Consolidação Normativa do DNPM constam os elementos para o requerimento da Guia de Utilização e o art. 107 destaca que a sua eficácia ficará condicionada à obtenção de licença ambiental ou documento equivalente, que deverá mencionar a(s) substância(s) contempladas pela Guia de Utilização, estar no nome do titular da Guia de Utilização, e ter validade compatível com a Guia de Utilização.¹³

Para todos os regimes de aproveitamento de recursos minerais, a obtenção dos títulos requer a apresentação de licenças ambientais emitidas pelos órgãos estaduais de meio ambiente, conforme a circunscrição do empreendimento. Os procedimentos para tanto estão previstos nas Resoluções 09/1990¹⁴ e 10/1990¹⁵ do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. A primeira trata do licenciamento ambiental em áreas sob os regimes de autorização e concessão e a segunda versa sobre o licenciamento ambiental para o regime de licenciamento.

4 COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO

A Agência Nacional de Mineração – ANM é integrante da Administração Pública federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

¹³ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Consolidação Normativa do DNPM*. Disponível em: https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/CN_DNPM.htm#Art._103. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *RESOLUÇÃO CONAMA nº 9, de 6 de dezembro de 1990*. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=106. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *RESOLUÇÃO CONAMA nº 10, de 6 de dezembro de 1990*. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=107. Acesso em: 29 ago. 2021.

A ANM tem como finalidade promover a gestão dos recursos minerais da União, bem como a regulação e a fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais do país.

São inúmeras as suas atribuições previstas no art. 2º da Lei 13.575/2017¹⁶, mas se pode destacar algumas delas para fins desse estudo abaixo listadas:

- (i) “estabelecer normas e padrões para o aproveitamento dos recursos minerais, observadas as políticas de planejamento setorial definidas pelo Ministério de Minas e Energia e as melhores práticas da indústria de mineração”;
- (ii) “estabelecer os requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos a serem atendidos pelos interessados na obtenção de títulos minerários”;
- (iii) “regulamentar os processos administrativos sob sua competência, notadamente os relacionados com a outorga de títulos minerários, com a fiscalização de atividades de mineração e aplicação de sanções”;
- (iv) “emitir o Certificado do Processo de Kimberley, de que trata a Lei nº 10.743, de 9 de outubro de 2003, ressalvada a competência prevista no § 2º do art. 6º da referida Lei”;
- (v) “fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos delas decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso”;
- (vi) “regular, fiscalizar, arrecadar, constituir e cobrar os créditos decorrentes: a) da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), de que trata a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; b) da taxa anual, por hectare, a que se refere o inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração); e c) das multas aplicadas pela ANM”;

¹⁶ BRASIL. *Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113575.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

- (vii) “expedir os títulos minerários e os demais atos referentes à execução da legislação minerária, observado o disposto no art. 3º desta Lei”;
- (viii) “decidir requerimentos de lavra e outorgar concessões de lavra das substâncias minerais de que trata o art. 1º da Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978”;
- (ix) “declarar a caducidade dos direitos minerários, cuja outorga de concessões de lavra seja de sua competência”;
- (x) “estabelecer normas e exercer fiscalização, em caráter complementar, sobre controle ambiental, higiene e segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores”;
- (xi) “normatizar e reprimir as infrações à legislação e aplicar as sanções cabíveis, observado o disposto nesta Lei.”

Nos termos do Decreto 9.587/2018, a ANM possui hoje estrutura organizacional composta por: Diretoria Colegiada, Gabinete do Diretor-Geral, Secretaria-Geral, Procuradoria Federal Especializada, Ouvidoria, Auditoria Interna, Corregedoria, Superintendências e Unidades Administrativas Regionais.¹⁷

A sede e foro da ANM é em Brasília/DF e sua atuação se dá em todo o território brasileiro, especialmente pela atuação de Gerências Regionais situadas em: Maceió – Alagoas, Manaus – Amazonas, Macapá – Amapá, Salvador – Bahia, Fortaleza – Ceará, Vitória – Espírito Santo, Goiânia – Goiás, São Luís – Maranhão, Belo Horizonte – Minas Gerais, Campo Grande – Mato Grosso do Sul, Cuiabá – Mato Grosso, Belém – Pará, Campina Grande – Paraíba, Recife – Pernambuco, Teresina – Piauí, Curitiba – Paraná, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Natal – Rio Grande do Norte, Porto Velho – Rondônia, Boa Vista – Roraima, Porto Alegre – Rio Grande do Sul, Florianópolis – Santa Catarina, Aracaju – Sergipe, São Paulo – São Paulo e Palmas – Tocantins.¹⁸

¹⁷ BRASIL. *Decreto 9.587, de 27 de novembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9587.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Composição*. Disponível em: https://www.gov.br/anm/pt-br/composicao/copy_of_gerencias-regionais. Acesso em: 29 ago. 2021.

5 CRIMES DE MINERAÇÃO E INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA FEDERAL

Como observado, por força de mandamento constitucional, os recursos minerais são bens da União. Nesse sentido, a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, nos termos das leis e atos normativos vigentes.

A tipificação penal da conduta de explorar bens minerais da União sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações constantes do título autorizativo está prevista no art. 2º da Lei 8.176/1991, que versa sobre os crimes contra a ordem econômica. A pena prevista para este crime é de detenção de 1 a 5 anos e multa.

Incorrerá na mesma pena quem, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar bens minerais da União obtidos ilegalmente ou produtos decorrentes. Abaixo se transcreve o tipo penal em comento:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2º No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

§ 3º O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional (BTN).

Ocorre que a gravidade da conduta de explorar ilegalmente recursos minerais decorre não apenas da usurpação do patrimônio da União e dos prejuízos causados ao equilíbrio do mercado e à arrecadação fiscal,

mas, especialmente, do potencial impacto que a atividade ilícita pode gerar ao meio ambiente.

Cabe ressaltar que o exercício regular da atividade de mineração implica responsabilidade do minerador pela recuperação ambiental das áreas degradadas, a teor do disposto no §2º do art. 5º do Decreto 9.406/2018.

Nesse contexto, a Lei de Crimes Ambientais 9.605/98 também tipificou no seu art. 55 a conduta de se executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a devida autorização, permissão, concessão ou licença, ou caso a atividade seja desenvolvida em desacordo com a que lhe fora concedida. A pena prevista é de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

Ainda, na mesma pena incorrerá aquele que deixar de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente. A seguir se transcreve o tipo penal:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

Por se tratarem de bens jurídicos diversos protegidos pelo legislador – a ordem econômica e o meio ambiente –, a conduta de mineração irregular sujeitará o infrator à responsabilidade criminal pelos dois crimes supramencionados, em concurso formal, e a competência para processar tais crimes é da Justiça Federal. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] O artigo 55 da lei dos Crimes Ambientais tipifica a execução, lavra ou extração de recursos *minerais* sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida. Por outro lado, o art. 2º, caput, da Lei 8.176/91 reza que: “constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de *usurpação*, produzir *bens* ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal

ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. “ Abro aqui um parêntese para transcrever o art. 20, IX da Carta Magna de 1988, o qual esclarece que recurso *mineral* é um dos *bens* da União. Confira-se: “Art.20. São *bens* da União: (. . .) IX -os recursos minerais, inclusive os do subsolo” Da leitura dos indigitados dispositivos, extrai-se que, enquanto o art. 55 define crime ambiental, o art. 2º protege interesse patrimonial da União. Logo, protegem *bens* jurídicos distintos: Meio Ambiente e a Ordem Econômica; respectivamente. Diferentes os objetos dos preceitos incriminatórios, não há que se falar em conflito aparente de normas.[...] HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO DE OURO. INTERESSE PATRIMONIAL DA UNIÃO. ART. 2º DA LEI N. 8.176/1991. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 55 DA LEI N. 9.605/1998. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO APARENTE DE NORMAS. AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Como se trata, na espécie vertente, de concurso formal entre os delitos do art. 2º da Lei n. 8.176/1991 e do art. 55 da Lei n. 9.605/1998, que dispõem sobre bens jurídicos distintos (patrimônio da União e meio ambiente, respectivamente), não há falar em aplicação do princípio da especialidade para fixar a competência do Juizado Especial Federal. 2. Ordem denegada. (habeas corpus 111762, relatado pela ministra Cármen Lúcia na Segunda Turma, acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de dezembro de 2012) (RE 802001, Rio Grande do Norte, Recurso Extraordinário, Relator Min. Marco Aurélio, 16.12.2016).¹⁹

A Polícia Federal, enquanto polícia judiciária da União, é o órgão que detém atribuição para investigar os crimes mencionados, a teor do disposto no inciso I, § 1º do art. 144 da Constituição Federal, pois se tratam de infrações penais que causam prejuízos à União. A atuação da Polícia Federal pode se dar mediante a instauração de inquérito policial por portaria ou auto de prisão em flagrante delito.

Caso seja flagrada a atividade de mineração ilegal, seja mediante fiscalização da ANM, de órgão ambiental ou da polícia militar ambiental, seja

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 802001, Rio Grande do Norte*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho705829/false>. Acesso em: 29 ago. 2021.

mediante diligências ou cumprimento de mandados de busca e apreensão pela polícia judiciária, caberá a prisão em flagrante delito dos envolvidos e a condução à Polícia Federal para os procedimentos legais cabíveis.

A ANM também poderá cautelarmente lavrar auto de paralisação e de interdição se constatar durante a fiscalização, por exemplo, a extração mineral sem título autorizativo de lavra ou fora da área determinada no título, a extração mineral realizada na fase de alvará de pesquisa ou requerimento de lavra, mas sem a guia de utilização, e a atividade de lavra sem licença ambiental vigente. Isso está previsto nos arts. 321 e 322 da Portaria 155, de 12 de maio de 2016, que aprovou a consolidação normativa do antigo DNPM.²⁰

Caberá a ANM ainda a aplicação contra o infrator de sanções administrativas de advertência, multa, multa diária, apreensão de minérios, bens e equipamentos, além da suspensão temporária, total ou parcial, das atividades de mineração. E ao Ministro de Estado de Minas e Energia a sanção de caducidade do título.

O infrator também estará sujeito a sanções administrativas pelo órgão estadual ambiental e ação de ressarcimento de danos na esfera cível a ser proposta pela Procuradoria Federal especializada junto à ANM.

Como se observa, a conduta de explorar recursos minerais de forma clandestina ou em desconformidade com as normas configura ilícitos de natureza administrativa, civil e penal, a sujeitar o infrator não apenas a sanções pecuniárias, como, inclusive, à prisão em flagrante delito, sem prejuízo ainda da paralisação da atividade ilegal e a reparação integral dos danos causados ao meio ambiente e à União.

Entende-se que para a persecução penal eficaz desse tipo de conduta que causa prejuízos não só ao patrimônio da União e ao meio ambiente, como também gera concorrência desleal e o não recolhimento de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, é relevante que seja flagrada a conduta de extração do minério em área não autorizada pela ANM, a viabilizar, como dito, a prisão em flagrante

²⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Consolidação Normativa do DNPM. TÍTULO V - DA PARALISAÇÃO E DA INTERDIÇÃO DAS ATIVIDADES DE MINERAÇÃO*. Disponível em: https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/CN_DNPM.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

delito de administradores e responsáveis que se encontrem no local dos fatos ou o seu posterior indiciamento.

O objetivo é evitar a impunidade daqueles que obtêm ganhos financeiros mediante a exploração mineral, provocam danos ao meio ambiente e ainda deixam de compensar financeiramente a União, sendo certo que fiscalizações e sanções impostas pela ANM serão insuficientes para gerar efeito preventivo geral sobre tais condutas. A repressão criminal, assim, destaca-se por ampliar o risco e diminuir a motivação e a oportunidade para o cometimento desses crimes.

O trabalho de polícia judiciária nessas modalidades de crimes guarda certa complexidade no que toca à constatação da ilegalidade da atividade de mineração *in loco*. Isso porque em alguns casos o proprietário ou detentor das áreas pode portar autorização para uma área, contudo, retira o minério justamente de outra que não é autorizada, ou seja, em desacordo com o seu título. Exige-se, assim, que além da informação da ANM sobre a não autorização para lavrar, os peritos federais identifiquem *in loco*, no terreno, se a extração está sendo feita em tal local desautorizado.

A casuística do delito de usurpação também traz inúmeras possibilidades e circunstâncias que exigem acuidade na apuração. Há casos em que o empresário pode apresentar licença ambiental, no entanto, carece do título para lavrar pela ANM, pois se tratam de procedimentos independentes. Também pode ocorrer a exploração mineral por pessoa jurídica diversa da do título autorizativo e sem a cessão jurídica de direitos de lavra em seu favor. E podem ser criados arranjos empresariais com o objetivo escusos diversos – como de sonegação de CFEM –, mediante confusão entre as atividades de extração e beneficiamento.

A equipe policial, assim, precisa colher e reunir elementos sobre qual pessoa jurídica está efetivamente realizando a extração mineral no local e quem são seus administradores e responsáveis para efeitos de eventual prisão em flagrante delito e responsabilização penal. Observa-se, nesse tocante, que a busca e a apreensão mostra-se importante instrumento para a obtenção de elementos de informação e provas aptos à comprovação da materialidade delitiva quanto à usurpação do bem mineral e a prática de crimes ambientais, bem como a identificação da autoria.

6 CONCLUSÃO

A mineração no Brasil é importante segmento da atividade econômica brasileira. Caso realizada em conformidade com as leis e os atos normativos vigentes, e especialmente com consciência e respeito ao meio ambiente, possui potencial de gerar bom desenvolvimento ao país mediante a ampliação da arrecadação fiscal e a criação de empregos formais, além de lucro para o empresário que pretende empreender em tal área.

O desempenho de tal atividade à margem da lei e de forma clandestina é pernicioso para toda a sociedade e afeta toda a cadeia produtiva, ao ocasionar danos à ordem econômica e ao meio ambiente, com impacto no equilíbrio do mercado e na arrecadação tributária, a configurar graves ilícitos de natureza administrativa, civil e criminal que ensejam a ação fiscalizatória e repressiva de órgãos de aplicação da lei.

Além de sanções impostas pela Agência Nacional de Mineração, como a de multa e inclusive a possibilidade de suspensão ou paralisação da atividade, bem como a responsabilização por meio de ação civil de ressarcimento de danos causados, aquele que extrai minérios ilegalmente comete o crime de usurpação de bem mineral da União previsto no art. 2º da Lei 8.176/91 em concurso formal com o crime ambiental previsto no art. 55, da Lei 9.605/98. Sujeito o infrator à prisão em flagrante delito, investigação e imputação criminal por meio de inquérito policial conduzido pela Polícia Federal e condenação mediante o devido processo penal a pena privativa de liberdade e multa.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Composição*. Disponível em: https://www.gov.br/anm/pt-br/composicao/copy_of_gerencias-regionais. Acesso em: 29 ago. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Consolidação Normativa do DNPM*. Disponível em: https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/CN_DNPM.htm#Art._103. Acesso em: 29 ago. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Consolidação Normativa do DNPM*. Título V - Da paralisação e da interdição das atividades de mineração. Disponível em: https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/CN_DNPM.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Guia do Minerador*. Disponível em: <https://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/Guia/indice.php>. Acesso em: 17 ago. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Informe Mineral*. Julho a dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/dnpm/informes/informe-mineral-2019-2o-semester>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto 9.406, de 12 de junho de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto 9.587, de 27 de novembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9587.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. *Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução CONAMA nº 9, de 6 de dezembro de 1990*. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisco-nama&task=arquivo.download&id=106. Acesso em: 29 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução CONAMA nº 10, de 6 de dezembro de 1990*. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisco-nama&task=arquivo.download&id=107. Acesso em: 29 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 802001, Rio Grande do Norte*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho705829/false>. Acesso em: 29 ago. 2021.



A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

LUIZ EDSON FACHIN¹

LUCAS NOGUEIRA ISRAEL²



RESUMO

Os crimes contra a humanidade são um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, mediante a prática de atos violentos contra a condição humana em sua dimensão coletiva. Os crimes contra humanidade não se submetem a limitações de prescrição em termos de repressão e punição. Essa é uma norma imperativa de direito internacional geral cuja aplicação independente da vontade dos Estados. A ratificação do Estatuto de Roma e da Convenção de Viena pelo Brasil, bem como a Constituição do País confirmam a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no contexto interno.

Palavras-chave: Crimes contra a humanidade; Imprescritibilidade; *Jus cogens*; Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados; Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Alma Mater*: Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: gabineteedsonfachin@stf.jus.br.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Magistrado Auxiliar de Ministro do STF. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Graduado em Direito pela mesma Universidade.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Crimes contra a humanidade: conceito e bem jurídico tutelado; **3.** A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e o Direito Internacional; **4.** A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a relação entre o Direito interno do Brasil e o Direito Internacional; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1 INTRODUÇÃO

O saudoso professor e advogado René Ariel Dotti — que se destacou na defesa da ordem democrática durante o regime militar que vigorou no Brasil entre 1964-1985 — no escrito intitulado “*Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo*”, rememora os anos em que vigorou no País “as práticas da violência institucionalizada e da degradação do sistema constitucional e legal vigentes”³. Período em que atos violentos, perpetrados mediante sérias violações de direitos humanos, partiram do Estado contra sua própria população civil e em seu próprio território.

Como recorda René Ariel Dotti, enquanto “nas ruas e nas praças ressonavam os *slogans* das marchas ‘das famílias, com Deus e pela liberdade’”, “nos porões e nas salas de tortura, ecoavam os sons dos gemidos e modelavam-se as máscaras dos tormentos físicos e espirituais”⁴.

Esse é o triste cenário — dentre outros ocorridos no curso da história — a revelar a dimensão e a importância do tema tratado no presente artigo, qual seja, a existência de possíveis limitações temporais para investigar, processar e julgar crimes praticados pelo Estado contra a dignidade do ser humano em sua extensão coletiva.

O artigo está dividido em três seções. A primeira cuida do conceito de crimes contra a humanidade e do bem jurídico tutelado por essas infrações. A segunda parte defende a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma imperativa do Direito Internacional. A terceira e última seção trata da imprescritibilidade dos crimes contra a humani-

³ DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo. *Revista de Informação Legislativa*. n.º 179, ano 45, Brasília, julho/setembro 2008, p. 192.

⁴ DOTTI, René Ariel. Ob. Cit., p. 192.

dade no contexto do Direito interno brasileiro em conexão com o Direito Internacional.

2 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: CONCEITO E BEM JURÍDICO TUTELADO

No epílogo de *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*, Hannah Arendt descreve o crime contra a humanidade como um crime “contra a condição humana”, um “crime contra a própria natureza do gênero humano”⁵ considerado em sua dimensão coletiva.

Em oposição ao crime comum, o crime contra a humanidade não é apenas um delito perpetrado contra o ser humano em particular; ele é sobretudo um crime contra a comunidade a qual esse indivíduo pertence. No crime contra a humanidade, a lesão à dignidade humana em sua extensão individual junta-se à dignidade humana em sua face coletiva. É, portanto, a “humanidade que se instala no estatuto de vítima”⁶, uma vítima especialmente única, na medida em que, diante das graves violações de direitos do ser humano compartilhados pela comunidade internacional, a lesão escapa ao direito interno.

Nessa direção, consoante assevera David Luban, os crimes contra a humanidade assuem duas enunciações: (i) eles violam a natureza do ser humano como animal político que vive em sociedade; (ii) eles “representam uma ameaça universal que toda a humanidade compartilha o interesse em reprimir”⁷.

A noção de crimes contra a humanidade tem sua gênese na *Clausula Martens* inserida na IV Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerra Terrestre de 1907. A Cláusula visava proteger a população civil contra violações da ordem jurídica por meio dos princípios do Direito Internacional, dos costumes e das leis da humanidade até que um Código de Guerra fosse elaborado:

⁵ ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*. Nova Iorque: Penguin Books, 1977, p. 268.

⁶ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 4, jul./dez. 2010, p. 217.

⁷ LUBAN, David. A Theory of Crimes Against Humanity. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 29: 85, 2004, p. 91.

Até que um Código mais completo das leis de guerra seja editado, as altas partes contratantes consideram conveniente declarar que, em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, os civis e beligerantes permanecem sob a proteção e sujeitos a princípios do Direito das gentes, **pois esses resultam dos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública.** (sem grifos no original)

A tipificação legal precisa, contudo, sobreveio com o Estatuto do Tribunal Penal Militar de Nuremberg. A seção 6, letra c, do referido Estatuto define como crimes contra a humanidade:

Homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos são cometidos ou tais perseguições são realizadas em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra.⁸

A definição contemplava duas linhas divisórias centrais: (i) crimes desumanos praticados contra uma população civil, como homicídio, escravidão, deportação; (ii) crimes praticados por motivações políticas, raciais ou religiosas. Os primeiros “englobam atos odiosos por sua crueldade”⁹. Por sua vez, para os segundos, “importam os motivos que negam traço peculiar do gênero humano: a diversidade”¹⁰. Esses crimes (i e ii) deveriam ser praticados em execução de um crime de guerra ou em conexão com um crime contra a paz ou crime de guerra.

O conceito de crimes contra a humanidade, muitas vezes, era associado com os crimes de guerra. Entretanto, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional em 1998, afastou essa associação ao diferenciar os crimes de guerra (art. 8^a) dos crimes contra a humanidade

⁸ Definições semelhantes a essa estiveram também presentes nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia, Ruanda e Tóquio.

⁹ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 135.

¹⁰ TRIPPO. *Ob. Cit.*, p. 135.

(art. 7º) e estender a competência do Tribunal também para os delitos cometidos em tempo de paz (art. 5º).

O Estatuto de Roma definiu os crimes contra a humanidade nos seguintes termos (art. 7º, item 1):

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Conforme o Estatuto de Roma, o crime contra a humanidade reclama a presença de elementos normativos de natureza objetiva e subjetiva. Os elementos objetivos são: (i) a prática de ato(s) desumano(s) que cause(m) intenso sofrimento físico ou mental, como homicídio, escravidão, tortura, agressão sexual, sequestro; (ii) que tal(is) ato(s) seja(m) praticado(s) em um contexto de ataque¹¹, generalizado — entendido como ataque difundido quer pela quantidade de vítimas, quer pelo alcance geográfico — ou sistemático — entendido como ataque planejado e sis-

¹¹ Não é necessário que o ataque seja praticado pelas Forças Armadas de um País. Nesse sentido, cf.: artigo 7º, parágrafo 3º, da Introdução do Estatuto de Tribunal Penal Internacional: “ [...] Não é necessário que os atos constituam um ataque militar [...]” .

témico, e não aleatório¹²; (iii) que esse ataque faça parte de uma política de Estado ou de uma organização que tenha em vista a perseguição de uma política¹³; (iv) e, por fim, que esse ataque tenha como vítima uma população civil¹⁴, entendida em seu sentido amplo, pouco importando “o pertencimento nacional, racial, étnico, político, cultural ou religioso dessa população” ou “seu caráter homogêneo”¹⁵.

Importante registrar, no campo dos elementos objetivos, que, para a configuração de um crime contra humanidade, não é necessário a prática de mais de um ato criminoso; basta que esse ato criminoso ocorra em um contexto de ataque, generalizado ou sistemático, contra uma população civil. Nesse sentido, a professora portuguesa Susana Aires de Sousa assinala:

[nos crimes contra a humanidade] à dignidade humana na sua dimensão individual junta-se então uma dimensão ou vertente colectiva: ambas integram um conceito amplo de dignidade humana. **Assim se compreende que um acto homicida isolado deste contexto não lese a humanidade na sua dimensão colectiva, mas, por sua vez, o acto de matar alguém no contexto de um ataque geral e sistemático contra uma população constitua um crime contra a humanidade.** Nesta vertente a dignidade humana assume um fundamento colectivo. **Trata-se, quanto a nós, de um bem jurídico colectivo porque pertence à comunidade internacional, onde todos nos englobamos e de onde ninguém pode ser excluído.** Neste sentido, é a iden-

¹² PRADO, Luiz Regis; MAYA, Marina Folmann. Dogmática dos crimes de lesa-humanidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.105, 2018, p. 481-482.

¹³ Nesse sentido, nos termos do parágrafo 2º, alínea a, do art. 7º do Estatuto, por ataque contra uma população civil entende-se “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, **de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política**” (sem grifos no original).

¹⁴ Entende-se por população civil não apenas os civis, mas também os militares que não ostentam ou não ajam na condição de militar (por exemplo, ex-militares, militares que não estejam em serviço ou que tenham abandonado as armas). Cf. PRADO; MAYA, ob. Cit., p. 486-487. Ademais, não é preciso que toda a população seja vítima de ataque; basta que seja uma parte da população.

¹⁵ PRADO; MAYA, Ob. Cit., p. 487.

tidade da vítima, a Humanidade, que faz o crime contra a Humanidade. (sem grifos no original)¹⁶

A par dos elementos objetivos mencionados, os crimes contra a humanidade demandam a presença de um elemento subjetivo, qual seja, a ciência (o dolo) do agente de que pratica o(s) ato(s) como parte de um ataque, sistemático ou generalizado, e dentro de uma política de Estado.

Já com relação ao bem jurídico penalmente tutelado, diversamente dos crimes comuns nos quais a tutela da esfera individual ocorre de forma imediata, nos crimes contra a humanidade a tutela do indivíduo acontece de maneira mediata. Assim, o bem jurídico protegido pelos crimes contra a humanidade é transindividual, porquanto se resguarda a “dignidade humana em sua face coletiva”, ou seja, a dignidade humana como “valor comum, [...] reconhecido e partilhado pela comunidade internacional”.¹⁷

Nessa linha, o Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia, no célebre caso *Prosecutor v. Erdemovic*, ao ressaltar o caráter transindividual dos crimes contra a humanidade, pontuou:

[c]rimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem-estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. **Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima.** (sem grifos no original)

¹⁶ SOUSA, Susana Aires de. Sobre o Bem Jurídico-Penal Protegido nos Crimes Contra a Humanidade. In. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 83, 2007, p. 634.

¹⁷ PRADO; MAYA. Ob. Cit., p. 13. Em sentido próximo, Pablo Ramella afirma que os delitos de lesa-humanidade “afetam indistintamente a todos os Estados, em seu caráter de membros da comunidade internacional” (RAMELLA, Paulo. *Crimes contra a humanidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 19).

Analisado o conceito jurídico dos crimes contra a humanidade e o bem jurídico protegido por essas infrações, cumpre na seção seguinte averiguar se esses delitos submetem-se a algum tipo de prescrição temporal no âmbito do Direito Internacional.

3 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E O DIREITO INTERNACIONAL

No campo do Direito Penal, a imprescritibilidade consiste na ausência da perda do poder de punir do Estado em razão do transcurso do tempo. O conceito excepciona a regra geral da prescrição penal, sobretudo em países de tradição romano-germânica¹⁸. Entretanto, quando se tem em mente delitos que escapam ao direito comum, a análise de sua punição e repressão não pode ocorrer apenas sob a ótica do Direito Penal interno de determinado país.

Primeiramente, cumpre observar que os crimes contra a humanidade são, em regra, delitos cometidos pelo próprio Estado contra sua população e em seu território¹⁹. Assim, como o Estado figura como o próprio violador da ordem jurídica, não há, ordinariamente, interesse na repressão e punição dessas infrações.

Além disso, os crimes de lesa-humanidade representam não apenas uma lesão à dignidade individual, mas também à dignidade coletiva e aos valores compartilhados pela comunidade internacional. Por esses motivos, figura necessária a intervenção do Direito Internacional.

Contudo, como adverte Veloso, o Direito Internacional “depende, como nenhuma outra disciplina, do virar das páginas da história, de movimentos profundos nos sistemas de poder e no seio das

¹⁸ Nesse sentido, Ana Flávia Velloso aponta que, diferentemente das nações de tradição romano-germânica, a prescrição não encontra forte peso nos países de origem no *common law*. Cf.: VELLOSO, Ana Flávia. In: *Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Coord. STEINER, Sylvia Helena Melar; BRANT, Leonardo Nemer, 2.^a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 681.

¹⁹ Caso do Tribunal *ad hoc* de Nuremberg. Cf.: MEYER, Emilio Peluso Neder. Imprescritibilidade dos crimes de Estado praticados pela Ditadura Civil-Militar Brasileira de 1964-1985. In: *STF e Direitos Fundamentais Diálogos Contemporâneos*. Org. FILHO, Robério Nunes dos Anjos. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 183.

sociedades”²⁰, pois “o tempo é também o que requerem, muitas vezes, a tomada de consciência do cometimento de crimes internacionais, o anseio de puni-los e as condições para tanto”²¹.

Aliadas a essas razões histórico-políticas, importa consignar que as consequências dos crimes contra a humanidade, por envolveram graves violações aos direitos humanos compartilhados pela comunidade internacional, não se resumem a determinado período o tempo; ao revés, essas consequências danosas não param de ampliar ao longo do tempo.²²

Nesse sentido, Mateus Henrique Faria Pereira, ao citar o historiador François Hertog, assevera que a “dimensão imprescritível dos crimes contra a humanidade funda uma ‘atemporalidade jurídica’, que pode ser interpretada ‘como uma forma de passado no presente, de passado presente, ou ainda, de uma extensão do presente mesmo’”.

No mais, a ausência de restrição temporal para punir os crimes contra a humanidade decorre também da própria imprescritibilidade inerente aos direitos humanos. Nesse sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli aponta:

[...] são os direitos humanos imprescritíveis, não se esgotando com o passar do tempo e podendo ser a qualquer tempo vindicados, não se justificando a perda do seu exercício pelo advento da prescrição. Em outras palavras, os direitos humanos não se perdem ou divagam no tempo [...].²³

Assim, as dificuldades de repressão e punição ao longo da história, a necessidade de profundas transformações nos sistemas de poder, o interesse compartilhado pela esfera pública internacional no firme combate aos delitos de lesa-humanidade e os reflexos para o momento presente das graves violações de direitos humanos fizeram emergir a imprescritibilidade em relação aos crimes contra a humanidade no âmbito do Direito Internacional.

²⁰ VELLOSO, Ana Flávia. In: *Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Coord. STEINER, Sylvia Helena Melar; Brant, Leonardo Nemer, 2.^a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 687.

²¹ VELLOSO. ob. Cit., p. 687.

²² JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *L’imprescritibile*. Paris: Seuil, 1986, p. 18.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 756.

O marco legal da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é a Convenção da Organização das Nações Unidas Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Resolução n.º 2391 da Assembleia Geral em 26 de novembro de 1968, que dispõe em seu artigo 1º:

são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes: [...] II. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções n.º3 (i) e 95 (i) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, **ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos. (sem grifos no original)**

Consoante se extrai do preâmbulo da referida Convenção, a efetiva repressão dos crimes contra a humanidade sem limitação de tempo é elemento importante para: a) a prevenção de crimes dessa natureza; b) a “proteção dos Direitos dos Homens e das liberdades fundamentais”; c) a confiança e a cooperação entre os povos com o escopo de “favorecer a paz e a segurança internacionais”.

De igual modo, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade está prevista de forma expressa no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), para o qual os delitos de competência do Tribunal, dentre eles, os crimes contra a humanidade, não estão sujeitos à prescrição:

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para jul-

gar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) **Crimes contra a humanidade**; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.

[...]

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Portanto, a imprescritibilidade encontra-se formalmente consagrada no âmbito do Direito Internacional. Nesse sentido, outra questão a se estudar, sob o ângulo do Direito Internacional, é se a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade vincula Estados que não tenham ratificado as referidas Convenções. Para responder a essa indagação é necessário recorrer ao conceito de *jus cogens*.

Jus cogens são normas de Direito Internacional de caráter imperativo, aceitas e reconhecidas pela sociedade internacional em seu conjunto, como não suscetíveis de derrogação pela vontade dos Estados.

Diversamente das normas de convencionais — ou seja, aquelas decorrentes de tratados ou convenções internacionais —, o *jus cogens* é uma norma de Direito Internacional que independe da vontade das partes²⁴. As normas de *jus cogens*, portanto, limitam a soberania e a autonomia dos Estados na esfera pública internacional. Como ensina Celso de Albuquerque Melo, elas são normas “de ordem pública para a satisfação do interesse comum dos que integram a sociedade mundial”²⁵.

O conceito de legal de *jus cogens* foi introduzido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, nos seguintes termos:

Art. 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no

²⁴ A doutrina diverge se o *jus cogens* configura uma fonte autônoma do direito internacional ou se são normas criadas da mesma forma que os costumes e o direito convencional. Sobre o tema, cf.: MRÁZÉK, Josef. The ways of identification of Jus Cogens and invocation of International Responsibility. *International Journal of Legal Research*. Vol 7, n.º 2, 2017, p. 113; MAZZUOLI. Ob. Cit., p. 111-112.

²⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol. 14ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 80.

momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, **uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.** (sem grifos no original)

Em razão da sua imperatividade, uma das características do *jus cogens* é a nulidade de qualquer norma oriunda de tratado que seja com ele conflitante. É o que dispõe o art. 64 da Convenção de Viena:

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

As normas de *jus cogens* são, por conseguinte, superiores a tratados ou a costumes internacionais e estão “no ápice da hierarquia das normas da sociedade internacional”²⁶. Configuram, assim, um “*minimum* legal de asseguramento da ordem mundial”²⁷.

A doutrina aponta como exemplos de normas de *jus cogens*: a) a igualdade jurídica entre os Estados e o princípio da não-intervenção; b) a proibição do uso da força nas relações internacionais; c) a autodeterminação dos povos; d) os direitos fundamentais do homem; e) os princípios de direito humanitário; f) a proscricção do uso de armas de destruição em massa; g) a proibição do genocídio, da escravidão, da tortura, do *apartheid*.²⁸

²⁶ MAZZUOLI. Ob. Cit., p. 114.

²⁷ MAZZUOLI. Ob. Cit., p. 114.

²⁸ MELLO. Ob. Cit, p. 79-80; PORTELA. Ob., cit., p. 88; MAZZUOLI. Ob. Cit., p. 114-115. Segundo o último, as normas de *jus cogens* — quer ao salvaguardar a segurança e a paz internacionais, quer ao assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem, quer ao proibir o genocídio, o tráfico de escravos e a tortura — guardam íntima ligação com os direitos humanos.

A despeito desses exemplos doutrinários, em razão da ausência de especificação de conteúdo das normas de *jus cogens* pela Convenção de Viena²⁹, uma das dificuldades das normas imperativas, como adverte Celso de Albuquerque Mello, é a sua identificação³⁰. Conforme a doutrina, a identificação das normas de direito cogente passa pela análise de dois elementos. O primeiro deles é de natureza material (ou objetiva) e o segundo de natureza psicológica (ou subjetiva)³¹.

O elemento de natureza material ou objetiva consiste na verificação da existência de uma prática geral, reiterada e consistente, de atos pela comunidade internacional em seu conjunto. Essas práticas formam uma espécie de “rede de precedentes” em que um padrão de conduta pode ser observado.³²

Com relação ao elemento objetivo, importante ainda ressaltar não ser necessário que essa generalidade decorra de prática unânime entre todos os Estados. Como sublinha Celso Albuquerque de Mello, para o reconhecimento de uma “prática geral”, basta haver “uma ampla maioria” que abranja “diferentes ‘tipos’ de Estado, como Leste-Oeste, ricos e pobres, e dos diferentes continentes”³³. Nesse sentido, a Corte Constitucional Alemã trouxe importante contribuição acerca do conceito de *jus cogens* ao afirmar:

Uma regra de direito internacional é geral dentro do sentido aplicado pelo artigo 25 da Lei Básica se é reconhecida pela vasta maioria dos estados (v. BverfGE 15, 25 (34)). **A natureza geral dessa re-**

²⁹ Em verdade, a Convenção de Viena de 1968 nem poderia trazer um rol taxativo de normas de direito cogente, pois, como sublinha Paulo Henrique Gonçalves Portela, “a definição do conteúdo do *jus cogens* é fruto de um processo histórico, político e social, dentro do qual a sociedade internacional reconhece em certos valores maior importância para a coexistência entre seus membros” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 88).

³⁰ Ob. Cit., p. 80.

³¹ Sobre o tema, cf.: MRÁZÉK, Josef. The ways of identification of *Jus Cogens* and invocation of International Responsibility. *International Journal of Legal Research*. Vol 7, n.º 2, 2017.

³² Sobre o tema, cf.: Corte Internacional de Justiça: Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14 e Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Julgamento, C.I.J., Reports 1970, p. 3.

³³ Ob. Cit., p. 80.

gra refere-se à sua aplicação, não a seu conteúdo, não sendo necessária o reconhecimento por todos os estados. É igualmente desnecessário que a República Federativa da Alemanha em particular tenha reconhecido a regra". (2BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 33, tradução livre)

Cumprido consignar ainda que referida prática geral pode corresponder não apenas a atos do Poder Executivo, mas a qualquer ato do Estado, neles incluídos os atos do Poder Legislativo e Judiciário (Resolução da Assembleia Geral da ONU 56/83). De igual modo, essas práticas podem ser atribuídas não somente aos Estados, mas também às organizações internacionais, porquanto dotadas de personalidade jurídica internacional.

Como exemplo dessas práticas de direito internacional geral, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas cita: (i) atos executivos, como decretos regulamentares, ordens executivas, memorandos, posições expressadas perante tribunais internacionais; (ii) atos e correspondências diplomáticas; (iii) atos legislativos, como leis e decretos; (iv) julgamentos por cortes nacionais; (v) resoluções de organizações internacionais; (vi) práticas anteriores e relacionadas a tratados, como negociação, implementação.³⁴

O segundo elemento, qual seja, o de natureza psicológica ou subjetiva caracteriza-se pela aceitação dessa “prática geral” como regra obrigatória pelos Estados considerados em seu conjunto. É a chamada *opinio juris* ou convicção do direito.³⁵

Nada obstante, como adverte Alain Pellet, essa aceitação não tem o sentido voluntarista manifestado pela vontade individual de determinado Estado; ao contrário, a aceitação assume o sentido de percepção (*feeling*) de que se cuida de uma regra obrigatória expressada pela convicção de vários Estados e organizações internacionais.³⁶

³⁴ Cf.: A/CN. 4/672, p. 23-2.

³⁵ MRÁZÉK, Josef. The ways of identification of Jus Cogens and invocation of International Responsibility. *International Journal of Legal Research*. Vol 7, n.º 2, 2017, p. 105.

³⁶ Nessa linha, Alain Pellet assevera ser o *jus cogens* um típico exemplo de obrigação sem vontade (PELLET, Alain. The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making. *The Australian Year Book of International Law Online*, 1992, p. 33-35).

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, de igual modo, enumerou alguns atos que podem indicar a aceitação de uma prática geral: (i) correspondência diplomática intergovernamental, como memorandos de uma missão diplomática, notas entre governos; (ii) jurisprudência das cortes nacionais que evidenciam o senso legal de obrigação derivada do direito internacional; (iii) opiniões dos governos no sentido de que determinado tema foi adotado como mandatário; (iv) instruções diplomáticas e manuais militares; (v) instruções de Ministro das Relações Exteriores a diplomatas; (vi) tratados e atos preparatórios aos tratados, tais como as convenções que são “importante meio de expressão da consciência jurídica das pessoas”; (vii) resoluções de organizações internacionais, como a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.³⁷

Vistos os dois elementos necessários para a formação de uma norma de *jus cogens*, cabe nesta oportunidade averiguar se a proscrição dos crimes contra a humanidade e a imprescritibilidade desses delitos podem ser caracterizadas como normas imperativas de direito internacional.

Na análise desse ponto, cumpre registrar, inicialmente, que a Convenção da Organização das Nações Unidas Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, encontra-se atualmente ratificada por 55 países.

Ademais, conquanto a Convenção da Organização das Nações Unidas Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade seja um marco jurídico sobre o tema, não se trata de uma inovação legal. Anteriormente à referida Convenção, as Resoluções da Organização das Nações Unidas n. 3 e 95, de 13.02.1946 e de 26.12.1946, que confirmaram os princípios de Nuremberg, já tratavam da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.³⁸

Na mesma linha, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 2338, XXII, firmada em 18 de dezembro de 1967, dispôs que

³⁷ Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. A/CN.4/672, p. 61-67.

³⁸ MAZZUOLI. Ob., cit., p. 180. Nesse sentido, afirma-se que a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não é uma norma-criadora, mas uma norma-reveladora de direito.

“em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o processamento e punição de crimes de guerra e crimes contra a humanidade houve previsão de limitação no tempo”, de modo a revelar que a prescrição penal quando se tinha em mente graves violações de direitos fundamentais não constituía uma prática internacional.

Em igual direção, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 3.074, de 03/12/1973, ao tratar dos princípios de cooperação internacional na identificação, detenção, extradição e castigo por crimes de guerra ou crimes de lesa-humanidade, declarou:

1. Os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as que existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.

[...]

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.³⁹

Além disso, antes mesmo desses atos internacionais, cumpre sublinhar que a noção de crimes contra a humanidade e a ressalva de uma jurisdição universal para garantir os direitos do homem independentemente de existência de legislação específica remontam à Convenção de Haia, de 1907 (*Clasula Martens*), como asseverado na seção I deste artigo.

Em adição, a evidenciar a generalidade e aceitação da prática da imprescritibilidade como norma de direito geral, cabe consignar que o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional e previu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, encontra-se aprovado até o momento por 123 países — 33 Estados Africanos, 19 Estados

³⁹ Sobre o tema, cf.: WEICHERT, Marlon Alberto Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 74, 2008, p. 184-185.

Asiáticos e do Pacífico, 18 Estados da Europa Oriental, 25 Estados da Europa Ocidental e 28 Estados da América Latina e Caribe, dentre eles, o Brasil. O número de países e a diversidade de continentes reforça a convicção da sociedade internacional da imperatividade da norma que estabelece a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

Ademais, quando se analisa a jurisprudência dos Tribunais Internacionais, cumpre ressaltar que o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, no antigo caso *Prosecutor v. Furundžija*, também reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Segundo a Corte, seria contraditório proscrever graves violações de direitos humanos e, ao mesmo tempo, aprovar medidas estatais que isentem os autores das penas⁴⁰.

Na mesma direção, a Corte Internacional de Justiça afirmou que os crimes contra a humanidade possuem, com segurança, natureza de *jus cogens* e que, do caráter cogente dessa norma, não se pode alegar limitação temporal para processar e julgar os crimes contra a humanidade.⁴¹

Além desses atos e práticas no âmbito dos tribunais internacionais, no sistema regional de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em inúmeros julgados, tem reconhecido de forma reiterada a natureza de *jus cogens* dos crimes contra a humanidade e, em decorrência dessa natureza, a impossibilidade de limitação temporal para o processamento e punição dessas infrações:

[a] proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *jus cogens*, e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional Geral [...] A obrigação, de acordo o Direito Internacional, de processar e, caso haja condenação, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre estes os crimes de lesa-humanidade, depreende-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica o dever dos Estados-partes organizarem todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos di-

⁴⁰ Caso *Prosecutor v. Furundžija*. Julgamento em 10 de dezembro de 1998, parágrafo n. 155.

⁴¹ Corte Internacional de Justiça, Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, Report 2012, p. 99.

reitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecer, se possível, o direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que foi descumprido o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas sujeitas a sua jurisdição. (Caso *Almonacid Arellano v. Chile*, § 99 e 110)

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos. (Caso *Barrias Altos v. Peru*, § 41.)

[...] ante a particular gravidade destes delitos e a natureza dos direitos lesionados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correlativo dever de investigar e sancionar os seus responsáveis têm adquirido caráter de jus cogens. (Corte IDH, Caso *Goiburilt v. Paraguai*, § 84)

[...] A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso de tempo, e genericamente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar os autores. Esta é uma garantia que não deve ser observada deliberadamente pelo julgador para todo criminoso. Sem prejuízo do disposto anteriormente, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se tratar de graves violações dos Direitos Humanos na esfera do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme assim tem anunciado. (Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros*. v. Equador, § 111)

[...] a Corte recorda sua jurisprudência constante sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e, neste caso, a sanção dos responsáveis

pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos.” (Caso *Massacre De La Rochela v. Colômbia*, § 294).

Esse também é o entender da Corte Europeia de Direitos Humanos⁴² e da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁴³, as quais reconhecem a inaplicabilidade de limitações ao dever dos Estados de processar e punir os crimes contra a humanidade independentemente da data da infração.

No âmbito dos Estados, e mais especificamente dos atos dos Poderes Legislativos, a prática também demonstra a aceitação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma de caráter impositivo. Nesse sentido, importa consignar que França, Alemanha, Hungria, Polônia, Israel, Áustria, Bulgária, dentre outras nações, aprovaram legislações internas para tornar os crimes contra a humanidade imprescritíveis.⁴⁴

Por sua vez, no âmbito dos países da América do Sul, órgãos judiciais de cúpula da Argentina, Chile, Peru, Colômbia e Uruguai⁴⁵ afastaram legislações internas que estabeleciam restrições temporais à investigação e punição dos crimes contra a humanidade. No caso do Uruguai, a Suprema Corte de Justiça, assim se pronunciou:

A regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado.

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou pre-

⁴² Caso *Kolk y Kislyiy v. Estônia de 1949*; e Caso *Abdülsamet Yaman v. Turquia*.

⁴³ Caso *Malawi African Association and Others v. Mauritania, 2000*.

⁴⁴ Cf.: TRIPPO. Ob. Cit., p. 112.

⁴⁵ Argentina (Caso *Simón, Julio Héctor e outros*); Chile (Casos *Miguel Ángel Sandoval e Lecaros Carrasco*); Peru (Caso *Santiago Martín Rivas*); Colômbia (Sentença C-578/02); Uruguai (Caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*).

judicados pelas violações de direitos humanos mencionadas), que virem frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, constatada a existência de uma prática sistemática e generalizada, bem como de uma convicção de direito geral por parte da comunidade internacional, forçoso reconhecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como uma norma de *jus cogens*.

4 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO DO BRASIL E O DIREITO INTERNACIONAL

Quando se tem em mente a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno de determinado Estado, duas teorias são mencionadas pela doutrina: a teoria dualista e a teoria monista. A teoria dualista parte do pressuposto de que “o Direito Internacional e o Direito interno são ordenamentos jurídicos distintos e totalmente independentes entre si, cujas normas não poderiam entrar em conflito”⁴⁶. O Direito Internacional e o Direito interno seriam, assim, são duas ordens jurídicas que não se interceptam. Enquanto o primeiro trataria da relação entre os Estados ou entre estes e as organizações internacionais, ao segundo caberia regular a relação entre os indivíduos ou entre estes e o Estado.

A fim de a norma do Direito Internacional seja incorporada ao Direito interno, é necessário primeiro que aquele passe por um processo denominado de “transformação” ou “incorporação” ao Direito Interno. A teoria dualista foi professada, dentre outros, por Alfred von Verdross e Carl Heinrich Trippel.⁴⁷

A teoria monista parte da premissa de que “existe apenas uma ordem jurídica, com normas internacionais e internas, interdependentes

⁴⁶ PORTELA. Ob. Cit., p. 63.

⁴⁷ Sobre o tema, cf.: MAZZUOLI. ob. Cit., p. 32-36; MELLO. ob. Cit., p. 113-115.

entre si”⁴⁸. Trata-se, portanto, uma ordem jurídica única. A teoria monista divide-se em duas: monismo internacionalista e monismo nacionalista.

Para o monismo internacionalista, a ordem jurídica é uma; contudo, quando em conflito, existe uma primazia do direito externo sobre o direito interno. Segundo o monismo internacionalista, o Direito interno deriva do Direito Internacional, de modo que aquele é subordinado a este. Um dos maiores representantes dessa teoria foi Hans Kelsen, para quem existia um primado da ordem jurídica internacional — norma fundamental (*pacta sunt servanda*) — em sua pirâmide normativa.⁴⁹

Por sua vez, o monismo nacionalista sustenta a primazia do Direito nacional de cada Estado frente à ordem jurídica externa. A teoria possui raízes em Hegel que via o Estado como ente soberano absoluto. Para a teoria monista nacionalista, a vinculação dos Estados à ordem jurídica internacional é discricionária e ocorre somente nos termos de suas respectivas ordens jurídicas internas.⁵⁰

O Brasil adota elementos dessas três teorias.⁵¹ O modelo de celebração de tratados é um exemplo de dualismo, porque, além de passar por um processo de “incorporação”, quando o tratado é incorporado na ordem jurídica interna por decreto presidencial, ele já estava vigente na ordem internacional e assinado pelo País. Por outro lado, é a Constituição Federal que disciplina a forma de incorporação de tratados e define a norma que irá sobressair na hipótese de conflito, característica, portanto, do monismo nacionalista. Contudo, o Direito interno brasileiro tem conferido crescente importância à norma internacional que pode prevalecer sobre a legislação ordinária interna⁵² ou equiparar-se à própria Constituição (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal).

⁴⁸ PORTELA. Ob. Cit., p. 64.

⁴⁹ MAZZUOLI. ob. Cit., 41-46; MELLO. ob. Cit. p. 116-117.

⁵⁰ PORTELLA. ob. Cit. 64-65; MAZZUOLI. ob. Cit., p. 39-41; MELLO. ob. Cit., p. 115-116.

⁵¹ Nesse sentido, cf.: PORTELA. ob. Cit., p. 62-67.

⁵² Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP, afirmou que os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional nacional. Neste precedente, o Supremo Tribunal Federal afastou as regras internas que permitiam a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII, CF e Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969) com base em outros dispositivos constitucionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Confira-se a ementa: “EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decre-

Nesse rumo de ideias, essa clássica divisão entre dualismo e monismo tem sido objeto de crítica e alguns autores apontam para uma perspectiva dialógica entre as ordens jurídicas internacionais e internas. O escopo é identificar a solução normativa mais adequada ao caso concreto, se o caso, por exemplo, com a aplicação da norma mais favorável quando se cuidar de direitos humanos⁵³. Acerca do diálogo entre normas internacionais e internas, mas sob a ótica dos órgãos judiciais internos e externos, André de Carvalho Ramos afirma:

Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo: 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extra-convencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.⁵⁴

Sob essa perspectiva de harmonização dialógica entre as normas jurídicas internacionais e as normas jurídicas internas, mas sem descon siderar a natureza de direito cogente dos crimes contra a humanidade, será analisada a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no Brasil.

tação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 eº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (STF, Tribunal Pleno, RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, julgado em 3/12/2008).

⁵³ Sobre o tema, cf.: MAZZUOLI. ob. Cit., p. 46-48.

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 409-410.

A imprescritibilidade penal, embora seja exceção no País, não é estranha ao Direito interno brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil definiu como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, inciso LII), assim como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV)⁵⁵.

Parte da doutrina aponta uma relação próxima do conceito de crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático ao conceito de crimes contra a humanidade⁵⁶. Sem embargo dessa associação, pode-se afirmar que os crimes contra a humanidade e a necessária repressão a eles sem restrição temporal encontra fundamento no Direito Constitucional interno. Noutros termos, ainda que essa identidade de conceitos não se tenha de forma expressa no texto da Constituição Federal, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade possui também substrato constitucional.

Aqui impende lembrar que os crimes contra a humanidade, como afirmado, representam uma grave violação aos direitos humanos. Nessa linha, a Constituição Federal coloca a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios da República Federativa no Brasil nas relações internacionais (art. 4º, inciso II).

Em igual direção, a Carta da República assevera que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado e internalizado no Brasil pelo Decreto Presidencial n.º 592, de 6 de julho de 1992, assegura a autodeterminação dos povos (art. 1º) e afirma que os Estados Partes “comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua ju-

⁵⁵ Parte da doutrina sustenta que os crimes contra a humanidade poderiam ser encaixados no conceito crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, de onde se extrairia o fundamento constitucional no direito interno brasileiro para a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

⁵⁶ GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

risdição os direitos reconhecidos” no Pacto, “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição” (art. 2º, item 1). O Pacto ainda protege o direito à vida e proscree a tortura e a escravidão (arts. 6º a 8º). Além disso, prevê que os Estados Partes obrigam-se a garantir que toda pessoa que tenha seus direitos violados possua “um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais” (art. 2º, item 3, alínea a).

Na mesma direção, a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto Presidencial n.º 678/1992 no País, estabelece que os Estados Partes comprometem-se a “adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos” os direitos e liberdades por elas assegurados (art. 2º). A Convenção Americana de Direitos Humanos ainda estabelece, dentre as garantias de proteção judicial, o direito de toda pessoa a ter sua pretensão analisada por juízos ou tribunais competentes, de modo a protegê-la “contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (art. 25.1).

Ao interpretar os dispositivos da Convenção Americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem compreendido que eles compelem os Estados Partes a adotarem medidas efetivas para processar e punir os crimes contra a humanidade e, dessa forma, tem afastado leis internas que restringem essa repressão em razão de limitações de natureza temporal. Essa reiterada posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada, inclusive, em dois precedentes que envolveram o Brasil:

[...] a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, par. 171 a 175 supra), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do

mesmo tratado. Adicionalmente, o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como da falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado [...]” (CDIH, Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil, 24 de novembro de 2010, § 180).

[a] Corte Interamericana conclui que, em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento [...]. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em virtude da aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença. (CDIH, Caso Herzog e outros vs. Brasil, sentença de 15 de março de 2018, § 312).

Válido observar também que o Brasil encontra-se vinculado às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos por força do expressamente contido no art. 68, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo País.

Igualmente, o Brasil, já em 1914, ratificou a Convenção Concerne às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907, pela qual se acolhe o caráter normativo dos princípios do direito das Gentes “preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”.

O País também ratificou o Estatuto de Roma, internalizado pelo Decreto Presidencial n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Como asseverado, o Estatuto, a par de conceituar os crimes contra a humanidade, reconhece a imprescritibilidade dessas infrações (arts. 5º e 29). Não bastasse, a

Constituição da República Federativa do Brasil afirma que o País se submete “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (art. 5º, § 4º). Ou seja, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, e a jurisdição desta Corte têm respaldo expresso na Constituição Federal Brasileira.

O Brasil, de igual modo, ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, internalizada pelo Decreto Presidencial n.º 7.030/2009, na qual se reconhece a existência de normas imperativas de direito internacional (*jus cogens*), mesmo que em desconformidade com o direito interno.

Dessa forma, ainda que o Brasil não tenha ratificado a Convenção Sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade (1968) — nesta época o País vivia um dos períodos mais implacáveis do Regime Militar sob a égide do Ato Institucional n.º 5 como rememora René Ariel Dotti ⁵⁷ —, tal fato não afasta a obrigação do País em processar e julgar os crimes contra a humanidade sem limitação temporal, porquanto: (i) a prática internacional reconhece os crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade como norma de *jus cogens*, conceito também aceito pelo País por meio da ratificação da Convenção de Viena; (ii) o conceito de crimes contra a humanidade e a imprescritibilidade dessas graves violações de direitos humanos não são sequer estranhos ao Direito interno Brasileiro em decorrência do previsto nos arts. 4º, inciso II, e 5º, §§ 2º e 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, analisados em conjunto com a Convenção de Haia de 1907, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Estatuto de Roma.

5 CONCLUSÃO

Este artigo de cunho acadêmico, restrito a expor ideias já suscitadas com o objetivo de sistematizar conceitos, casos e normas, procurou

⁵⁷ O AI n.º 5 decretou o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas Estaduais e das Câmaras Municipais; decretou a intervenção federal nos Estados e Municípios, sem limitação constitucional e autorização do Legislativo federal; suspendeu os direitos políticos por 10 anos; suspendeu a garantia do *habeas corpus* para crimes políticos, contra a ordem econômica e contra a segurança nacional; suspendeu a apreciação pelo Poder Judiciário de atos praticados com base no AI n.º 5. Sobre o tema, cf.: DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo. *Revista de Informação Legislativa*. n.º 179, ano 45, Brasília, julho/setembro 2008.

sustentar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, definidos como um ataque, generalizado e sistematizado, de acordo com uma política de Estado, contra uma população civil, mediante a prática de ato que viole gravemente a condição humana em sua dimensão coletiva. Defendeu-se ainda que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), uma vez que presentes os elementos objetivo (prática generalizada na comunidade internacional) e subjetivo (convicção de direito).

No contexto do Brasil, asseverou-se que, embora o País não seja signatário da Convenção Sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade, não somente a natureza de norma de *jus cogens* leva à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, mas também a ratificação pelo Brasil da Convenção de Haia, do Estatuto de Roma, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como o disposto nos artigos 4º, inciso II, e 5º, §§ 2º e 4º, da nossa Constituição Federal.

Por fim, importa consignar que defender a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade não significa compactuar com um Direito Penal máximo; ao contrário, o Direito Penal deve continuar mínimo, fragmentário e subsidiário, e a imprescritibilidade penal deve permanecer como exceção, ou seja, ela deve existir existente quando houver graves violações de direitos humanos⁵⁸ e quando houver substrato em norma constitucional interna e/ou norma cogente de direito internacional.

No caso dos crimes contra a humanidade, a exceção justifica-se porque o avesso da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade implica não apenas violação às obrigações do Estado brasileiro em respeitar normas de Direito Internacional amplamente reconhecidas e aceitas como prática geral, como também significa assumir a impunidade como conduta válida, “gerando insegurança quanto ao futuro e a possibilidade de repetição de atos semelhantes”⁵⁹.

⁵⁸ MEYER. Ob. Cit., p 178.

⁵⁹ PRONER, Carol. A lei de anistia brasileira sob a ótica do direito internacional e da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade. In: *Justiça de Transição - Reparação, Verdade e Justiça: Perspectivas Comparadas Brasil-Espanha*. Coords. PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 321.

E a possibilidade de repetição de atos violadores da condição humana significa colocar em risco, na lição imorredoura de Rene Ariel Dotti, a maior das liberdades, a liberdade de não sentir medo, pois, “sem ela, isto é, com medo, não se pode exercer qualquer outro tipo de liberdade”⁶⁰. Uma voz intemorata não teme os sons dos tanques nem os arroubos de mentes autoritárias, muito menos aquiesce com a funesta ideia segundo a qual o transcurso de lapsos temporais apagaria a memória dos crimes contra a humanidade.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*. Nova Iorque: Penguin Books, 1977, p. 268.

DOTTI, Rene Ariel. Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo. *Revista de Informação Legislativa*. n.º 179, ano 45, Brasília, julho/setembro 2008.

GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *L'imprescritibile*. Paris: Seuil, 1986.

LUBAN, David. A Theory of Crimes Against Humanity. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 29: 85, 2004, p. 91.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol. 14ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Imprescritibilidade dos crimes de Estado praticados pela Ditadura Civil-Militar Brasileira de 1964-1985. In: *STF e Direitos Fundamentais Diálogos Contemporâneos*. Org. FILHO, Robério Nunes dos Anjos. Salvador: JusPodivm, 2013.

MRÁZÉK, Josef. The ways of identification of Jus Cogens and invocation of International Responsibility. *International Journal of Legal Research*. Vol 7, n.º 2, 2017.

⁶⁰ Ob. Cit., p. 204.

PELLET, Alain. The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making. *The Australian Year Book of International Law Online*, 192, 1989.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012,

PRADO, Luiz Regis; MAYA, Marina Folmann. Dogmática dos crimes de lesa-humanidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.105, 2018.

PRONER, Carol. A lei de anistia brasileira sob a ótica do direito internacional e da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade. In: *Justiça de Transição - Reparação, Verdade e Justiça: Perspectivas Comparadas Brasil-Espanha*. Coords. PRONER, Carol; ABRÃO, Paulo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMELLA, Paulo. *Crimes contra a humanidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SOUSA, Susana Aires de. Sobre o Bem Jurídico-Penal Protegido nos Crimes Contra a Humanidade. In. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 83, 2007.

TRIPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

VELLOSO, Ana Flávia. In: *Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Coord. STEINER, Sylvia Helena Melar; Brant, Leonardo Nemer, 2.ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 4, jul./dez. 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 74, 2008.



O INTITULADO SEQUESTRO DE BENS NOS CRIMES QUE RESULTAM PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

CLAUDIA DA ROCHA¹

MARIANA N. MICHELOTTO²

MARLUS H. ARNS DE OLIVEIRA³



RESUMO

O presente trabalho objetiva, por meio do método dedutivo, discutir a figura do sequestro de bens nos crimes que resultam prejuízo à fazenda pública à luz de alguns princípios processuais penais, buscando-se evidenciar a falta de razoabilidade na utilização do sequestro de bens lícitos com funções de hipoteca legal e de arresto. Para tanto, primeiramente, destacam-se alguns princípios que devem ser observados no âmbito das cautelares reais. Na sequência, abordam-se aspectos gerais dessas medidas, com especial destaque para o instituto do sequestro, de modo a abordar a distinção entre a disposição do Código de Processo Penal, do Código Penal e do Decreto-lei n. 3.240/1941 e as consequências da sua

¹ Advogada. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal no Centro Universitário Unifamma. Mestranda em Direito Negocial na UEL. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico na Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela UEL. Pós-graduada em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC. Email: advocacia@claudiadarocha.com.

² Advogada no escritório Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados e mestranda em Direito Penal Econômico na FGV/SP. E-mail: mariana@arnsdeoliveira.adv.br.

³ Advogado sócio de Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados e Doutor em Direito pela PUC/PR. E-mail: marlus.arns@arnsdeoliveira.adv.br.

utilização com finalidade de hipoteca legal e de arresto, com base nos princípios processuais penais. Ao final, conclui-se que não se mostra idônea a utilização do sequestro de bens lícitos com função da hipoteca legal e do arresto, especialmente porque esses institutos possuem requisitos próprios, havendo, portanto, uma distorção do instituto e uma ofensa à presunção da inocência e ao princípio da proporcionalidade, inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Medidas cautelares reais; Sequestro; Prejuízo à Fazenda Pública; Princípios.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Os Princípios e a sua Aplicação nas Medidas Cautelares Reais; **3.** As Medidas Cautelares Reais e os Crimes que resultam em Prejuízo para a Fazenda Pública: A Situação Particular do Sequestro; **4.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A utilização das medidas cautelares reais tem se tornado cada vez mais frequente, notadamente no contexto de combate aos delitos econômicos e praticados por organizações criminosas, tendo sido empregadas como instrumento processual a assegurar, além da pena privativa de liberdade, a reparação do dano causado pela infração.

No entanto, além de não haver uma teoria específica sobre o assunto, observa-se um alargamento das hipóteses legais de decretação dessas medidas, sendo objeto de análise, no presente estudo, o decreto de sequestro nos crimes com prejuízo à Fazenda Pública, diante da redação do artigo 4º do Decreto-lei n. 3.240/1941, que possibilita o sequestro de todos os bens do indivíduo, inclusive os de origem lícita.

Nesse cenário, o presente trabalho objetiva, por meio do método dedutivo, discutir se é razoável submeter todo o patrimônio da pessoa suspeita, inclusive o de proveniência lícita, como meio de garantir o ressarcimento ao erário. Pretende-se analisar a problemática sob o prisma de alguns princípios processuais penais, a fim de evidenciar a falta de razoabilidade na efetivação de intitulado sequestro, com função de arresto e hipoteca, de todos os bens do sujeito.

No primeiro tópico, abordar-se-ão alguns princípios que devem nortear a aplicação das medidas cautelares penais, quais sejam, o princípio da presunção da inocência, do contraditório e da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na sequência, tratar-se-á a respeito das medidas cautelares reais, destacando a mudança de paradigma quanto à sua utilização e, após, a discussão voltar-se-á à situação específica do sequestro, mencionando a diferença entre os requisitos previstos no Código de Processo Penal e no Código Penal daqueles estabelecidos no Decreto-lei n. 3.240/1941, para, após, apontar alguns pontos conflituosos do referido Decreto-lei com os princípios processuais penais e constitucionais.

2 OS PRINCÍPIOS E A SUA APLICAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES REAIS

O processo penal deve ser compreendido não apenas como o mecanismo voltado à realização do *jus puniendi* estatal, mas também como um instrumento de efetivação de garantias, motivo pelo qual deve ser fundamentado pelas normas previstas na Constituição da República.

No tocante aos princípios processuais penais e constitucionais, cuja aplicação é essencial às medidas cautelares reais, destacam-se o do contraditório (art. 5º, LV, da CF), da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o da proporcionalidade e da razoabilidade.

Primeiramente, quanto ao princípio do contraditório, para a sua efetivação, é essencial que a defesa seja dotada das mesmas capacidades da acusação, bem como que o papel contraditor seja assegurado em relação a todos os atos probatórios⁴. Esse princípio não se limita ao exercício da defesa em sentido negativo, isto é, não se consubstancia somente na oposição ou resistência, abrangendo, sobretudo, “a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”⁵.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 106.

O princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse mandamento derivam duas normas fundamentais: a norma probatória e a norma de tratamento. Por força da diretriz probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável. A norma de tratamento impõe que o acusado seja tratado como inocente, tanto interna quanto externamente ao processo, atuando de modo a impedir que o Poder Público comporte-se como se o acusado já houvesse sido condenado⁶. Apresenta-se como manifestação clara dessa norma de tratamento a vedação de utilização de medidas assecuratórias de modo automático.

Já o princípio da proporcionalidade não encontra previsão expressa na Constituição da República. No entanto, “não há como negar sua *sedes materiae* na própria Carta Magna, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal (*substantive due process of law*)”⁷, segundo o qual, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV).

Sobre o tema, Gilmar Mendes destaca que o devido processo legal traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade, o qual não deve ser compreendido apenas no seu aspecto meramente formal, que impõe restrições à atuação do Poder Público (*procedural due process of law*), mas principalmente enquanto obstáculo à edição de atos normativos com conteúdo arbitrário ou irrazoável (*substantive due process of law*). Nas palavras do autor:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade⁸.

⁶ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 83.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

Ressalta-se que há uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, de modo que, no âmbito processual penal, a atuação do Poder Público condiciona-se ao princípio da razoabilidade, o qual é aferido com base no princípio da proporcionalidade, a fim de impedir excessos estatais.

Nesse princípio, além do pressuposto da legalidade, tem-se o da justificação teleológica, a partir do qual se busca a legitimação do uso da medida cautelar, tornando-se indispensável a demonstração das razões pelas quais a aplicação da medida faz-se necessária sob o prisma da finalidade que se pretende alcançar. O princípio da proporcionalidade também se pauta em requisitos extrínsecos e intrínsecos. Os primeiros consistem nos requisitos da judicialidade e da motivação, sendo os segundos atinentes à adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹.

Compreende-se por judicialidade a exigência de que toda limitação aos direitos fundamentais somente possa ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. Já a motivação consiste na necessidade de que toda decisão que possa implicar, de qualquer modo, em restrição a direitos fundamentais deva conter fundamentação que possibilite aferir os motivos de fato e de direito considerados pelo julgador para a construção do seu convencimento, a fim de possibilitar, se for o caso, a correspondente impugnação¹⁰.

Os requisitos intrínsecos, também chamados de subprincípios da proporcionalidade ou elementos de seu conteúdo, baseiam-se na adequação (ou idoneidade), na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito¹¹. Em outros termos, uma medida restritiva será legítima apenas se atingir o fim almejado causando o menor prejuízo possível, cuja proporcionalidade em sentido estrito é constatada na hipótese de as vantagens serem superiores às desvantagens¹².

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 85.

¹⁰ Ibidem, p. 85.

¹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 78-81.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 85-86.

A adequação é também denominada de princípio da idoneidade ou da conformidade e, a partir dela, a medida restritiva considera-se adequada quando for suficiente para atingir o fim almejado. A aferição dessa adequação ocorre no plano qualitativo, quantitativo e subjetivo de aplicação. No aspecto qualitativo, as medidas devem ser aptas a alcançar o objetivo pretendido. Já no aspecto quantitativo, relaciona-se a duração e a intensidade da medida à finalidade almejada. Por fim, no prisma subjetivo de aplicação, tem-se como necessária a individualização do sujeito passivo da medida, impossibilitando a extensão indevida de sua incidência¹³.

A segunda vertente ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade ou da exigibilidade, “também conhecido como princípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha do meio mais suave, ou da proibição de excesso”¹⁴. A partir dessa concepção, dentre as várias medidas restritivas aptas a atingir a finalidade intentada, deve o Poder Público valer-se da menos gravosa, isto é, da que menos interferir no âmbito dos direitos fundamentais do indivíduo.

O terceiro subprincípio da proporcionalidade, denominado de proporcionalidade em sentido estrito, estabelece “um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos do cidadão”¹⁵. Desse modo, tanto no caso de conflito de valores, quanto naquele em que demanda a adoção da medida restritiva e em que protege o direito individual a ser violado, deve prevalecer o de maior relevância. “Há de se indagar, pois, se o gravame imposto ao titular do direito fundamental guarda relação de proporcionalidade com a importância do bem jurídico que se pretende tutelar”¹⁶.

Nesse quadro, como as medidas cautelares reais impõem restrições aos direitos dos indivíduos a sua decretação deve observar os princípios do contraditório, da presunção de inocência, bem como da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais atuam de maneira interligada a fim de evitar excessos na atuação do Poder Público.

¹³ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 67-68.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 86.

¹⁵ Ibidem, p. 87.

¹⁶ Ibidem, p. 87.

3 AS MEDIDAS CAUTELARES REAIS E OS CRIMES QUE RESULTAM EM PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA: A SITUAÇÃO PARTICULAR DO SEQUESTRO

As medidas cautelares reais são disciplinadas no Capítulo VI do Código de Processo Penal sob a denominação de medidas assecuratórias. Nota-se que a preocupação quanto à adoção dessas medidas é um fenômeno recente, já que, tradicionalmente, a atenção das autoridades recaía majoritariamente sobre a sanção retributiva de privação da liberdade. Nesse sentido, Guilherme Brenner Lucchesi aponta que “a repressão criminal no Brasil tem buscado atingir o patrimônio do agente como um fim em si mesmo pelo uso de instrumentos processuais de natureza patrimonial. Os ‘bloqueios de milhões’ substituíram os ‘anos de prisão’ nas manchetes de jornal”¹⁷.

Especialmente nos delitos praticados por organizações criminosas, a repressão encontra-se diretamente ligada à recuperação de ativos, o que tem justificado essa nova mentalidade quanto à importância das medidas cautelares de natureza patrimonial.

Ao tratar a respeito do confisco de bens, Renato Brasileiro de Lima aponta os seguintes motivos para a sua utilização:

a) o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes; b) a insuficiência e ineficiência das penas privativas de liberdade; c) a capacidade de controle das organizações criminosas do interior dos estabelecimentos penitenciários; d) a rápida substituição dos administradores das organizações criminosas; e) a possibilidade de investimento ou guarda de valores para uso após o cumprimento da pena; f) regime legal deficiente de acompanhamento da execução da pena; g) a inutilidade da prisão para a reinserção social da elite social ou econômica; h) a possibilidade de deixar a salvo dos efeitos da condenação bens transferidos a terceiros (familiares, comparsas, procuradores etc.) durante o processo; i) os membros da organização podem ser substituídos, mas a obtenção de dinheiro é algo lento e difícil¹⁸.

¹⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *IBDPE*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/ptmc/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1251.

Sobre o tema, Rafael Guedes de Castro pontua que, diante do cenário de combate à criminalidade econômica, a discussão atinente às medidas cautelares patrimoniais ganha força “como mecanismo processual comumente utilizado para, além da punição corporal, garantir uma eventual reparação do dano causado pela infração”¹⁹.

Dentre as medidas cautelares reais previstas no Código de Processo Penal, no presente estudo, analisar-se-á, precipuamente, a figura do sequestro de bens imóveis (arts. 125 a 131) e o sequestro de bens móveis (art. 132), que tem como objetivo assegurar o cumprimento do efeito da condenação consistente na perda do produto do crime (art. 91, *caput*, II, *b*, do CP), bem como a reparação do dano causado pelo delito.

Os artigos 125 e 126 do Código de Processo Penal estabelecem que poderão ser sequestrados os bens que forem produto direto ou indireto do crime, impondo a necessidade de indícios veementes, isto é, alta probabilidade da proveniência ilícita desses bens. Compreende-se como produto direto o bem ou a coisa advinda diretamente do crime, como, por exemplo, o dinheiro recebido pelo funcionário público corrompido. Já o produto indireto é aquilo que se sub-roga ao produto direto do crime, como um imóvel adquirido com o dinheiro recebido quando da prática da corrupção.

Destaca-se que, para que um bem seja passível de sequestro, deve haver referibilidade, ou seja, o bem a ser sequestrado deve ter relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal, sendo seu produto direto ou indireto. Desse modo, não é possível sequestrar-se bens que integram o patrimônio ilícito se tiverem sido obtidos pela prática de um crime distinto daquele que é o objeto do inquérito policial ou da ação penal. Por exemplo, mesmo que o sujeito reitere na prática do crime de sonegação fiscal, no processo que apura a sonegação de um tributo específico não é possível realizar o sequestro de bens que sejam proveitos de outro delito, mesmo que se trate também de sonegação fiscal diversa daquela objeto da ação penal instrumentalizada pelo sequestro²⁰.

¹⁹ CASTRO, Rafael Guedes de. O uso abusivo das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *IBDPE*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/ouamc/>. Acesso em 20 ago. 2021.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Das medidas assecuratórias. In: *Código de processo penal comentado*. Coordenadores: Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 434.

Veja-se que o artigo 126 da Lei Processual Penal utiliza a expressão “indícios veementes”, indicando a necessidade de um *standard* probatório elevado. Logo, ainda que não seja vital haver certeza, isso não pode ser confundido com mera probabilidade, na medida em que deve haver uma elevada probabilidade da proveniência ilícita dos bens em relação aos quais se pretende o sequestro.

Embora a redação da Lei Processual Penal seja clara quanto às coisas que podem ser sequestradas e os requisitos para tanto, o assunto não é tão simples quando se trata de crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública. Isso porque essa hipótese é regulada pelo Decreto-lei n. 3.240/1941, o qual, em seu artigo 4º, preceitua que, no caso de crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, “*O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave*”.

É importante mencionar que a situação disciplinada pelo Decreto-lei difere daquela constante dos §§ 1º e 2º, do artigo 91 do Código Penal, que permite que, caso o produto ou proveito do crime não sejam encontrados ou estejam no exterior, haja uma compensação, decretando-se a perda dos valores equivalentes. Para essa decretação, é necessário, primeiro, estabelecer-se onexo entre bens e valores que se pretende o sequestro e o proveito da infração e, além disso, que eles não sejam encontrados ou que estejam no exterior. Na hipótese de perda alargada, prevista no artigo 91-A do Código Penal, é crucial a demonstração de qual parcela do patrimônio do condenado mostra-se incongruente com seus rendimentos lícitos e que, por isso, é presumivelmente oriunda da prática de infrações penais.

Nesse ponto, no que concerne ao sequestro disciplinado no Código de Processo Penal, vale mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da imprescindibilidade do estabelecimento denexo entre os bens sequestrados e o proveito da infração:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA. REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS. SEQUESTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA IMPUGNATIVA INADEQUADA. REGRA. EXCEÇÃO. DECISÃO JUDICIAL TERATOLÓGICA OU FLAGRANTEMENTE ILEGAL. *INDÍCIOS DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA*

TA. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

(...)

3. O sequestro de bens, previsto nos arts. 125 e 132 do CPP, é medida cautelar excepcional, a afetar o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, que antecipa os efeitos de uma possível condenação – pois visa assegurar que os bens oriundos da prática do delito sejam utilizados para a reparação do dano causado – e, como tal, *para o seu deferimento, é necessária a presença cumulativa dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora.*

4. In casu, apesar da gravidade do dano ambiental supostamente causado pelos recorridos, *não se justifica a constrição, nos moldes indiscriminados requeridos e efetivados pelo Juízo de primeiro grau, se não demonstrado pelo Ministério Público um nexó fático mínimo entre o proveito da ação ilícita praticada e a aquisição dos bens, nos termos do que dispõe o art. 126 do CPP.*

(STJ, AgRg no REsp n. 1.280.404/MT, 6ª Turma, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, Dje: 02/03/2017 – grifou-se).

Portanto, nas hipóteses dos §§ 1º e 2º, do artigo 91 e do artigo 91-A do Código Penal, há a necessidade de elementos que indiquem a proveniência ilícita dos bens, seja porque, demonstrado o nexó com o proveito da infração, os bens não foram localizados, seja porque uma parcela do patrimônio mostra-se incompatível com o rendimento lícito, o que autoriza a presunção quanto à provável origem ilícita.

No entanto, de modo diferente, o Decreto-lei em referência não faz qualquer exigência quanto à proveniência ilícita do bem, possibilitando o sequestro de todos os bens, inclusive os de origem lícita, na medida em que estabelece como requisito tão somente a existência de indícios veementes da responsabilidade do sujeito (art. 3º).

Nesse contexto, busca-se discutir, à luz dos princípios mencionados, se é idôneo o tratamento diferenciado conferido pelo Decreto-lei n. 3.240/1941 aos crimes de que resultam prejuízo à Fazenda Pública. É razoável submeter todo o patrimônio da pessoa suspeita, inclusive o de proveniência lícita, como meio de garantir o ressarcimento do erário?

Para ilustrar melhor a problemática suscitada, imagine-se que um determinado indivíduo possui alguns bens imóveis recebidos a título de herança. Anos depois, ele é acusado da prática do crime de descaminho, em razão de deixar de recolher o imposto devido pela entrada de uma mercadoria no país. Nessa hipótese, não restando dúvida quanto à origem lícita do patrimônio do sujeito, mostra-se legítimo que o sequestro possa alcançar esses bens adquiridos previamente e de maneira alheia à prática delitiva como se um arresto fosse?

O primeiro ponto que merece destaque é que o Decreto-lei n. 3.240, de 08 de maio de 1941, é anterior ao vigente Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941). Logo, por serem normas de mesma hierarquia, chega-se à conclusão de que o Decreto-lei anterior teria sido revogado pelo posterior, motivo pelo qual seria o caso de aplicação dos já referidos requisitos dispostos nos artigos 125 e 126 da Lei Processual Penal.

Entretanto, a jurisprudência tem entendido que o Decreto-lei estaria vigente e aplicável, de sorte que o sequestro pode incidir até sobre os bens de origem lícita do sujeito. Cita-se, nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DECRETO-LEI N. 3.240/41. NÃO REVOGAÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CPP. SISTEMÁTICA PRÓPRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEQUESTRO DE BENS. MEDIDA QUE RECAI EM QUALQUER BEM, MESMO AQUELES DE ORIGEM LÍCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

3. De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, o Decreto-lei n. 3.240/41 não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública (AgRgno REsp1530872/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, Dje17/8/2015).

(...)

3. *A medida de sequestro do art. 4º do Decreto-Lei n. 3.240/41 pode recair sobre quaisquer bens e não apenas aqueles que sejam produtos ou proveito do crime* (AgRgno AREsp 1267816/RN, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, Dje 23/5/2019). 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRgnos Edclno Resp1883430/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, Dje16/11/2020 – grifou-se).

Não obstante a jurisprudência, é oportuno destacar a posição adotada por Gustavo Badaró, no sentido de que “*Não há como acolher o posicionamento dos tribunais. O CPP deu nova disciplina às medidas assecuratórias*”, pois, conforme observa o referido autor:

Não se pode deixar de observar que a chamada “Lei de Lavagem de Dinheiro” – Lei n. 9.613/1998 -, ao disciplinar a apreensão e o sequestro de bens, na redação originária do art. 4º, dispunha que, para a efetivação de tais medidas, se proceda “na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”. Por que não houve referência ao Decreto-lei 3.240/1941? Certamente porque o seu diploma foi ab-rogado pelo CPP”²¹.

Ressalta-se, em primeiro lugar, que, nos termos do artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal, deve ser assegurado o contraditório, previamente à decretação de qualquer medida cautelar real. Ainda que o referido dispositivo esteja previsto no Título relativo às medidas cautelares pessoais, não há justificativa para a sua não aplicação no tocante às medidas cautelares reais, notadamente porque o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, assegura que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica. O papel contraditor deve assegurado em relação a todos os atos processuais, inclusive quanto às medidas restritivas.

É importante esclarecer que, consoante entendimento jurisprudencial, a aplicação da medida assecuratória com regime jurídico especial, previsto no Decreto-lei em exame, diferentemente do sequestro definido

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1170-1172.

no Código de Processo Penal, “também cumpre a função da hipoteca legal e do arresto previstos no CPP, qual seja, a de garantir a reparação do dano causado à Fazenda Pública, vítima do crime, podendo incidir até sobre os bens de origem lícita do acusado”²².

Nesse contexto, como o regime jurídico especial justifica-se no fato de o sequestro cumprir, em verdade, a função da hipoteca legal e do arresto, é inafastável a conclusão de que, além da efetiva demonstração de prejuízo à Fazenda Pública, somente pode-se decretar a medida do Decreto-lei na hipótese de também estarem preenchidos os requisitos para a especialização e registro da hipoteca legal, conforme os artigos 134 e 135 e para o arresto, em consonância com os artigos 136 e 137 do Código Processual Penal.

Isso porque há a utilização de um instituto (sequestro), com funções de outros (arresto e hipoteca), sem que sejam observados os seus pressupostos. Nesse ponto, é interessante destacar que, no caso do sequestro, justamente por se cuidar de bens cuja origem ilícita está assentada em indícios veementes, a sua decretação independe da demonstração da urgência, já que o seu objetivo não é o de conservar um bem a ser discutido no curso do processo, mas sim o de apreender bens obtidos por meio da prática criminosa.

Por outro lado, o arresto e a hipoteca recaem sobre bens lícitos não oriundos da prática criminosa, com o objetivo específico de garantir o futuro pagamento dos danos causados pelo crime, das custas processuais e da pena de multa (art. 140 do CPP). Por isso, dada a natureza do arresto ser de medida assecuratória, típica da tutela cautelar de urgência voltada a impedir perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, exige-se a demonstração do *periculum in mora*.

Desse modo, como o Decreto-lei em análise utiliza-se do sequestro com função de arresto fora dos requisitos legais, isso implica em punição antecipada e, por consequência, em violação ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado no curso da persecução penal.

²² STJ, AgRg na Pet 9.938/DF, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Corte Especial, DJE 27/10/2017.

Voltando aos princípios já abordados, observa-se que essa maneira de proceder revela-se destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Ainda, não tem sido atendido o pressuposto da justificação teleológica, segundo o qual a legitimação do uso da medida cautelar deve ser demonstrada a partir das razões pelas quais a sua aplicação faz-se imprescindível sob o prisma da finalidade que se pretende alcançar. Isso porque a jurisprudência declaradamente vem utilizando o sequestro para atingir as funções típicas da hipoteca e do arresto, sem observar os requisitos inerentes às outras medidas.

Justamente em razão de recair sobre os bens lícitos do acusado, a especialização e registro da hipoteca legal “deve funcionar, portanto, como medida de *ultima ratio*, isto é, deve ser empregada apenas quando as demais medidas assecuratórias se revelarem insuficientes para garantir a reparação do dano causado pelo delito”²³.

Então, para além da discussão sobre a revogação ou não do Decreto-lei n. 3.240/1941, é inequívoco que a sua aplicação também deve ser pensada, primeiro, sobre a perspectiva do princípio da presunção da inocência e, além disso, sob o prisma dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Veja-se, nesse ponto, que, além do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o artigo 282 do Código de Processo Penal, ao disciplinar as medidas cautelares, impõe, em seu inciso II, a imprescindibilidade da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, tratando-se de evidente manifestação dos mencionados princípios.

Lado outro, não se pode perder de vista que a Constituição da República assegura, em seu artigo 5º, *caput* e inciso XXII, a inviolabilidade do direito à propriedade. Assim, tem-se, de um lado, a discussão sobre a vigência ou não do Decreto que permite que, no caso de crimes de que resultem prejuízo à Fazenda Pública, o sequestro recaia sobre todos os bens, inclusive os de origem lícita, para atingir finalidade inerente a outras medidas cautelares e, de outro lado, a necessidade de observância dos princípios processuais penais quando da decretação de qualquer me-

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1267.

didamente cautelares, notadamente porque implicam em restrição à propriedade, tida como um direito fundamental.

Nesse panorama, a par dessas premissas, mostra-se desarrazoada a possibilidade de o sequestro atingir, de maneira irrestrita, a totalidade do patrimônio do sujeito, posto que a suposta prática de um crime, mesmo que dele resulte prejuízo à Fazenda Pública, não legitima o alcance dos bens que não possuem qualquer relação (direta ou indireta) com o fato delituoso, devendo ser demonstrado o nexo de causalidade.

Além disso, não se mostra idônea a utilização do sequestro de bens lícitos com função da hipoteca legal e do arresto, especialmente porque esses institutos exigem a demonstração concreta do *periculum in mora*, caracterizado pela necessidade de se garantir a preservação dos bens, direitos ou valores, em situação em que a demora da prestação jurisdicional possa vir a possibilitar a dilapidação do patrimônio do acusado. Não é possível, portanto, decretar-se o sequestro dos bens lícitos para atender a essa finalidade, sob pena de desvirtuamento do instituto e de ofensa à presunção da inocência e ao princípio da proporcionalidade, inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal.

4 CONCLUSÃO

A utilização das medidas cautelares reais tem sido cada vez mais recorrente, especialmente em crimes econômicos e naqueles praticados por organizações criminosas. No entanto, no caso específico dos crimes com prejuízo à Fazenda Pública, observou-se que o alargamento das hipóteses legais de decretação tem possibilitado a utilização do sequestro dos bens lícitos do investigado com funções de hipoteca legal e de arresto, sem que estejam presentes os requisitos para utilização dessas medidas.

Nesse contexto, foram abordados alguns princípios que devem nortear a aplicação das medidas cautelares no processo penal, notadamente os princípios da presunção da inocência, do contraditório e da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na sequência, destacou-se o contexto envolvendo a decretação de medidas cautelares reais, com especial destaque à figura do sequestro, sendo mencionados os pressupostos para a sua decretação, com base na

redação do Código de Processo Penal e do Código Penal, bem como do Decreto-lei n. 3.240/1941.

Após, discutiu-se a falta de razoabilidade na utilização do sequestro dos bens lícitos do sujeito com funções de hipoteca legal e de arresto, a partir de alguns princípios processuais penais, concluindo-se que, nessa situação, não só há um desvirtuamento do instituto, como também uma clara ofensa à presunção da inocência e ao princípio da proporcionalidade, inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Das medidas assecuratórias. In: *Código de processo penal comentado*. Coordenadores: Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CASTRO, Rafael Guedes de. O uso abusivo das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *IBDPE*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/ouamc/>. Acesso em 20 de ago. 2021.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *IBDPE*. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/ptmc/>. Acesso em: 20 de ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A COLISÃO DE DEVERES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM PERSPECTIVA¹

MATHEUS ALMEIDA CAETANO²

RESUMO

Este artigo trata da colisão de deveres e seu objetivo é buscar a sua melhor aplicação no direito penal brasileiro. Considerando-a como uma colisão de bens jurídicos no âmbito dos delitos omissivos, apresentam-se as suas formas ou manifestações e os seus sentidos

¹ Siglas e abreviaturas: *ADPCP* (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*); art.(s) [artigo(s)]; *AT* (= *Strafrecht. Allgemeiner Teil*); CC (Código Civil Brasileiro); c/c (combinado com); CCL (Código Civil Lusitano); CFRB (Constituição Federal da República do Brasil); CP (Código Penal Brasileiro); CP Esp (Código Penal Espanhol); CPIta (Código Penal Italiano); CPL (Código Penal Lusitano); CPM (Código Penal Militar Brasileiro); CPMac (Código Penal de Macau); CPMoç (Código Penal Moçambicano); CPP (Código de Processo Penal); DCN (Diário do Congresso Nacional); *FS* (*Festschrift*); *JR* (*Juristische Rundschau*); *JZ* (*Juristische Zeitung*); *JRE* (*Jahrbuch für Recht und Ethik*); *JuS* (*Juristische Schulung*); LH (Livro Homenagem); *MPI-Freiburg* (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau*); nm. (nota de margem); nm. (nota de margem); p.c. (primeira coluna); PE(s) [Parte Especial(-is)]; PG(s) [Parte(s) Geral(-is)]; RBCDP (Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal); RDP (Revista de Direito Público); REC (Revista de Estudos Criminais); *RLE* [*Reforma do Código Penal*] (Revista Liberdades-Edição Especial sobre a Reforma do Código Penal); s.c. (segunda coluna); RG (*Reichsgericht*); *RGSt* (*Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, coletânea de decisões do Tribunal do Império em matéria penal); OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); StGB (Código Penal Alemão); StGBR (Código Penal do Império Alemão); *StVO* (*Straßenverkehrs-Ordnung*, Ordenamento do trânsito rodoviário alemão).

² Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Investigador Colaborador junto ao Instituto Jurídico da FDUC e ao Centro de Estudos Avançados em Direito “Francisco Suárez” da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa. Advogado criminalista. ORCID iD: 0000-0002-2889-4582. E-mail: matheusacaetano@gmail.com.

(amplo e estrito), propondo-se uma separação entre o conceito e o regime (jurídico) aplicado. A colisão de deveres tem dois elementos básicos: o carácter situacional do conflito e a fatal implicação da violação de um dever(es) para o cumprimento de outro(s). Depois de apresentar alguns casos de escola e algumas hipóteses, suscita-se uma recuperação do princípio do interesse sensivelmente superior no ordem jurídica brasileira com um levar a sério do axioma da imponderabilidade da inocente vida humana extrauterina. Por fim, a equivalência dos deveres (de ação ou de omissão) não orienta adequadamente o obrigado nem pode colocá-lo apenas diante de possibilidades de comportamento ilícitas.

Palavras-chave: colisão de deveres; conflito de deveres; crimes omissivos; justificação; exculpação.

SUMÁRIO

Considerações sobre o homenageado; **1.** Uma introdução ao lugar do conflito (ou da colisão) de deveres em direito penal; **2.** O conflito de deveres em direito penal; **3.** A concretização do conflito de deveres no CP: **3.1** O fundamento real para a justificação do conflito de deveres equivalentes; Conclusões; Referências.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O HOMENAGEADO

Além de voltar ao tema da colisão de deveres³ em direito penal, quis o destino que também fosse em outra obra em comemoração⁴ ao

³ Com relação à terminologia – ainda que ausente maiores problemas decorrentes do uso indiferenciado das expressões conflito de deveres (*Pflichtenkollision*) e colisão de deveres (*Pflichtenkollision*), bem como a preferência dos legisladores português (art. 36.º do CPL), macauense (art. 35.º do CPMac) e moçambicano (arts. 51.º, n. 1, *al. c*, e 54.º do CPMoç) pela primeira –, julga-se mais adequado a segunda, porque, além de ser a mais utilizada na dogmática jurídico-penal alemã, onde evidentemente o tema é profunda e amplamente desenvolvido, ela reflete as fragilidades das ordens jurídicas, já que suas proibições e seus comandos normativos chocam-se no enovelamento das relações jurídicas propiciadas pela complexidade do mundo da vida, constringindo o destinatário da norma de tal modo a levá-lo à violação de uma proibição ou ao descumprimento de um dever para assim atender, ao menos, algum(-ns) outro(s). Não por acaso, há uma histórica resistência em reconhecer o problema e regulamentá-lo, conforme aponta, não só, mas sobretudo, a experiência alemã até hoje. Inclusive nesta se destaca, por exemplo, a proposta que nega uma “colisão” (ou um “conflito”) de deveres, pois haveria antes “uma pluralidade de deveres equivalentes em razão da específica equivalência dos deveres”, GROPP, *FS Hirsch*, 1999, p. 217. Por fim, para todos os efeitos, em que pese a observação feita, o uso indiscriminado de uma ou outra expressão neste texto não acarretam maiores problemas quanto a sua melhor compreensão.

⁴ A saber, a primeira foi: BUSATO/SÁ/SCANDELARI (Orgs.), *LH Dotti I*, 2016.

Homenageado. Com a presente contribuição intenta-se realçar como, indesmentivelmente, o Professor Dr. RENÉ ARIEL DOTTI entra definitivamente para o seletorol de figuras públicas que realmente contribuíram de forma comprometida, constante e técnica para as práticas legislativa (como jurista), judicial (como advogado) e acadêmica (como professor) relacionadas ao direito penal no Brasil⁵.

1 O LUGAR DA COLISÃO DE DEVERES

Considerando-se as macrocategorias do Direito Penal envolvidas e suas respectivas relações com o tema proposto, primeiramente se busca separá-las de modo mais didático possível sem prejuízo de redução da complexidade temática nem distorções de seus conteúdos correlacionados, para, então, introduzir e situar a colisão de deveres no direito penal. Aquelas são a ilicitude e a culpabilidade (enquanto etapas de afirmação da responsabilidade jurídico-penal), bem como a justificação e a exculpação (enquanto etapas de negação da responsabilidade jurídico-penal). Inicia-se abaixo pelos diferentes níveis do plano de afirmação de responsabilidade jurídico-penal.

O direito penal tanto veda (proíbe) determinadas condutas em razão do seu desvalor quanto impõe (obriga) outras por seu valor perante a ordem jurídica. Correspondentemente se pode perpetrar um crime por

⁵ Por isso não é exagero afirmar que parte da história do direito penal brasileiro confunde-se com a própria biografia do Homenageado, especialmente devido a sua ativa participação no âmbito legislativo: (i) seja enquanto coautor de anteprojetos de lei, *v.g.* o da Reforma da PG do CP (Lei n.º 7.209/84) e da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84); (ii) seja enquanto Membro de várias Comissões de Juristas como as da Reforma do CP (Portaria 1.043/81 do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel), da Reforma da PE do CP (Portaria n.º 581/92 do Ministro da Justiça Maurício Corrêa), da Revisão dos Anteprojetos de Reforma Setorial do CPP (Portaria n.º 349/93 do Ministro da Justiça Maurício Corrêa), da Reforma do CP (Portaria n.º 1.265/97 do Ministro da Justiça Íris Rezende) e do “Novo” CP (Requerimento Interno do Senado Federal 756/11 de autoria do Senador Pedro Taques e sob a Presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Langaro Dipp); (iii) seja enquanto Relator do Anteprojeto de Nova Lei de Imprensa (Comissão da OAB, DCN, n.º 103, seção II, de 14.08.1991) ou Presidente da Comissão Especial de Estudo do Projeto do Novo CPP (Portaria 011/10 do Conselho Federal da OAB). Por fim, diante desta mera amostragem da constância e técnica do Homenageado, o seu compromisso aflorou (não apenas mas) especialmente nos dois episódios de declinação às Comissões de Juristas em 1998 e 2012 pelos aqodamentos exigidos para o desempenho dos trabalhos às respectivas épocas.

meio tanto de ação (em termos deônticos, pela infração de proibições, *vg.* não matar, art. 121 do CP) quanto de omissão (em termos deônticos, pelo descumprimento de mandatos, *vg.* não evitação do resultado⁶ morte, art. 13, §2.º, *al. a e b, c/c* art. 121 do CP). Os crimes omissivos caracterizam-se pela imposição de obrigações aos agentes por meio dos chamados deveres⁷, que podem ser direcionados indistintamente a todos (*vg.* na omis-

⁶ Com relação a importância do resultado nos crimes omissivos, *cfr.*: SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, 1965, p. 27, “a referência do comportamento omissivo ao resultado está em que este constitui o substrato material-objectivo do tipo de ilicitude da omissão impura”; FARIA COSTA, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 72 (1996), p. 391 (“a existência de um dever jurídico de garante pela não produção do resultado que recaia sobre o omitente”), 392 (“o *omittere*, jurídico-penalmente relevante, é um real construído cuja relevância resulta da transferência de equiparação axiológica tendo em conta a proibição dos resultados”) e 401 (“a ordem jurídica responsabiliza o agente não por ele agir mas, como vimos já até à exaustão, por ele não ter agido”); SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 155-6; TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 78-9, sobre o “dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor”; D’AVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, 2005, p. 219-21.

⁷ O emprego do termo obrigação não é muito comum em Direito Penal, assim como o do termo dever não é muito comum em direito civil, embora ambos guardem uma certa gênese entre eles. O Direito Civil arranca de um modelo centrado em direitos (o sentido é o de que o que não está proibido, está permitido), ou seja, em que a autonomia da vontade é a regra e a proibição a exceção, sendo, assim, frequentes as obrigações de fazer e mais raras as de não fazer. Por sua vez, o direito penal arranca de um modelo centrado em deveres (o sentido é o de que o que não está permitido, está proibido), ou seja, em que a proibição é a regra, sendo por isso mais frequentes os deveres de omissão (crimes ativos) e raros os deveres de ação (crimes omissivos), inclusive neste último sentido, *cfr.*: GROPP, *FS Hirsch*, p. 208, ao mencionar que na PE é possível indicar uma “relação de regra-exceção entre deveres de omissão reforçados por sanções e deveres de ação”, ou seja, como os crimes de ação predominam, há mais deveres de omissão em relação aos de ação; e p. 209, “a preponderância numérica dos preceitos proibitivos reforçados por sanções ou deveres de omissão não é ocasional, mas sim resulta da função da ordem jurídica (penal) como ordem de paz”; COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 200-8. Ainda que, em termos incipientes, seja possível considerar um certo paralelismo das *obligaciones de hacer* e de não fazer no direito civil com os *deveres de ação* e de omissão no direito penal [talvez, não por acaso, a colisão de direitos esteja no CCL (art. 335.º) e o conflito de deveres no CPL (art. 36.º)], os deveres se impõem em favor dos interesses que, por sua vez, assumem a faceta de bens jurídicos no discurso jurídico-penal, em sentido semelhante, *cfr.*: CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 1984, p. 257-8; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*⁸, 1992, p. 391 (§27, nm. 52); NEUMANN, *FS Roxin*, 2001, p. 421 (levanta a questão sobre “se a constelação da colisão de deveres de qualquer forma deixa se basicamente reduzir à colisão de interesses, ou seja, de bens jurídicos ou se ela apresenta uma específica e independente estrutura normativa”) e 439 (“também junto à chamada colisão de deveres, trata-se de uma colisão de interesses protegidos juridicamente”); CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, 2003, p. 32. Destaca-se ainda que a norma (de comportamento) não se confunde o dever (ou norma de sanção), aquela é o instrumental

são própria do art. 135 do CP) ou a certos sujeitos específicos chamados de garantes (*v.g.* na omissão imprópria do art. 13, §2.º, *al. a e b* do CP c/c art. 121 do CP⁸). Portanto, podem ser respectivamente deveres gerais (ou de solidariedade) ou especiais (de garante).

Eis que a colisão de deveres está relacionada com a estrutura dos crimes omissivos, e, por isso, seus contornos são influenciados não apenas pela determinação *legal*, mas também *judicial* de institutos correlacionados, a saber: o estado de necessidade⁹ e os tipos dos crimes omissivos impróprios¹⁰. Sob determinadas circunstâncias de tempo e espaço, quando dois ou mais deveres incidem sobre o(s) obrigado(s)¹¹ de modo a não ser possível cumprir todos¹² cumulativamente, ele(s) está vinculado

teórico-abstrato pelo qual o dever é instituído, CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 15, “o pressuposto para o nascimento de uma obrigação é um dever ser, que tem o carácter de um mandato ou de uma proibição” e “a fonte da obrigação, em matéria penal, são as normas jurídicas”; sendo a obrigação “um modo de comportamento que o obrigado deve realizar ou omitir”, ela liga-se a um destinatário concreto de um dever que foi instituído por uma norma. Antecipando-se uma diferença entre o estado de necessidade e o conflito de deveres, mediante uma “terminologia jurídico-civil”, pode-se dizer que o direito de necessidade (art. 34.º do CPL) é “um ‘direito potestativo’” ou “um poder ou faculdade jurídica” para realizar a ação salvadora, “enquanto o conflito de deveres impõe um ‘dever jurídico’”, porque,), “(...) a pessoa ser obrigada a cumprir um dos deveres (pois a alternativa seria absurda: já que não pode cumprir os dois, então não cumpre nenhum!)”, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal-PG²*, 2008, p. 429 (II. §758) e p. 518, II. 3, §918). Por fim, antecipa-se que há na colisão de deveres uma qualquer reminiscência das obrigações de resultado do direito civil, isso será retomado posteriormente.

⁸ Alusivamente, o dever de assistência médica para impedir o resultado morte do doente ou o dever dos pais de evitar situações de perigo para a vida e a integridade física dos seus filhos. Não obstante, em tese, haja possibilidade de cometimento de outros crimes do CP por meio da omissão imprópria.

⁹ Cfr. *infra* nota 32.

¹⁰ Destaca-se que “são apenas em parte tipos de formação legal, e, em parte, pelo contrário, de formação judicial”, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*¹¹, 1969, p. 209 (§28/1). Portanto, em razão da maior probabilidade de extrapolar os limites *legais*, há de aplicar de forma mais rígida os tipos omissivos em relação aos tipos comissivos por uma questão de legalidade criminal (art. 1.º do CP; art. 5.º, II, da CRFB).

¹¹ Cfr. o final da nota 19 sobre a possibilidade de uma pluralidade de obrigados na colisão de deveres: BINDING, *Handbuch des Strafrechts (1885)^{re}*, 1991, p. 759; JAKOBS, *AT²*, 1991, p. 445, nota 10 (§15/III, 6); SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 11; MANGAKIS, *ZStW 84 (1972)*, p. 451, nota 11; JANSSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 11 e s.

¹² Cfr.: KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, p. 10; RÖNNAU, *JuS 53 (2013)*, p. 113, p.c.; SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 152; MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal-PGI_{II}⁶*, 1998,

a cumprir quantos daqueles forem possíveis¹³. Eis o *conceito* de colisão de deveres¹⁴, antecipa-se que vários dos casos mencionados podem estar

p. 942; PIRES, *Estado de necessidade*, 2000, p. 46; FREUND, *AT*², 2009, p. 88 (§3, nm. 43); STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁶, p. 145 (§9, nm. 120); CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 36; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, p. 5; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG*⁹, 2011, p. 480.

- ¹³ Eis sua *aproximação* com as obrigações de resultado do direito civil, uma vez que, ao menos, um dos deveres deve ser cumprido. Assim, em continuidade à ideia suscitada ao final da nota 5, esclarece-se que tal aproximação sugerida consistiria em que o obrigado teria *uma obrigação em relação à realização da ação exigida* e não necessariamente ao resultado final visado pela norma (v.g. o salvamento de uma pessoa em perigo, o valor de resultado). Tratar-se-ia de uma *obrigação de resultado referida à melhor realização possível do cumprimento do(s) dever(es)*, v.g., no caso da máquina cardiopulmonar, o médico que se decide pela conexão do paciente A não poderia futuramente responder pelo injusto penal decorrente do não cumprimento do dever se este paciente viesse a óbito por quaisquer razões. Diferentemente das obrigações de resultado no direito civil, o resultado não é consequência inexorável do salvamento de A, mas sim o de prestação de cuidados médicos da melhor forma possível: exige-se, portanto, um valor de ação. Inclusive, essa proposta é coerente com a própria natureza desse tipo de tratamento médico em termos jurídico-civis por se aproximar mais de uma obrigação de meio que a uma de resultado.
- ¹⁴ O tema do conflito de deveres belisca algumas zonas sensíveis marcadas pelos deveres de sigilo profissional (I), deveres impostos por decisões judiciais (II) e deveres de obediência hierárquica e outros da esfera castrense (III). No primeiro grande grupo (I), destacam-se as situações de possíveis conflitos de interesses e/ou de deveres envolvendo o dever de sigilo profissional nos âmbitos médico (I.1.1) e da advocacia (I.1.2). Quanto ao primeiro (I.1.1), destacam-se os possíveis conflitos entre o dever de sigilo médico em situações complicadas, v.g. Caso do Paciente Epiléptico, o médico comunica à autoridade de trânsito a epilepsia de seu paciente (com períodos de profunda inconsciência) por representar um perigo real para a segurança no trânsito [SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 7, Caso (27); semelhante, com fulcro no Caso (verídico) Lubitz no plano da aviação, em que a situação desse copiloto, diagnosticado com um quadro depressivo de transtorno mental com sintomas de psicose, não foi informada por seu médico à autoridade de aviação, tendo Andreas Lubitz precipitado dolosamente um avião comercial sobre os Alpes franceses em 23 de março de 2015, causando a morte de todas as 150 pessoas a bordo, KULLOK, *REC 64 (2017)*, p. 47 ss.]; ou os Casos dos Pacientes Noivo com Sífilis e Noiva e da Paciente Prostituta com Sífilis e o Amigo, em que médicos denunciam a sífilis do noivo aos pais da noiva para evitar o contágio da última, também paciente do mesmo médico ou da prostituta não submetida a vigilância sanitária obrigatória, com quem o amigo do médico que a assistiu pretende ter relações sexuais [KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, p. 27 e 28; SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 5-6, Casos (22) e (23)]. Quanto ao segundo (I.1.2), destaca-se desde a possível colisão do dever de sigilo profissional do advogado com o dever de comparecer como testemunha, e, logo, responder à todas as questões em juízo [JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, p. 79-85 (§12)], até as recentes “obrigações” de comunicação aos órgãos de fiscalização do Estado impostas por legislações de combate à lavagem de capitais aos advogados, implicando em possí-

submetidos a outro *regime* jurídico de solução, como os dos conflitos de interesses ou de bens jurídicos (estados de necessidade), cujas diferenças são bastante tênues, exigindo um amplo estudo que não é possível desenvolver neste certame.

Ao retomar o raciocínio inicial, quanto aos diferentes níveis do plano de exclusão de responsabilidade no tema em causa, a não aplicação de pena pode se dar por variados fundamentos com diversos efeitos jurídicos¹⁵ (o regime/tratamento). Neste âmbito, com relação às causas de justificação, uma conduta *a priori* típica – proibida por representar um desvalor jurídico-penal – passa a ser preponderantemente tratada *a posteriori* como lícita diante da ordem jurídica – permitida por representar

veis violações de segredo profissional e da intimidade individual e familiar de clientes, COCA VILA, *InDret 4* (2013), p. 1 ss.; Id, *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, p. 287 ss. No segundo grande grupo (II), no âmbito judicial, se admitido o sentido amplo da colisão de deveres (ver *infra* nota 22), bem como a possibilidade de colisão entre deveres oriundos de ramos diversos, em carácter alusivo, destaca-se que as obrigações de fazer decorrentes de uma decisão judicial de natureza extrapenal podem colidir, em tese, com alguma proibição administrativa ou penal. Pense-se neste caso hipotético: uma decisão já irrecorrível que imponha uma obrigação de fazer, em desfavor de um administrador público (um chefe do Poder Executivo municipal, estadual ou federal), que, *in casu*, não pode ser efetivamente cumprida por implicar, em termos econômicos, a extrapolação do orçamento estabelecido para aquele ano. Caso a execução desta decisão fosse ordenada, o agente público estaria obrigado a optar entre duas opções igualmente ingratas (ou, se se preferir, ilícitas): (i) ou cumpre a decisão jurídica impositiva de obrigação de fazer (realizar uma compra de um determinado medicamento ou de livros didáticos) e pratica um ato de improbidade administrativa, nos termos do inciso IX do art. 10 da Lei Federal n.º 8.429/92 (“IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;”), bem como o crime de ordenação de despesa não autorizada (art. 359-D do CP); ou (ii) descumpra a decisão e pratica um dos seguintes crimes contra a Administração Pública, o de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP) ou o de desobediência (art. 330 do CP). O que este chefe do Poder Executivo deveria fazer? O último grande grupo (III) é marcado pela possibilidade de deveres jurídicos de natureza civil colidirem com os de natureza castrense, como o dever de obediência hierárquica na seara militar, JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, p. 106-24 (§16).

¹⁵ Por razões de espaço e oportunidade, sobre os níveis da atipicidade, da redução ou da exclusão da pena, da responsabilidade pelo fato, bem como da suspensão do juízo de culpabilidade (*epoché*) ou da indefinição da licitude ou ilicitude do conduta (espaço livre de direito) na colisão de deveres, bem como da exclusão da ilicitude jurídico-penal (causa de exclusão do injusto penal), remete-se a um panorama geral em: CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 95-175; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 78-137 (todo o item B); COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 2016, p. 95-130; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, 2016, p. 29-49.

um valor jurídico-penal. Por isso se impõe um dever de tolerância ao polo passivo (da vítima da conduta justificada) e uma autorização de ação ou omissão ao polo ativo (do autor da conduta justificada)¹⁶ enquanto efeitos gerais da justificação¹⁷.

Por sua vez, nas causas de exculpação, pressupõe-se¹⁸ uma conduta típica e ilícita – um desvalor jurídico-penal, um injusto –, mas não se res-

¹⁶ MURMANN, *Grundkurs-AT*², 2013, p. 76; BRINGEWAT, *Gründbegriffe des Strafrechts*², 2008, p. 190, as normas permissivas, como autorizações de ação, correspondem a um direito à intervenção nos bens jurídicos de terceiros, que, por sua vez, ficam obrigados a um simétrico dever de tolerância, devendo suportar a ação justificada com as consequências da intervenção; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*², 1988, p. XV, 89-91, 117 e 156, sobre o princípio da correspondência ou correlação entre o direito de intervenção e o dever de tolerância como base analítica das chamadas causas de justificação “intra-sistemáticas” ou fortes (cfr. nota seguinte).

¹⁷ Em resumo, uma conduta típica que, se não fosse pela incidência de uma causa de justificação, também seria ilícita, transforma-se em uma conduta lícita, portanto, permitida. Em termos alusivos, especialmente no âmbito da colisão de deveres *equipotentes de ação*, quando se envolve inocentes vidas humanas extrauterinas, discute-se acerca dos efeitos de uma justificação forte ou fraca: a primeira impõe um dever de tolerância no polo passivo e um direito de agir no polo ativo do obrigado nos moldes descritos na nota anterior; a segunda possibilitaria uma certa defesa (não com os contornos e o alcance da legítima defesa, art. 25 do CP) do polo passivo, pois não seria atribuído um direito do polo ativo em agir e, se for o caso, provocar a morte do concorrente (ou do polo ativo). Portanto, para além de uma certa similitude entre as causas de justificação intra-sistemáticas e a justificação forte, bem como entre as causas de justificação extra-sistemáticas e a justificação fraca, há uma tendência a considerar alguns casos regulamentados na PE do CP e na legislação esparsa como manifestações do estado de necessidade (vg. MAMELUQUE, *Do estado de necessidade (...)*, 2011, p. 126-35), o que, por sua vez, integra uma tendência ainda mais ampla, a de reconhecer causas de justificação na PE do CP como forma de tentar conservar o “sistema” das causas de justificação.

¹⁸ Uma vez que a culpabilidade é uma categoria vicária em relação à ilicitude (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 68, 451, 760 e 764), o que significa que as causas de exculpação só podem ser avaliadas após a inaplicabilidade de quaisquer das causas de justificação [MINORELLI/CAETANO, *RDP 94 (2020)*, p. 286, nota 22]. Em termos diretos e correlacionando os dois níveis supramencionados (o da afirmação e o da exclusão da responsabilidade jurídico-penal), a aplicação de uma causa de exculpação pressupõe uma conduta injustificada, portanto, típica e ilícita. E, por isso, não se pode negar que caberia à contraparte do agente que goza de uma causa de exculpação um direito de legítima defesa [vg., por isso defendendo uma colisão de deveres justificante em favor do médico que é obrigado a escolher qual dos dois pacientes infectados com Covid-19 (*SARS-CoV-2*) será tratado, do caso contrário, “o fato seria somente desculpado, teriam possivelmente os pacientes e parentes [próximos] direitos de legítima defesa contra suas ações”, AMOS, *Legal Tribune Online (2020)*, n.p.]. Isso enquanto desdobramento lógico da ausência de uma justificação pela parte (*in casu*, o médico), segundo o regime das causas de justifica-

ponsabiliza o agente porque não é censurável o seu modo de agir sob determinadas circunstâncias concretas. Em síntese, as causas de exculpação evitam uma punição do Estado com carga de censura adicional, mesmo tendo o agente cometido um fato típico e ilícito¹⁹. Uma vez fornecido o panorama geral do instituto dentro das macrocategorias do direito penal, mesmo que, por ora, suspensa esteja a determinação de o quê excluirá a ilicitude e o quê excluirá a culpabilidade da conduta do obrigado, é chegado o momento de se aprofundar na colisão de deveres com os seus casos de escola.

Indicado o lugar da colisão de deveres, ou seja, no âmbito da exclusão de responsabilidade jurídico-penal, especialmente, em suas modalidades de justificação e exculpação da conduta praticada, propõe-se, no item seguinte, uma melhor delimitação do tema a partir da correlação entre suas *manifestações* ou *formas*, seus *sentidos estrito e amplo* com alguns de seus principais casos de escola.

2 O CONFLITO DE DEVERES EM DIREITO PENAL

Considerando-se as três *manifestações* (ou *formas*) possíveis do conflito de deveres²⁰, a doutrina divide-se entre dois *sentidos* do termo, um

ção fortes ou intrassistemáticas. Também corretamente ao apontar tal consequência, embora não tão correto quanto ao enquadramento da colisão de deveres com cumprimento do dever legal, “se fosse correto ser essa conduta antijurídica e apenas não culpável — como pretende a doutrina alemã— não há dúvida que contra elas cabe a legítima defesa”, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG*⁹, p. 481.

¹⁹ E se diz adicional porque não se pode negar que a ilicitude constitua já uma primeira censura concreta do cidadão pelo Estado e talvez a tipicidade uma censura abstrata, “se o Estado lança uma censura de injusto [*Unrechtsvorwurf*] contra alguém” [AMOS, *Legal Tribune Online* (2020), n.p.]. Já antes, ao destacar que a antecipação da gravidez sob pressupostos legais, “apresenta nenhum desvalor de ação (nenhuma mácula para a grávida), entretanto, um desvalor de resultado (morte do embrião)”, o que com o §218a StGB, mães e médicos conseguiram uma maior segurança jurídica, KAUFMANN, *JZ* 47 (1992), p. 983.

²⁰ A saber, entre (i) deveres de omissão e de ação, (ii) deveres de ação e (iii) deveres de omissão. Em apresentação direta e didática no sentido de “1. A ‘colisão’ de um *dever de ação* com um *dever de omissão* 2. A ‘colisão’ de um *dever de ação* com um *dever de ação* em: a) *Prioridade* de um dever de ação b) *Equivalência* dos deveres de ação 3. A ‘colisão’ de um *dever de omissão* com um *dever de omissão*”, GROPP, *FS Hirsch*, p. 209. Sobre o conflito entre deveres de omissão e de ação (i), a doutrina divide-se: com uma parcela maior

estrito e o outro amplo. O primeiro representa a doutrina majoritária que se caracteriza pela incidência apenas de *deveres de ação*²¹, sendo exemplos

negando a sua possibilidade (conceito estrito de conflito de deveres), uma vez que haveria um estado de necessidade e não um conflito de deveres nessas situações, *vg.* MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 72 e 92 (3.7); CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 21-4; e outra parcela minoritária (conceito amplo de conflito de deveres) que admite a possibilidade de colidirem deveres de ação com os de omissão, *vg.* CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 175-91; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 116 e 118-9; CAETANO, *Direito Penal e Política Criminal*, 2015, p. 601-602 e 607; COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 76-9 e 198-200. Por sua vez, a doutrina é unânime em reconhecer os conflitos entre apenas deveres de ação (ii), inclusive há quem reconheça exclusivamente neles até mesmo uma colisão de normas, HIRSCH, *FS Bockelmann*, 1989, p. 112. Por fim, quanto ao conflito entre deveres de omissão (iii), há uma tradição filosófica que nega sua possibilidade, alusivamente: WOLFF, *Philosophia practica universalis*, 1738, p. 168 (§212), “*Legum prohibitivarum collisio nulla*” (= “Nenhuma colisão das leis proibitivas”), “*Leges prohibitiva nunquam inter se colliduntur*” (= “Leis proibitivas nunca colidem entre si”) e *Leges prohibitivae nunquam inter se colliduntur*” (= “Leis de proibição nunca colidem entre si”); PAIVA, *Philosophia de Direito ou elementos de direito natural* 1^o, 1883, §30; e, por conseguinte, grande parte da dogmática jurídico-penal questiona sua legitimidade, VON WEBER, *FS Kiesselbach*, 1947, p. 236; SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 35, nota (3); CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 83-4 e 256; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 23-4, sob um ponto de vista lógico, proibições não colidem (*leges prohibitivae nunquam inter se colliduntur*), logo, várias obrigações de omissão podem ser cumpridas simultaneamente; NEUMANN, *FS Roxin*, p. 430 e 439 (8.); GROPP, *FS Hirsch*, p. 217-8 (com o mesmo fundamento do último), menciona a “a ausência de ‘elementos de colisão’” (p. 217, *in fine*); RÖNNAU, *JuS 53 (2013)*, p. 113, p.c.; CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 855 e nota 15; já, em sentido favorável à colisão entre deveres de omissão, BINDING, *Handbuch des Strafrechts (1885)*^{Re}, p. 759.

²¹ Por todos: ROXIN/GRECO, 2020, *ATF*^F, p. 887, nota 242 (§16, D, nm. 116); KÜPER, *JuS 1971*, p. 475; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁶, 2011, p. 146-7 (§9, nm. 120, 121 e 126); CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 27 (p. 23); MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 92 (3.7). Esclarece-se que a grande parte da doutrina não é clara quanto à modalidade dos deveres de ação considerados, pois o conflito pode se dar tanto entre deveres de ação *heterogêneos* [*vg.* Caso do Pai-Filho-Outra Criança, em que um pai pode salvar, após um acidente de carro, ou o seu filho ou uma criança qualquer, RÖNNAU, *JuS 53 (2013)*, p. 114, s.c., colidem um dever de garante para com o próprio filho e um dever de socorro para com a outra criança que incidem simultaneamente sobre o pai da primeira; SOUSA, *Estado de necessidade*, 1979, p. 157] quanto entre deveres de ação *homogêneos* [*vg.* Caso do Pai-Filho (cfr. nota seguinte), colidem dois deveres de garante sobre o pai das duas crianças que se afogam simultaneamente]. Mas, embora raramente ou talvez nunca suscitado, em tese haveria outra hipótese de conflito entre deveres de ação homogêneos: entre dois deveres de natureza (de omissão) própria. Em partes, isso é compreensível, uma vez que, sob uma situação de socorro, basta que um dos vários obrigados socorra o necessitado para que o dever de ação próprio dos outros desapareça, porque, sendo-o dever de carácter geral, uma vez atendido o socorro do necessitado, cessará a obrigação de

os Casos do Pai-Filho²² e da Máquina Cardiopulmonar²³. Em *sentido am-*

socorro dos demais (MAYRINK DA COSTA, *Código Penal Comentado-PG e PE*, 2013, p. 374, p.c., eis a chamada “obrigação solidária” em que “vários autores respondem pelo inadimplemento do dever de assistência; se houver o cumprimento do dever suficiente por um, ficam desobrigados os demais, exceto no caso de imperiosa participação de várias pessoas para o socorro eficaz”). Por conseguinte, se ninguém socorre o necessitado, todos serão violadores do dever geral de socorro do art. 235 do CP e responderão pelo crime. Mas isso não exclui a possibilidade – rara, mas não impossível – de um conflito homogêneo entre deveres de ação próprios no caso em que há três necessitados (três deveres de agir oriundos da omissão própria, cujo socorro exige duas pessoas no mínimo para cada necessitado) e dois obrigados, portanto, os dois obrigados terão de decidir a quem dar socorro e, logo, os dois necessitados que não serão assistidos [um caso quase idêntico já era suscitado no âmbito dos deveres especiais de ação – de garante – dois doentes em perigo de vida que chegam simultaneamente ao hospital, necessitando ambos de uma cirurgia com a participação simultânea dos dois únicos médicos disponíveis, cfr.: JAKOBS, *AT*², p. 445, nota 10, Cap.15/nm. 6; ID, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 46, nota 92; pouco convincente ao negar uma colisão de deveres nessa hipótese com uma solução de exclusão do tipo omissivo de socorro pela “impossibilidade de agir”, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 2012, p. 357]. Antecipa-se, desde já, que os casos se resolvem da mesma forma, no plano da justificação, bastando o cumprimento do(s) dever(es) possível(-is), portanto, independentemente de os deveres colidentes serem de ordem geral/solidária (omissão própria) ou individual/especial (omissão imprópria), bem como da quantidade deles, a imputação pelo(s) dever(es) infringido(s) está(-ão) limitada(s) ao(s) dever(es) possível(-éis) de atendimento. Não obstante, quanto ao cumprimento, a solução é diversa, porque, embora um garante não possa cumprir o dever especial de outro garante, quem presta socorro pode cumprir o dever (de solidariedade) de quaisquer outros obrigados em determinado contexto.

²² Ressalvada a tradução literal deste caso, ele obviamente não exclui a possibilidade de o obrigado ser uma mãe ou qualquer outro garante naquela situação. Trata-se de um pai que está diante de seus dois (ou mais) filhos em afogamento na praia (piscina, dentro do bote ou qualquer outro local), sendo impossível salvá-los simultaneamente. Neste sentido, cfr.: FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281 s.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 19 (acidente com o bote); VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unrechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 107; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000, p. 5 e 101; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 27, 75-6 (enquanto “colisão de deveres de ação valorativamente iguais”, “o exemplo clássico de várias obrigações juridicamente fundadas e valorativamente iguais dirigidas a um mesmo sujeito”); FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal-PGI*^{2Re}, 2007, p. 466, §42; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 356; MAYRINK DA COSTA, *Código Penal Comentado-PG e PE*, 2013, p. 104, s.c.; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 126 (caso de um incêndio); RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 164; REGIS PRADO, *Tratado de Direito Penal brasileiro-PGI*³, 2019, p. 969; BUSATO, *Direito Penal-PG*⁵, 2020, p. 723; ROXIN/GRECO, *ATI*⁷, p. 887-8 (§16, D, nm. 116).

²³ Trata-se da situação em que algum(-ns) médico(s) está(-ão) diante de uma quantidade de equipamentos vitais disponíveis inferior à quantidade de pacientes em estado grave sob um mesmo espaço de tempo, portanto, ele(s) é(são) obrigado(s) a decidir quem será assistido e quem não. Neste sentido, cfr.: WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*¹¹,

plo²⁴, reconhece-se que a colisão pode se dar entre quaisquer combinações de deveres, portanto, acolhendo todas as manifestações (ou formas) possíveis do instituto em estudo²⁵. Em termos alusivos, além dos casos

p. 185, §23; KÜPER, *JuS* 9 (1971), p. 474 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*³, 1996, p. 366 (§33/V); ROXIN/GRECO, *ATP*³, p. 854 s., nm. 33, §16; TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*⁵, 1994, p. 187-8; AMORIM, *A inexigibilidade de conduta diversa*, 2014, p. 166; RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 164; REGIS PRADO, *Tratado de Direito Penal brasileiro-PG*³, p. 969; BUSATO, *Direito Penal-PG*⁵, p. 723; GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, 2021, p. 249. Um recente renascimento da discussão veio a lume com a pandemia de Covid-19, uma vez que a escassez de respiradores e leitos de UTI levaram os médicos de várias partes do mundo a decidir quem era tratado e quem perecia na chamada triagem *ex ante* (com esclarecimentos sobre a versão *ex post*), cfr.: AMOS, *Legal Tribune Online* (2020), n.p.; DENZEL, *REC* 78 (2020), p. 23 ss.; COCA VILA, *InDret* 1(2021), p. 166 ss.; RUGGIERO, *Corti Supreme e salute 1* (2021), p. 155 ss.; MINORELLI/CAETANO, *RDP* 94 (2020), p. 278 ss.; Id/Id, *Jota* 2021, n.p.;

²⁴ Por todos: GALLAS, *FS Mezger*, 1954, p. 311 ss.; HRUSCHKA, *FS Dreher*, 1977, p. 192 ss.; MANGAKIS, *ZStW* 84 (1972), p. 456 ss.; CUNHA, *Vida contra vida*, 2009, p. 239-258 (capítulo 7.º), 281-292 (capítulo 9.º), 807, 809, sem utilizar a expressão conflito de deveres de ação com omissão, mas também tratando-as (cfr. nota seguinte); NEUMANN, *FS Roxin*, p. 421 ss., mas com restrições à modalidade de deveres de ação colidirem com deveres de omissão; CAETANO, *Direito Penal e Política Criminal*, p. 601-2 e 607; Id, *LH-Dotti I*, p. 854-5 (especialmente p. 855, nota 15); COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 65-81.

²⁵ Apenas a título elucidativo, nem todas as formas de arrumação do instituto em sentido amplo são iguais, destacando-se tanto quem parte de uma macro concepção de colisão de deveres englobante de situações de estado de necessidade (COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 198-200, com destaque para a “intercambialidade absoluta” do operador deontico, o que vai exatamente no sentido contrário do sentido estrito do conflito de deveres) quanto quem parte de uma macro concepção de estado de necessidade receptora de situações de colisão de deveres [CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, p. 256, de modo a que, desde que o mal causado não seja maior que o evitado (art. 8, n. 7, do CP Esp), cobertos estão os conflitos de deveres de ação hierarquicamente diferentes e iguais, “junto à colisão de bens aparece a colisão de deveres (penais), agrupadas ambas sob o supraconceito de estado de necessidade”; já bem antes, de forma pioneira (cfr. nota 32 *infra*), chamado de “estado de necessidade de deveres”, BINDING, *Handbuch des Strafrechts* (1885)^{Re}, p. 759 ss.]. Em síntese, o pêndulo de fundamentação oscila entre o conflito de deveres ser o protótipo que abarca casos especiais de estado de necessidade e o estado de necessidade ser o modelo sob o qual se incorporam casos de conflito de deveres. Digno de nota é que, “a distinção entre conflito de deveres/conflito entre um interesse e um dever (*naeminem laedere*), determinando a fronteira entre conflito de deveres (em sentido amplo) e estado de necessidade (em sentido estrito) acabou por não se nos revelar tão decisiva quanto começáramos por suspeitar, assumindo, de facto, maior importância (também a nossos olhos) aquela tradicional diferenciação entre *conflito de deveres em sentido estrito* (conflito entre deveres de acção) e *estado de necessidade em sentido amplo* (que engloba o conflito entre dever de acção e dever de omissão e o conflito entre interesse em agir e dever de omitir)”, CUNHA, *Vida contra vida*, p. 802

em sentido estrito (entre deveres de ação), compreende-se também os Casos do Motorista-Fantasma e do Túnel Elb em Hamburgo (entre deveres de omissão)²⁶ e os da Eutanásia-Nazi²⁷ e do Operador de Trilhos ou Agulheiro²⁸ (entre deveres de ação e de omissão).

Considerando-se os “componentes da ‘colisão de deveres’”²⁹, diante dos dois conceitos suscitados (conjuntos) extrai-se que há unanimidade

²⁶ O primeiro consiste em um motorista que adentra uma estrada em sentido contrário, uma vez dentro deste contexto, a *StVO* proíbe o condutor de seguir (§2 I, II), de parar (§18, VIII), de dar marcha à ré (§18, VII), de abandonar o carro e subir na calçada (§18, IX) e também de virar para quaisquer dos lados (§18, VII). O segundo trata-se de um motorista no Túnel Elb, em pleno horário do *rush*, em que grande parte das vias está autorizada em sentido sul e outra parte em sentido norte. De repente, por um erro operacional, os sinais indicam que o sentido das vias se inverte e o motorista acaba sendo colocado no sentido inverso do fluxo de carros. Cfr.: HRUSCHKA, *FS Larenz*, 1973, p. 261; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unrechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 107; NEUMANN, *FS Roxin*, p. 430, notas 47 e 48, destacando a falha técnica anterior que cria o problema de trânsito, mas talvez não diga o essencial, ou seja, é o próprio Estado que provoca a situação de conflito com a sua falha; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, p. 12, nota 46; GROPP, *FS Hirsch*, p. 218-9; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 23-4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*⁵, p. 366 (§33/N); STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁶, p. 147 (§9, nm. 126); MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 12 (Caso 7), 70-1 e 86.

²⁷ Por ordem secreta de Hitler, determinou-se a “eutanásia” de todos os pacientes das clínicas psiquiátricas do regime. Cabendo aos médicos a elaboração das listas dos destinados às câmaras de gás, eles encontravam-se sob o seguinte dilema: (i) descumprir totalmente o decreto sem a confecção das listas e serem substituídos por médicos fiéis ao regime, que, por sua vez, exterminariam muitos mais doentes; ou (ii) cumpririam minimamente o decreto, elaborando listas significativamente menores, visando assim salvar uma quantidade maior de doentes, que seriam liberados das clínicas, SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 8 (Caso 39); GALLAS, *FS Mezger*, p. 326 s.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*¹¹, p. 184-5 (§23/1); SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch-AT*², 1975, p. 415 (§12, nm. 69); SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 165-6; KÜPER, *JuS 21 (1981)*, p. 787; NEUMANN, *FS Roxin*, p. 438; MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, p. 313, nota 1008; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 11-2 (Caso 6), 18-21 e 86; RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 166; ROXIN/GRECO, *AT*³, p. 855, §16, n. 35; DOTTI, *Curso de Direito Penal-PG*⁷, 2020, p. 666.

²⁸ Um operador de trilhos percebe uma locomotiva de carga desgovernada que se aproxima da estação, caso ele não faça nada, a locomotiva chocará com outra lotada de passageiros na estação, mas, se ele a desviar para um trilho paralelo, poderá evitar o choque, não obstante condenará à morte 3 funcionários que trabalham na manutenção dos trilhos. Neste sentido, cfr.: WELZEL, *ZStW 53 (1951)*, p. 51; GALLAS, *FS Mezger*, p. 330-2; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 126; AMORIM, *A inexigibilidade de conduta diversa*, p. 166; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 25-6; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 11 (Caso 5). 33, 50 (nota 226) e 86.

²⁹ A saber, o dever de ação e o dever de omissão, GROPP, *FS Hirsch*, p. 209. Por isso, a intercambialidade irrestrita do operador deontico (cfr. *supra* nota 23) acaba por dissolver

somente em relação aos deveres de ação (candidatos positivos nos dois conjuntos) e discussão em relação aos deveres de omissão e aos deveres de ação com os deveres de omissão (candidatos possíveis nos dois conjuntos), e, por isso, os últimos são geralmente submetidos ao regime jurídico de outros institutos. A determinação do regime jurídico dependerá do sutil jogo entre o *sentido* adotado e a *manifestação/forma* de colisão de deveres admitida.

Considerando-se o sentido estrito, defende-se que só há regime jurídico autônomo para o conflito entre deveres de ação (equipotentes ou divergentes)³⁰, logo, inexistente entre deveres de omissão entre si e entre deveres de ação e de omissão³¹. Por sua vez, se se parte do sentido amplo, há diversificados regimes jurídicos conforme as colisões entre deveres de ação

qualquer diferença entre esses componentes (a proibição é um dever de omissão e o mandato é um dever de ação), logo, qualquer configuração ou forma do conflito de deveres é admitida.

³⁰ Deste modo, cfr.: NEUMANN, *FS Roxin*, p. 428, *in fine*, pois a colisão de deveres de ação com de omissão são resolvidos pela regra do estado de necessidade (§34 do StGB), “restringindo-se o instituto da colisão de deveres justificante aos conflitos entre vários deveres de ação (isto é, vários deveres de omissão)”. Há de considerar que, para grande parcela dos adeptos do sentido estrito, a colisão entre deveres de ação divergentes (de diverso valor) – *vg.* dever de garante contra dever de socorro – não seria contemplada, pois o dever especial seria superior ao dever geral de socorro, portanto, não colidiriam os deveres já que uma metanorma solucionaria esses casos.

³¹ GROPP, *FS Hirsch*, p. 216, defendendo que, nesses casos, não há mais que um dever *material*, logo, há meros conflitos de interesses, aplicando-se as regras dos §§34 e 35 do StGB. Coerente com a sua proposta, aponta o “interesse equivalente” como fundamento da causa de justificação do conflito de deveres (o que engloba somente a colisão de deveres de ação equipotentes), GROPP, *AT⁴*, 2015, p. 180, nm. 37 e 42. Pode-se afirmar que há uma coincidência quase que perfeita entre o sentido estrito do instituto e a corrente em franca ascensão de solução no plano da atipicidade da conduta, a saber: JOERDEN, *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, 1986, p. 85-6, sob o argumento de que um dos deveres é o único exigido legitimamente, sob pena de contradição do ordenamento jurídico; Id, *JRE 5 (1997)*, p. 43, 47-8, sob a construção kantiana dos “fundamentos de colisão”, uma ordem jurídica que anseie constituir um sistema não pode ter deveres (compreendidos aqui tanto as proibições como os mandatos) em colisão; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, p. 157-8; COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 99 s.; cumpre destacar que, já bem antes, por meio da ideia de “atipicidade conglobante”, sendo praticamente aparentes as colisões possíveis de deveres, ZAFFARONI, *Teoría del delito*, 1973, p. 399-401; Id/ PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG^o*, p. 481-2, “a afirmação de que o cumprimento de um dever jurídico é uma causa de atipicidade penal, por efeito da correção exercida pela consideração conglobada” [destacando, e bem, essa observação, MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 46-7].

(equipotentes ou divergentes), de omissão (com alguma divergência) e de ação com os de omissão³². Portanto, extrai-se que o sentido estrito parte das causas de justificação, enquanto o sentido amplo arranca das situações independentemente de seus efeitos de justificação ou de exculpação³³.

A origem do instituto confunde-se com a própria evolução dogmática e jurisprudencial do estado de necessidade na Alemanha³⁴. Com o

³² Assim, “correspondentemente dentro da colisão de deveres deixa-se diferenciar em dois tipos básicos elementares: por um lado, o conflito entre dever de omissão e dever de ação e, por outro lado, o conflito de dois (ou mais) deveres de ação. O primeiro tipo pode designar como ‘colisão de deveres em sentido amplo’ e o segundo como ‘colisão de deveres de ação’ ou ‘colisão de deveres em sentido estrito’”, KÜPER, *Rechtfertigung und Entschuldigung-MPI-Freiburg-I*, 1987, p. 346, para o conflito entre dever de ação e dever de omissão “poderia ser decidido pelos princípios gerais do estado de necessidade (‘a ponderação de interesses’)” enquanto que, para o conflito entre deveres de ação, “valem os ditames máximos especiais”. Destaca-se que há uma certa aceitação generalizada de que, quando colidem um mandamento (um dever de ação/agir/positivo) e uma proibição (um dever de omitir/abster/negativo), o último prevalece porque: (i) caso contrário, a ordem jurídica estaria estimulando uma prática ilícita; (ii) o desvalor do crime omissivo é menor que o do crime ativo; (iii) princípio do *casum senti dominus* (COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 380-411); (iv) é preferível não alterar as condições vigentes (*quieta non movere; status quo ante*); ou (v) cumprir o dever de agir seria “brincar de Deus” ou “manipular o destino de outrem” (RÖNNAU, *JuS 2020*, p. 405).

³³ Não por acaso, afirma-se que as teorias sobre a colisão de deveres como desdobramento do estado de necessidade também assumem o sentido amplo, entretanto, a postura de COCA VILA seja ampla, mas em outro sentido, desvinculado do estado de necessidade. Por sua vez, em regra, as teorias que admitem o sentido estrito acabam por não o derivar do estado de necessidade.

³⁴ Com destaque para a doutrina ampla do estado de necessidade que englobava a colisão de bens jurídicos [ou o estado de necessidade de bens jurídicos (*Güterkollisionno-stand*)] e o conflito de deveres [ou o estado de necessidade de deveres (*Pflichtennots-stand*)], BINDING, *Handbuch des Strafrechts (1885)*^{9c}, p. 759 ss. Posteriormente, em 1927, o RG foi instado a decidir sobre a (i)licitude do aborto praticado por dois médicos como único meio de salvamento da vida da gestante. À época, o §54 do StGBR não incluía os médicos no rol dos agentes autorizados a atuar em estado de necessidade exculpante (auxílio de terceiros), portanto, não era autorizada a interrupção voluntária da gravidez por quem não era parente da gestante, sob pena de punição (apenas em termos alusivos, o §54 do StGBR assemelhava-se ao seguinte trecho do atual art. 39 do CPM, “a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”). Esse processo ficou conhecido como *Caso da Indicação (RGSt 21, 242)*, decidindo-se que os médicos não cometeram um injusto ao salvar a mãe e sacrificar o feto pelo reconhecimento de um estado de necessidade justificante supralegal (costumeiro ou extralegislativo). Para além disso, foi reconhecido “um princípio geral que atua como causa de exclusão do crime com respeito aos fatos cometidos para salvar do perigo de um dano bens ou interesses juridicamente relevantes objetivamente maiores e também equivalentes do bem ou interesse ofendido (estado de necessidade extralegislativo)”, CONTIERI, *Lo stato di necessità*, 1939, p. 19.

Caso da Indicação estabeleceu-se um triplo marco para a história da dogmática jurídico-penal: o reconhecimento do estado de necessidade em favor de terceiros como causa de justificação supralegal – a adoção da teoria diferenciadora do estado de necessidade e a instituição de um princípio geral de ponderação de interesses como núcleo das causas de justificação no StGB. Consequentemente, a teoria diferenciadora acabou por se impor à teoria unitária do estado de necessidade, o que levou à propositura dos §§34 e 35 do StGB em 1969 (em substituição aos §§§ 54 e 52 e 55 do StGBR) e vigentes a partir de 1975 até hoje.

Em síntese, a colisão de deveres é uma causa supralegal³⁵ de justificação³⁶ inerente aos crimes omissivos³⁷. Não obstante, melhor seja

³⁵ Com exceção ao art. 36.º do CPL, art. 35.º do CPMac e aos arts. 51.º, n. 1, *al. c.*, e 54.º do CPMoç, que expressamente preveem em suas PGs o conflito de deveres, portanto, o instituto em estudo goza de carácter legal nessas três ordens jurídicas. Já a PG do CP segue a dos CPEsp, CPIta e StGB, nos quais o instituto possui carácter supralegal, cfr.: HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 122; CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 890, 866 e 882; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 93 (3.13); RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, 2016, p. 165; BUSATO, *Direito Penal-PG⁵*, p. 723, “será sempre supralegal e, por conseguinte, aqui tratada como permissão fraca”; MINORELLI/CAETANO, *RDP 94 (2020)*, p. 288, nota 33; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 29.

³⁶ Como causa de justificação, cfr.: TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 356; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 119; CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 855 e 890; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 93 (3.13); RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 165; KINDHÄUSER, *AT⁶*, 2013, p. 168 (§18, nm. 6), afirmando a justificação exclusivamente pela exclusão do desvalor de ação; BUSATO, *Direito Penal-PG⁵*, p. 25, p. 722-3, mas também como causa de exculpação; MOURA, *REC 75 (2019)*, p. 101 (nota 72). Exclusivamente como causa de exculpação (supralegal) decorrente da inexigibilidade, cfr.: TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, p. 102-3; AMORIM, *A inexigibilidade de conduta diversa*, p. 168; DOTI, *Curso de Direito Penal-PG⁷*, p. 664; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal-PG²⁶*, 2020, p. 917; MOURA, *Ilícitude Penal e Justificação*, 2015, p. 150, partindo do ilícito puramente objetivo, considera que entre deveres de ação equivalentes (de mesmo valor) há “uma causa de exclusão da contrariedade ao dever (*impossibillum nulla est obligatio*) a ser considerada após o juízo de ilicitude, no plano da evitabilidade (culpa)”. Embora MOURA tenha alterado seu posicionamento sobre o conflito de deveres, cfr. *infra* nota 51 para algumas considerações críticas sobre a solução no plano da exculpação em decorrência da assunção de um injusto puramente objetivo.

³⁷ Cfr.: FREUND, *AT²*, p. 88 (§3, nm. 43); NEUMANN, *FS Roxin*, p. 439, “a singularidade” dos casos de colisão de deveres face aos de estado de necessidade é que, nos primeiros, “está em questão a justificação de uma omissão”; CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 855 e nota 15; MINORELLI, *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*, p. 92 (3.7); BITENCOURT, *Código Penal comentado¹⁰*, 2019, p. 156 e 821; DOTI, *Curso de Direito Penal-PG⁷*, p. 666, “se estabelece um conflito de deveres de quem está juridicamente obrigado a cumpri-los”; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 117-8.

afirmá-lo enquanto uma colisão de bens jurídicos no âmbito dos delitos omissivos³⁸. Isso teria uma tripla vantagem: (i) manter o princípio do interesse sensivelmente preponderante (prioridade de salvar o bem jurídico mais importante)³⁹; (ii) não ignorar a constrição de ação, ainda que mínima, a que o obrigado está submetido em casos de possível choque entre um dever geral de omissão (não cometer crimes) e um dever geral de ação (art. 135 do CP)⁴⁰; (iii) reforçar a importância de uma categoria transversal à teoria do crime, a de bem jurídico-penal. O núcleo do instituto

³⁸ FRISTER, AT⁶, 2013, p. 319 (nms. 61 e 62). Em sentido semelhante, ao reconhecer que “em todas essas situações [de colisão de deveres] oculta-se, na realidade, um conflito de bens jurídicos, já que seus titulares tem interesse em sua salvaguarda”, HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal-PGP*, 2005, p. 567, nm. 1471.

³⁹ Assim, “um primeiro e na maioria das vezes decisivo critério para o deslinde quanto à licitude da decisão tomada pelo agente será o do exame comparativo entre os bens a que respectivamente servem os diferentes deveres colados em confronto”, SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 156; “forçosamente um bem protegido especificamente jurídico-penal, isto é, um bem jurídico cuja integridade é garantida em um tipo penal (‘bem jurídico-penal’)”, KÜPER, *Rechtfertigung und Entschuldigung-MPI-Freiburg-I*, p. 318.

⁴⁰ Considerando-se que, a regra do art. 135 do CP é uma cláusula implícita de atipicidade (“quando possível fazê-lo sem risco pessoal”) condicionada à solicitação de “socorro pela autoridade pública”, considere-se o seguinte Caso dos Vizinhos: A, um senhor de idade avançada, sofre um ataque cardíaco diante dos olhos de seu vizinho de fundo B (jovem, médico e sem quaisquer fobias). C (também médico) é vizinho paralelo de B e possui um desfibrilador em casa, mas está em viagem de férias. As propriedades são separadas apenas por uma cerca de madeira contínua de aproximadamente um metro de altura e B sabe que C possui o desfibrilador em sua casa. Diante da situação, pergunta-se: haveria algum risco pessoal a B em, suponha-se, quebrar uma vidraça da casa de C, adentrar sua casa e pegar o objeto (arts. 163, 150 e 155, §4º, I, do CP) para posteriormente pular a cerca de madeira (art. 150 do CP) e socorrer (art. 135 do CP) A? Parece que não, portanto, há um dever geral de socorro (ou de solidariedade) válido e exigível, contrariamente ao pensamento de que, “diante da inevitabilidade de praticar ato definido como crime contra outrem para levar a cabo o salvamento, não seria responsabilizado, devido à não caracterização do dever de agir” [HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 118]. Portanto, está-se diante de uma colisão de deveres (sob o regime do estado de necessidade agressivo, art. 188, II, CC). Como é possível a B realizar fatos típicos contra bens jurídicos inferiores (*in casu*, o patrimônio alheio de C, a privacidade e a tranquilidade do lar de A e C, além da propriedade, posse e detenção legítima de bens móveis alheios de C) à vida humana (de A), a invasão do domicílio de C e A, o dano e o furto de C, por B estariam justificados pela colisão de deveres e não pelo estado de necessidade, porque B, ao poder “sem risco pessoal” adentrar os domicílios alheios (de A e de C) para conseguir um objeto salvador, mesmo que ao custo de um pequeno dano e um furto qualificado (a vidraça e o desfibrilador de C), para prestar socorro diretamente a A, B está diante de um dever de solidariedade e não meramente de uma faculdade jurídica. Não obstante se reconheça que o comportamento de B é marcado por alguns desvalores de resultado (ofensas aos bens jurídicos de A e de C), o que caracteriza tanto o estado de necessidade, como a colisão de deveres (cfr. nota 42 *infra*).

é marcado pela relação entre dois elementos básicos: o conflito situacional⁴¹ e a inevitável violação do(s) outro(s) dever(es) para o cumprimento de algum(-ns)⁴². Seu efeito justificativo é marcado por um valor de ação e um valor de resultado⁴³, enquanto, para outros, a colisão de deveres exclui o chamado injusto de ação⁴⁴.

-
- ⁴¹ Destacando-se isso, ainda que sob diversas fundamentações, cfr.: SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 45; MANGAKIS, *ZStW 84 (1972)*, p. 694-5, ao tratar das “comunidades de perigo alternativas”; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unrechten Unterlassungsdelikten*, p. 108; CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 853 (sobre a origem jurisprudencial e doutrinal do instituto) e 855 (a impossibilidade de cumprimento de todos os deveres “na concreta situação do destinatário da norma”); GROPP, *FS Hirsch*, p. 217, sobre o *quando* de uma equivalência de coincidentes deveres de ação, “é decidir caso a caso, a dogmática da ‘colisão de deveres’ não pode aqui entregar um ponto de referência”; NEUMANN, *FS Roxin*, p. 429, “(...) que (unicamente) instituem situacionalmente deveres colidentes” ou “(...) a colisão situacional de deveres *prima facie*”; FREUND, *AT²*, 2009, p. 88 (§3, nm. 43), “em uma tal situação, desde o início, faticamente apenas uma *obrigação de evitação de perigos* adotada”; RAMALHO, *O estado de necessidade justificante* (...), p. 163; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT⁶*, p. 145 (§9, nm. 120), “na situação concreta”; COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 61-3; RUGGIERO, *Corti Supreme e salute I (2021)*, p. 160 (“situação concreta”; “da concreta problematidade da situação de vida”) e 162 (“especificidade das situações”); GALVÃO, *Direito Penal-PG¹⁴*, p. 249, embora correto quanto a serem “as circunstâncias do caso concreto que dirão se a sociedade poderia exigir do indivíduo comportamento diverso daquele que manifestou”, não parece que a solução esteja em sede de exculpação com fundamento na inexistência.
- ⁴² Torna-se impossível ao agente cumprir um ou mais deveres sem necessariamente violar outro(s), por todos: KINDHÄUSER, *AT⁶*, p. 167 (§18/1); MURMANN, *Grundkurs-AT²*, p. (§25, V/65); BRINGEWAT, *Gründbegriffe des Strafrechts²*, p. 202; RÖNNAU, *JuS 53 (2013)*, p. 113, p.c.; HRUSCHKA, *FS Larenz*, p. 257, 259; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT⁸*, 390 (§27, IV/48); MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal-PGI^{II}*, 1998, p. 942.
- ⁴³ SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 171, “ao valor de resultado, emergente do cumprimento do dever objectivamente maior, deve juntar-se o valor de acção resultante da verificação do elemento subjetivo de justificação”; RIPOLLÉS, *ADPCP XLIV (1991)*, p. 757, “situações de neutralização do injusto típico nas quais os componentes valiosos aportados pela justificação tenham uma potencialidade superior, convertendo a ação em socialmente desejável, como sucede quando a conduta justificada converte-se em uma obrigação e não em uma faculdade ou direito do sujeito”. Embora ao se referir de modo geral à transfiguração de um fato criminoso em justificado e não fazer uso da expressão “valor de ação”, não deixa de reconhecer que “o ato necessário perde o caráter de ato punível, porque não é anti-social, mas ao contrário, resguarda e assegura valores sociais”, MOTTA FILHO, *Do estado de necessidade*, 1938, p. 195.
- ⁴⁴ KINDHÄUSER, *AT⁶*, p. 167, nota 5 (§18, nm. 3), “anula o injusto de ação: o autor está justificado, porque ele não pode cumprir a ação mandada”; MOURA, *REC 75 (2019)*, p. 101 (nota 72), o fato é típico (em termos objetivos é antinormativo por seu injusto de resultado), mas não é ilícito, porque não há violação do dever (injusto de ação), considerando-se a contrariedade ao dever como problema de injusto. Curiosamente

Não obstante, ainda se poderia – e com razão – indagar: mas, com relação ao conflito de deveres, o que excluirá a ilicitude e o que excluirá a culpabilidade? Para respondê-la é preciso desenvolver alguns elementos inerentes às causas de justificação em geral, embora não sejam de todo suficientes para todas as formas de conflitos de deveres. Considerando-se que os âmbitos de estabelecimento da ilicitude e da justificação são inerentes aos conflitos de interesses⁴⁵, o efeito justificante inerente às causas de justificação decorre da sensível ou considerável superioridade do interesse salvo face ao interesse sacrificado.

Eis o princípio geral das causas de justificação: o do interesse sensivelmente superior⁴⁶. Além disso, como há um tronco comum entre o estado de necessidade justificante supralegal (com sua teoria diferenciadora), a colisão de deveres e o princípio geral das causas de justificação (o princípio do interesse sensivelmente superior), é compreensível que a leitura do tema em estudo se dê pelas lentes do estado de necessidade. Contudo, isso não significa qualquer confusão entre os institutos⁴⁷.

acerca do estado de necessidade desculpante em que um necessitado mata o outro para sobreviver, afirma-se tratar “de uma diminuição do injusto *de ação*”, HIRSCH, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, 1996, p. 48 (V., 2., b)).

⁴⁵ ROXIN, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2002, p. 30.

⁴⁶ Expressamente previsto nos §34 do StGB, art. 34 do CPL, art. 20, 5.º, I, do CP Esp e art. 52.º, *al. d.*, do CPMoç. Por sua vez, antecipa-se que nos CP e CPIta aquele princípio pode ser extraído em carácter sistemático, ainda que não previsto legalmente, conforme abaixo sustentado.

⁴⁷ Destaca-se a presença de, pelo menos, uma obrigação (o cumprimento do dever) na colisão de deveres, de modo a não deixar opção ao agente (no mínimo, é uma situação com um dever jurídico pelo menos), o que não se passa no estado de necessidade (faculdade jurídica), uma vez que o agente pode optar por não salvar o bem jurídico próprio ou alheio ameaçado, *cf.*: SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 100-1, “o núcleo do conflito é constituído pelo dever” e “o agente é obrigado a um qualquer comportamento e tem de decidir”; CASTILLO GONZÁLEZ, *La colisión de deberes de acción en materia penal*, p. 41; HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 116 e 118, no conflito de deveres, “apesar da imposição legal, não podem ser atendidos em sua plenitude, deixando o agente na contingência de ter de escolher qual deles irá cumprir preferentemente”, já no estado de necessidade, “há uma situação de perigo, em que a lei autoriza a ação de salvamento de bem jurídico próprio ou de terceiro, preenchidos os requisitos que indica (inevitabilidade, razoabilidade, etc.), sem impor, porém, a prática da conduta”; ao destacar o constrangimento de ação inerente à colisão de deveres, CAETANO, *Direito penal e política criminal*, p. 602; *Id.*, *LH-Dotti I*, p. 856; RUGGIERO, *Corti Supreme e salute 1 (2021)*, p. 159, no conflito de deveres é imposto um comportamento por meio do cumprimento de um dos deveres (não há opção pela inação) e no estado

Feitas essas advertências, há três camadas de análise presentes. A primeira está diretamente vinculada àquele princípio geral das causas de justificação, estabelecendo que, caso o dever hierarquicamente superior seja cumprido, a conduta do agente está justificada. Por consequência, se se cumpre o dever de hierarquia inferior, a conduta está exculpada. Mas como saber qual seria o dever superior? Conforme se dá no estado de ne-

de necessidade trata-se de uma “faculdade” de adotar ou não o comportamento diante da situação (há espaço para uma inação total). Neste sentido vai o §1.º do art. 24 do CP (conforme o texto legal pós-Reforma da PG em 1984), quando estabelece que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. E mais. Há **uma sistemática relação entre** isso e o §2º do art. 13 do CP, a “relevância da omissão”, *i.e.*, onde se estabelece quem possui o dever de garantir de enfrentar o perigo; na doutrina nacional, sobre o dever de enfrentar o perigo, MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal-PGI*,⁶ p. 1055-6; SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 89. Entretanto, mesmo diante de um dever especial de ação, caso a probabilidade de morte ou lesão grave seja elevada ou certa, o Direito não exige heroicidade do obrigado no sentido de renunciar a própria vida, RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 186 (questionando-se aqui apenas a afirmação da nota 437 de que “o garantidor não deixa de ter um dever especial de agir”). O questionamento se dá porque não parece aplicável tal raciocínio às chamadas comunidades (de perigo) de destino, azar ou desgraça, na qual não há quaisquer deveres especiais de agir, CAETANO, *REC 80 (2021)*, p. 151, nota 30. Além disso, no estado de necessidade há uma mera colisão de bens e, no conflito de deveres, há um cruzamento entre os planos dos bens envolvidos e dos deveres em colisão, *cfr.*: CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 859; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*⁸, p. 391-2 (§27, IV/53); KÜPER, *JuS 11 (1971)*, p. 474, “o estado de necessidade requer nenhuma relação de dever do autor com os bens colidentes; é suficiente a ‘simples’ colisão de bens”; RIPOLLÉS, *ADPCP XLIV (1991)*, p. 757; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*⁶, p. 146 (§9, nm. 125, *in fine*), “diferencia-se a colisão de deveres da colisão de bens: a equivalência dos deveres colidentes por princípio leva à justificação, a equivalência de bens colidentes não”; em sentido contrário à justificação, KINDHÄUSER, *AT*⁶, p. 168 (§18, nm. 6), porque nenhum dever seria essencialmente superior. Considerando-se a exigência de salvamento do interesse sensivelmente superior do §34 do StGB para efeitos de justificação da conduta, há uma incoerência nesta doutrina alemã que aceita a justificação no conflito de deveres equivalentes sem maiores explicações e a rejeita no conflito de bens equivalentes. Esta incoerência torna-se ainda mais nefasta, pois, bem ou mal, intencional ou não, ela acaba por fazer do conflito de deveres justificante uma burla ao axioma da imponderabilidade da vida humana, ou seja, o conflito de vida extrauterina contra vida extrauterina (*cfr.* nota 48 *infra*) justificaria um homicídio no conflito de deveres (ao reconhecer que “o conflito entre deveres envolvendo vidas humanas significa a possibilidade do agente escolher livremente quem perecer e quem salvar e não há interpretação mais sensível e razoável que esta”, RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 166). Contudo, já não vale no estado de necessidade, porque aquele princípio geral da justificação refere-se aos interesses e não aos deveres. Inclusive, conforme esboçado na nota 5 com algumas referências, não parece dissociável o dever dos interesses ou dos bens jurídicos, portanto, essa diferenciação sobre o efeito justificante entre o estado de necessidade e a colisão de deveres em casos que envolvam interesses ou bens jurídicos equivalentes é inaceitável.

cessidade, sobretudo (mas não apenas, conforme abaixo explicado) pela relevância do bem jurídico ameaçado, conforme o Caso de Incêndio em um Museu, em que o guarda salva um outro colega e deixa perecer uma ferramenta das primeiras civilizações das Américas⁴⁸. A vida humana é, em cada caso, hierarquicamente superior a cada um dos objetos (*v.g.* a ferramenta com valor antropológico ou o quadro) de valor cultural, ainda que inestimáveis.

A segunda camada está *indiretamente* vinculada ao princípio do interesse sensivelmente superior, porque o critério decisório está relacionado com a natureza e, portanto, com o peso dos deveres em conflito. Eis os casos de conflitos de deveres de ação (ou de omissão⁴⁹) *heterogêneos*: um dever especial de ação (dever de garante/dever impróprio) e um dever geral de ação (dever de solidariedade/dever próprio). A corrente amplamente majoritária defende a primazia do dever especial de ação em virtude do seu peso em relação ao dever geral de ação. A relação indireta com o princípio do interesse sensivelmente superior está em que, nesses casos, praticamente se limitam às situações em que o bem jurídico envolvido é o mesmo: a inocente vida humana extrauterina⁵⁰.

A terceira e última camada não ignora nem excepciona o princípio do interesse sensivelmente superior, mas, antes, ele infelizmente em nada contribui para uma superação da colisão de deveres de ação (ou de omissão) *homogêneos* sobre bens jurídicos equivalentes: colidem entre si dois ou mais deveres especiais de ação (deveres de garante/deveres impróprios)⁵¹ [ou simplesmente deveres de omissão]. Eis os Casos do Pai-

⁴⁸ Em exemplo bastante próximo, no caso do salvamento de uma pequena criança ao invés de um quadro, por um guarda do museu, sob o mesmo contexto de um incêndio, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch-AT*², p. 415 (§12, nm. 69).

⁴⁹ Embora bastante minoritária, conforme destacado na nota 18 *supra*, o conflito de deveres equivalentes de omissão é expressamente suscitado em: NEUMANN, *FS Roxin*, p. 430.

⁵⁰ Conforme já apontado, após o Caso da Indicação, estabeleceu-se um maior valor adquirido com reflexos principalmente sociais da vida humana consolidada (extrauterina) face a vida humana incipiente (intrauterina), *cf.* nota 32 *supra*. Esse precedente não descriminalizou a prática do aborto na Alemanha, nem em outros países culturalmente próximos, ele apenas possibilitou uma ampliação das hipóteses de interrupção voluntária da gravidez sob um prazo temporal determinado (*cf.* §218a ss. do StGB; art. 142.º do CPL).

⁵¹ Em consonância com a estruturação proposta, caso não tenha ficado claro, quando se consideram as hipóteses das colisões de deveres de ação heterogêneos e homo-

-Filho e da Máquina Cardiopulmonar, nos quais há a colisão de dois ou mais deveres de garante sobre vidas humanas extrauterinas [e os Caso do Motorista-Fantasma e do Túnel Elb em Hamburgo]. Se não é possível estabelecer uma primazia de um deles, qual se deve cumprir? Para além da ampla discussão fora⁵² do binômio justificação/exculpação⁵³, os obri-

gêneos, está implícito que o bem jurídico tutelado é o mesmo. Em outras palavras, os bens jurídicos envolvidos devem ser o primeiro (mas não o único) elemento a ser considerado na avaliação da justificação ou exculpação da conduta, porque é por meio deles que se verifica qual é o interesse sensivelmente superior no conflito. Basta recuperar o Caso do Guarda do Museu (cfr. *supra* nota 46) do museu incendiado entre a ferramenta com valor antropológico (ou o quadro) e a vida de um colega (ou de uma pequena criança). Se, nesse caso, pende sobre o guarda dois deveres de garante (ao ser responsável pela segurança e manutenção do museu e pela posição de monopólio), logo, em princípio, é caso de colisão de deveres de ação *homogêneos*, por que então se resolver conforme a primeira camada? Por que só seria justificado se optasse o agente pelo salvamento do colega (ou da criança) respectivamente? Porque o critério do bem jurídico mais relevante, em conformidade com o princípio do interesse sensivelmente superior, sobrepõe-se sobre o critério do dever mais relevante. Disso se pode concluir parcialmente que a doutrina defensora da aplicação dos critérios do estado de necessidade no conflito de deveres é mais coerente com a sistemática das causas de justificação e de exculpação. Caso contrário, justificaria-se o salvamento da ferramenta com valor antropológico (ou do quadro). Discute-se se o “dever legal” (art. 24 do CP) seria compatível com o assumir “a responsabilidade de impedir o resultado” [art. 13, §2.º, b) do CP], e, não parece ser o caso, portanto, além da imprescindibilidade de se verificar cada caso em específico, o dever legal de enfrentar o perigo não parece excluir o “dever de índole (...) contratual”, como pensa TOLEDO, *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, 1984, p. 61-2.

⁵² Há quem reconheça a exclusão da tipicidade da conduta com fulcro no axioma da *impossibilium nulla obligatio est*, portanto, por ser impossível o seu cumprimento, o dever sequer chegaria a constituir-se em uma obrigação passível de ser exigida, cfr.: ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 399-401; ID/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal-PG*², 2002, p. 497 ss.; ID/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG*⁹, p. 481-482; COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, p. 527 ss. Por sua vez, há quem defenda que, nestes casos, adentra-se um espaço livre de valoração jurídica em que não se pode afirmar a ilicitude da conduta nem a sua justificação, cfr.: SOUSA SANTOS, *O conflito de deveres em direito criminal*, p. 194, defendendo um “alícito” no direito penal; KAUFMANN, *FS Maurach*, 1972, p. 327 ss.; ID, *JZ* 47 (1992), p. 981 ss.; CAETANO, *Direito penal e política criminal*, p. 610-5.

⁵³ Na defesa da exclusão da culpabilidade, cfr.: GALLAS, *FS Mezger*, pp. 329-31, 332 (nota 2) e 333 (nota 1); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*⁵, 1996, p. 503; MOURA, *Ilicitude Penal e Justificação*, p. 150, enquanto proposta de um ilícito objetivo puro. Sobre a solução da exculpação com fulcro no ilícito puramente objetivo, uma vez que o ilícito é somente desvalor de resultado, o conflito de deveres fica sem uma conformação jurídica clara. Primeiramente porque, sendo pacífico a exclusão do desvalor de ação na *forma/manifestação* de deveres equipotentes de ação, o comportamento sempre será ilícito, mesmo que se cumpra um dos deveres, assim, estaria a ordem jurídica a estimular a prática de um ilícito? Se ausente o injusto de ação no conflito de deveres, presente está, pelo menos, um outro valor de ação no polo oposto, mas não só isso,

gados deveriam ser justificados por quaisquer escolhas nesses casos, mas, conforme apontado abaixo, não necessariamente pela equivalência dos deveres em conflito.

3 A CONCRETIZAÇÃO DO CONFLITO DE DEVERES NO CP

Propõe-se assim uma aplicação analógica do conflito de deveres a partir do estado de necessidade no direito penal brasileiro⁵⁴ por razões históricas e dogmáticas. Por todo o exposto e pelas justificativas abaixo sustentadas, não parece crível outra interpretação que não a dos reconhecimentos do princípio de ponderação de interesses⁵⁵ como bússola de orientação para determinação da ilicitude/licitude (justificação) das condutas, e, logo, da teoria diferenciadora do estado de necessidade, con-

embora presente também um desvalor de resultado, pode haver também valor de resultado no outro polo [e se reforça aqui este *pode*, porque, conforme sugerido na nota 5 *supra*, há uma *aproximação* do conflito de deveres com as obrigações de resultado no direito civil, portanto, caso o valor de resultado – *v.g.* o salvamento de outrem – não se concretize, o agente não deixa de gozar da justificação]. Dessa forma, se o saldo total é, ao menos, de um valor de ação, logicamente, é contraditório não justificar a conduta do agente, além disso, como poderia, segundo a corrente da exculpação, permanecer uma ilicitude sem desvalor de ação?

⁵⁴ Por todos, *cf.*: HERINGER JÚNIOR, *REC 56 (2014)*, p. 123 (“aplicação analógica do instituto do estado de necessidade, o qual, por sua semelhança estrutural, confere os contornos jurídicos à justificante supralegal em estudo”) e 127 (“por sua semelhança estrutural com a causa de exclusão da ilicitude do estado de necessidade, os critérios de ponderação dos deveres em conflito hão de ser buscados junto a esse instituto, por analogia”); CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 882 e 890. Entretanto, questionável no CP, há quem procure extrair do estrito cumprimento do dever legal um conflito de deveres: ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG*⁹, p. 480-2; REGIS PRADO, *Direito Penal-PG*, p. 969 (“também na hipótese de cumprimento de um dever legal (...) ainda que esta tenha sido realizada em cumprimento de um dever de nível igual ou superior”).

⁵⁵ Ainda que de forma tímida, sobre o estado de necessidade (desculpante): “seu fundamento no princípio da valoração dos bens ou interesses em conflito”, SILVEIRA, *RB-CDP 11 (1965)*, p. 117, II, s.c.; SOUZA/JAPIASSÚ, *Direito Penal*, 2018, p. 629-30, “ao menos teoricamente, o estado de necessidade exculpante, de forma supralegal” em razão da inexigibilidade, mas atribuindo o efeito justificante quando o bem sacrificado for de valor igual ao bem salvo. Já a partir do reconhecimento da teoria diferenciadora no CP, “o princípio da ponderação entre os bens juridicamente protegidos encontra-se indubitavelmente materializado no texto legal, como critério identificador do estado de necessidade justificante”, GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196.

forme o critério do salvamento do interesse sensivelmente superior (justificante) ou inferior (exculpante) respectivamente⁵⁶.

Contra a quase unânime doutrina nacional, por meio de uma interpretação sistemática do direito penal brasileiro sustenta-se a teoria diferenciadora do estado de necessidade⁵⁷ por sê-la indissociável daquele princípio guia das causas de justificação. Neste sentido, a ordem jurídica nacional expressamente prevê os estados de necessidade justificante e exculpante⁵⁸, reconhecendo respectivamente que, “desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado” (art. 43 do CPM) ou “sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido” (art. 39 do CPM). Além disso, no estado de necessidade e na legítima defesa, o CP reconhece os critérios de razoabilidade (“cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, art. 24 do CP) e de proporcionalidade (“usando moderadamente dos meios necessários”, art. 25 do CP), que indesmentivelmente estão relacionados direta e indiretamente com o princípio do interesse sensivelmente superior⁵⁹.

⁵⁶ Apenas em termos ilustrativos, esta cláusula foi assim positivada na Alemanha, em Portugal e na Espanha: “(...) o interesse protegido predomina essencialmente sobre o afetado” (§34 do StGB); “b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado” [art. 34.º, b), do CPL]; “(...) que o mal causado não seja maior que o que se trata de evitar” (art. 20, 5.º, Primeiro, do CP Esp). No Brasil, reconhecendo que “somente poderá admitir-se o estado de necessidade justificante quando o bem jurídico sacrificado for de menor valor do que o bem jurídico protegido. Nos casos de sacrifício de bem jurídico de igual ou maior valor, a questão deve ser examinada sob a perspectiva do estado de necessidade exculpante”, GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196.

⁵⁷ Não se pode discordar da seguinte crítica ao conceito legal de estado de necessidade no CP de 1940 que se manteve após a Reforma da PG em 1984: “ao adotar a concepção unitarista do estado de necessidade, o legislador brasileiro preferiu o alívio imediato à cura definitiva”, PIRES, *Estado de necessidade*, p.77. Apenas se pondera que a “cura definitiva” (leia-se, a teoria diferenciadora) talvez constitua um certo exagero, mas indiscutivelmente seria uma terapêutica mais indicada que o “alívio imediato” (leia-se, a teoria unitária).

⁵⁸ Assim, “é necessário considerar que o ordenamento jurídico resolve de maneira clara a questão no Código Penal Militar e, sendo o sistema harmônico, não é possível admitir respostas diferenciadas para a questão”, GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196.

⁵⁹ Com a exclusiva exceção da legítima defesa (o que não significa uma absoluta, mas sim relativa independência da ponderação de interesses), todas as demais causas de justificação estão condicionadas ao princípio do interesse sensivelmente superior. Importante é registrar a existência de um *continuum* entre as causas de justificação em

Embora o critério da razoabilidade do art. 24 do CP esteja mais relacionado com uma ideia de inexigibilidade⁶⁰, o que expõe a pouco clara posição do legislador nacional ao incorporar um elemento reconhecida-mente da culpabilidade no âmbito de uma causa de justificação (teoria unitária do estado de necessidade)⁶¹, é possível extrair dele contornos de aproximação com o princípio da ponderação de interesses⁶². E, por sua vez, embora o critério da proporcionalidade do art. 25 do CP esteja mais relacionado com os limites da legítima defesa para os fins de punibilidade do excesso, a moderação dos meios necessários não deixa de representar um afloramento do princípio da ponderação de interesses⁶³.

geral (conceito), ou seja, todas excluem ou negam a responsabilidade jurídico-penal do agente, não obstante as suas regras (regime) sejam diversas, conforme a valoração dada pelo legislador conforme as condições históricas. Por exemplo, a legítima defesa já foi uma causa de inimizabilidade no passado e hoje não mais. Além disso, entre o estado de necessidade (art. 24 do CP) e a legítima defesa (art. 25 do CP) há uma diferença de regime significativa que consiste em que a última seja uma positivação expressa da licitude da defesa do agente, o que permite uma segurança construída formalmente para delimitar os limites do direito de defesa e do dever de tolerância. Não por acaso a legítima defesa é o protótipo das causas de justificação fortes ou intrasistêmicas, marcadas pela simetria entre o *direito* de defesa e o *dever* de tolerância.

⁶⁰ Deste modo, “a caracterização da situação de necessidade pressupõe que o sacrifício do bem protegido, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Fica claro que a razoabilidade é o critério fundamental para estabelecer os limites da justificação”, “se o sacrifício não razoável do bem jurídico pode conduzir à diminuição de pena, pode-se concluir que o comportamento é ilícito e a diminuição de pena decorre de uma culpabilidade diminuída. A culpabilidade é diminuída em função da menor exigibilidade de conduta diversa. Se a menor exigibilidade implica culpabilidade diminuída, da inexigibilidade resulta a ausência de culpabilidade”, GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196. Ao defender uma “inexigibilidade objetiva de suportar o sacrifício do direito”, portanto, justificante, no conflito de vida contra vida, *vg.* no Caso da Tábua de Carneádes, “por tratar-se de proibição irracional e materialmente injusta”, BATISTA, *LH Reale Júnior*, 2014. p. 513 e 512.

⁶¹ Não por acaso, afirma-se que “criou-se, no fundo, um híbrido estado de necessidade exculpante com efeitos justificantes”, GRECO/HORTA/LEITE/TEIXEIRA/QUANDT, *Parte Geral do Código Penal*, 2018, p. 32.

⁶² Neste sentido, *cfr.*: “do mal causado não ser maior do que o interesse que se pretende justificar, afirmação essa não muito distinta da forma como a doutrina nacional brasileira interpreta o elemento da razoabilidade em nosso estado de necessidade legal”, RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 139-40.; “(...) previsão no art. 24 do Código Penal, exclui a ilicitude da conduta e fundamenta-se no princípio do interesse preponderante. Nessa situação de necessidade, uma situação fática excepcional estabelece um conflito entre dois bens juridicamente protegidos, e o titular do bem jurídico de valor preponderante estará autorizado a lesionar o outro”, GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196.

⁶³ Destaca-se que os acima chamados critérios de razoabilidade e proporcionalidade nada tem a ver com a discussão no âmbito do direito constitucional, mas sim com a

Dessa forma, quando dois ou mais bens jurídicos estão em conflito, aquele de hierarquia superior pode ser salvo ao custo do inferior sem que a conduta do agente seja considerada ilícita⁶⁴, porque ela está, ao fim e ao cabo, justificada. Isso foi relativamente pacífico até que interesses ou bens jurídicos vitais colidissem uns com os outros⁶⁵, já que, nessas hipóteses, como se determinaria que uma vida era superior a outra?

É assim que se chega aos limites intransponíveis das causas de justificação e, por conseguinte, de exculpação, a saber: as autonomia e dignidade da pessoa humana (art. 5.º, *caput*, VI, VIII e X; art. 1.º, II e III, da CRFB; art. 1.º, *caput*; art. 13.º, I; art. 26.º, I, II e III; art. 41.º; art. 67.º, II, al. e); e 206.º da CRP; arts. 1.º, 2.º, 3.º e 4.º da GG). Essas impossibilitam a justificação de condutas não só entre interesses ou bens jurídicos equipos-

sistemática das causas de justificação em direito penal, que são regidas pelo princípio geral da ponderação de interesses. Por fim, saliente-se que não se sonega que, na ponderação de interesses, outros critérios para além da divergência ou da equivalência dos bens jurídicos em conflito entram em consideração, mas tais critérios somente se sobrepõem à superioridade/inferioridade do bem jurídico em casos passíveis de execução de auxílios ou de cumprimentos de deveres que atendam todos os necessitados em um determinado espaço de tempo.

⁶⁴ Faça-se a ressalva de que, conforme abaixo melhor desenvolvido, há pressupostos negativos das causas de justificação (cfr. *infra* nota 66), ou seja, mesmo que ocorra o salvamento do bem hierarquicamente superior ao custo do inferior, é imperioso que não se tenha instrumentalizado o ser humano (proteção da dignidade humana) nem violado a sua autonomia, *vg. infra* o Caso de Extração Compulsória de Sangue ou Órgãos para salvar uma outra vida.

⁶⁵ Assim se sustenta porque não havia dúvida sobre a preponderância da vida sobre a propriedade, porque o perigo que ameaça a vida representa “uma lesão infinita da existência e com isso a total perda de direitos, a lesão apenas de uma única existência limita, por outro lado, a liberdade dos outros”, HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), p. 458-60 (§127). Neste sentido, “em verdade, Hegel só visualizou a questão enquanto adstrita às hipóteses de colisão entre a vida humana e a propriedade” (SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 36), mas “devemos colocar o problema num outro plano, que é o objetivo, verificando a escala dos valores jurídicos. O direito maior deve sempre vencer um direito menor. Assim, para HEGEL, quando há colisão entre dois direitos e um dêles precisa ser sacrificado, como por exemplo, o direito á vida em conflito com o direito de propriedade, aquele deve predominar sobre este, porque a morte é a cessação de todo direito, ao passo que a propriedade uma manifestação isolada e limitada da liberdade”; e não só, a norma sobre o estado de necessidade parece não sustentar uma solução para esses casos de conflito entre bens equivalentes, como se dá no Caso da Tábua de Carneádes, MOTTA FILHO, *Do estado de necessidade*, p. 82 e 138. Por fim, admitindo que a discussão em torno da proteção/do sacrifício de direitos iguais marcou a divergência nos direitos penais de Brasil, Portugal e Espanha, RAMALHO, *O estado de necessidade justificante* (...), p. 172.

tentes (*vg.*, os Casos da Eutanásia-Nazi, do Operador de Trilhos/Agulheiro e de uma certa variável do Caso da Máquina Cardiopulmonar, Caso da Triagem *ex post*⁶⁶), mas também entre aqueles de hierarquia diversa (*vg.*, o Caso de Extração Compulsória de Sangue ou Órgãos para salvar uma outra vida⁶⁷). Trata-se do axioma da imponderabilidade da vida humana⁶⁸, ou melhor, da inocente vida humana extrauterina⁶⁹, seja em sentido

⁶⁶ Trata-se de casos em que o médico decide desconectar um paciente para salvar outro com mais chances de sobrevivência já que só uma máquina está disponível, mas, “em uma situação em que é impossível salvar a vida de todos os pacientes, o médico pode optar por salvar um e deixar morrer o outro, mas não pode causar a morte de um para salvar o outro”, RUGGIERO, *Corti Supreme e salute 1* (2021), p. 163; NEUMANN, *FS Roxin*, p. 438. Em outros termos, sendo a triagem *ex ante* um caso clássico de colisão de deveres equivalentes de ação, “trata-se de *preterir alguém ao invés de agredir alguém...*”, CUNHA, *Vida contra vida*, p. 812. Conforme já criticado em outra oportunidade [cfr. MINORELLI/CAETANO, *RDP 94* (2020), p. 294, nota 51], embora digna de nota a proposta de considerar tanto o tratamento *ex ante* quanto o *ex post* como “deveres de tratamento médico”, ela é inaceitável por desconectar a equivalência dos bens jurídicos envolvidos (as vidas dos doentes) e ignorar a cláusula do interesse “sensivelmente” superior (§34 do StGB, cfr. *supra* nota 54) que rege a justificação de um comportamento no direito penal alemão. A proposta também peca ao dilatar excessivamente o aspecto cronológico da colisão de deveres, porque, se um paciente está entubado (sob tratamento médico intensivo) e, mesmo com baixas expectativas de sobrevivência, não é com a chegada de outro com melhores condições que se pode desconectar o primeiro para entubar o segundo (triagem *ex post*) como se fosse equiparável à opção pela conexão de um ou outro pacientes na triagem *ex ante* (para mais detalhes, cfr. DENZEL, *REC 78* (2020), p. 60-3). Eis a relevância dos limites da justificação, uma vez que, embora seja crucial o critério da divergência/equivalência dos bens jurídicos em jogo, a vida humana não pode ser instrumentalizada (de onde advêm as críticas de jogar com o destino ou de brincar de Deus), ainda que para supostas finalidades nobres.

⁶⁷ Por todos, cfr.: GALLAS, *FS Mezger*, p. 325-6; HERINGER JÚNIOR, *REC 56* (2014), p. 125-6; RAMALHO, *O estado de necessidade justificante (...)*, p. 168, 180; ROXIN/GRECO, *ATP*⁵, p. 860 (§16, nm. 48).

⁶⁸ Conforme se pode extrair da combinação entre a dignidade da vida humana e a isonomia (art. 1.º, III, c/c art. 5.º, *caput*, e, I, da CFRB; art. 1.º c/c art. 13.º, I, da CRP / art. 1.º c/c art. 3.º da GG), bem como da imponderabilidade qualitativa e quantitativa da vida humana [sistemática da justificação entre a CFRB, o CC, o CP e o CPM; o art. 34.º, b), do CPL / §34 do StGB]. Em sentido próximo, cfr.: SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 125; RÖNNAU, *JuS 53* (2013), p. 114; CAETANO, *REC 77* (2020), p. 167, 173, 174, 179 e 187; Id, *REC 80* (2021), p. 156-7.

⁶⁹ Essa expressão exclui duas modalidades de ações: (i) as de legítima defesa (art. 25 do CP), já que nestas não há um inocente envolvido, mas sim um agressor (alguém que age injustamente e não inocentemente), além de, no limite, respeitando o critério do “usando moderadamente dos meios necessários”, o agredido pode tirar a vida do agressor de forma lícita; e (ii) as dos conflitos vitais entre vidas extrauterina e intrauterina, como no Caso da Indicação, porque uma das vidas é intrauterina e o direito reconheceu um valor acrescido à vida extrauterina, cf. *supra* nota 48; RAMALHO, *O estado de*

quantitativo (*vg.*, salvar mais vidas ao custo de poucas não é correto) seja qualitativo (*vg.* não é correto salvar o mais novo ao custo do mais velho nem uma vida saudável ao custo de uma vida menos saudável, doente ou moribunda)⁷⁰. Portanto, a autonomia e a dignidade humanas são nítidos limites às causas de justificação⁷¹, estejam envolvidos bens jurídicos equipotentes (de mesmo valor) ou divergentes (de valor diferente).

3.1 O REAL FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO PARA O CONFLITO DE DEVERES EQUIVALENTES

Em que pese a importância das teorias unitária e diferenciadora para o estado de necessidade, e, por conseguinte, para a colisão de deveres, o real fundamento para a justificação dos conflitos entre deveres equivalentes de ação (ou de omissão) é outro. Trata-se de que, em razão da equivalência dos bens jurídicos em choque, e, por conseguinte, dos

necessidade justificante (...), p. 191, *in fine*, “(...) a vida é quantitativa e qualitativamente imensurável. Isto é, a vida já nascida, é tida para quase absoluta maioria da doutrina um interesse jurídico de valor incomparável e insubstituível, que ocupa o primeiro e indisputável lugar, devendo presidir toda a ordem jurídica liberal e democrática”.

⁷⁰ SOUSA, *Estado de necessidade*, 168-9: “admitir o Direito a licitude dessas ações que elegem entre existências humanas (...) significaria a consagração do princípio de que podem ser estabelecidas distinções qualitativas entre diferentes vidas ou de que um número maior sobrepuja, em valor, um número menor de vidas humanas. Princípio indefensável, porque cada vida é um supremo bem, insubordinável à quantificação e à medida”.

⁷¹ Mesmo não sendo inequívoco neste sentido, quando defende limites ao efeito justificante do estado de necessidade no CP, portanto, reconhecendo-se o efeito exculpante em situações de conflitos de vida contra vida, alusivamente: FRAGOSO, *Lições de direito penal-PG*⁸, 1985, p. 219-20. A favor da teoria diferenciadora do estado de necessidade no CP: ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*⁹, p. 513-6; MAMELUQUE, *Do estado de necessidade (...)*, p. 60; GALVÃO, *Direito Penal-PG*¹⁴, p. 196, “o parágrafo 2º do artigo 24, ao estabelecer causa de diminuição de pena para o caso em que o sacrifício do bem jurídico não é tido por razoável, deixa mais do que evidente a adoção da teoria diferenciadora”. Por isso em uma certa variável do Caso do Agulheiro (um trem expresso se aproxima de certa linha em que 10 operários estão, mas na linha paralela está o operário E, o que deveria fazer o agulheiro S), não nos parece que “o interesse juridicamente preponderante seria aqui a inviolabilidade da vida de E”, GROPP, *FS Hirsch*, p. 213. Embora se concorde com o conteúdo desta afirmação, bem como com a crítica de jogar com o destino, o enquadramento daquela não é o mais adequado, porque, de repente, poder-se-ia argumentar que um somatório de inviolabilidades de vidas é o interesse juridicamente preponderante sobre a inviolabilidade de apenas uma vida. Trata-se do limite da não instrumentalização da vida alheia como impedimento à justificação do desvio do trilho (da agulha) por S, portanto, limite que flutua sobre as causas de justificação de qualquer natureza, esteja a se falar de estado de necessidade ou da colisão de deveres.

deveres que os protegem, o direito já não orienta o comportamento humano⁷². Por isso, como “a ordem jurídica exige o cumprimento de vários deveres incompatíveis, não dando ao destinatário critério de escolha, tem de contentar-se com o cumprimento de qualquer deles”⁷³. Portanto, “a ordem jurídica deve apenas desvalorar e interpretar mal um comportamento, quando ela pode dizer o que é certo e, com isso, o que tivesse sido ‘devido’”⁷⁴.

As situações de colisão de deveres equivalentes de omissão – especialmente no Caso do Túnel Elb – são ainda mais problemáticas, pois todas as possibilidades de comportamento do obrigado são ilícitas. Isso representa como o direito lança o cidadão em uma cilada ou trama jurídica, na qual todas as opções disponíveis ao(s) obrigado(s) são ilícitas. Portanto, trata-se de situações ainda mais graves que as primeiras, porque,

“por mais conflitiva que seja a situação, uma das condutas possíveis deve ser sempre conforme o direito”⁷⁵, sob pena de contradição da ordem jurídica.

A hipótese é a de que, na colisão de deveres equivalentes de omissão, o direito não apenas deixa de orientar o comportamento humano, como coloca o obrigado em uma inescapável armadilha jurídica. Por tudo isso, não é nada comecinho recordar que “não pode ser o Direito concebido por modo que conduza a situações em que determinada pessoa seja

⁷² Segundo a metáfora suscitada já na primeira obra dedicada ao Homenageado, colocados “os destinatários da norma frente ao terrível enigma: qual dever eu deverei cumprir nesta situação, se me é impossível cumpri-los todos quando exigido? Conforme algumas decisões apontaram, a Justiça pode ainda bater a porta do cidadão e dizer (eis a parcela de Esfinge): ‘Decifra-me ou devoro-te’ [ou em uma versão mais adequada ao tema aqui, poderíamos parafrasear nos seguintes dizeres: ‘Decida-se pelo dever correto, embora eu não oriente qual o seria, ou cometerás um injusto penal’]”, CAETANO, *LH-Dotti I*, p. 889-90.

⁷³ MAYRINK DA COSTA, *Código Penal Comentado-PG e PE*, p. 104, s.c.

⁷⁴ ROXIN/GRECO, *Strafrecht-ATT*³, p. 889 (§16, D, nm. 119). Também porque o “reprovar (no plano da ilicitude) o incumprimento de um dos deveres, quando era impossível cumprir ambos os deveres em conflito, equivaleria a um juízo de desaprovação do ‘Destino’ ou da ‘má-sorte’, não, efectivamente, dos comportamentos dos agentes...”, CUNHA, *Vida contra vida*, p. 806.

⁷⁵ ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro I-PG*⁹, p. 481, embora se discorde da premissa de que “todas as colisões de deveres são aparentes, porque na ordem jurídica nunca há colisões de deveres de igual hierarquia”.

colocada na fatal contingência de ter de cometer o delito, não lhe sobrando outra alternativa senão a da ilicitude”⁷⁶.

CONCLUSÕES

- a) O *conceito* de colisão de deveres não se confunde com o *regime* a ele aplicado. Em grande parte, por ser um instituto de direito penal supralegal, a solução de seus casos decorre da aplicação analógica das regras existentes para os conflitos de interesses/bens jurídicos (art. 24 do CP). Logo, apenas no art. 36.º do CPL, art. 35.º do CPMac e art. 54.º do CPMoc o regime do conflito de deveres foi estabelecido, portanto, nestes a justificação da forma/manifestação de deveres equipotentes é menos questionável (mas não inatacável) que nos demais ordens jurídicas que não o positivaram;
- b) A relação da colisão de deveres com o estado de necessidade ultrapassa o aspecto da origem (doutrinária e jurisprudencial) partilhada entre eles e chega aos seus elementos aplicativos. Entretanto, aqueles não se confundem (conceitos), conforme especialmente a diferença de obrigação e faculdade jurídicas; mesmo sem uma uniformidade quanto ao seu tratamento jurídico (regime) e aos casos suscitados pela doutrina, a discussão gira em torno do (em ordem crescente de aceitabilidade) reconhecimento das *formas* ou *manifestações* da colisão de deveres de ação equipotentes, de ação divergentes, de ação e de omissão e de omissão, segundo os *sentidos amplo* ou *estrito*;
- c) Como as *formas* ou *manifestações* de colisão de deveres (de omissão com de ação, apenas de ação e apenas de omissão) integram o seu *conceito*, os seus *sentidos amplo* ou *estrito* estão relacionados ao regime jurídico a eles aplicado. Para o *sentido estrito*, apenas a colisão de deveres equivalentes de ação (*forma*) possui um regime diverso, pois as demais formas estão submetidas aos regimes jurídicos de outros institutos, como as modalidades de estado de necessidade (justificante, exculpante);

⁷⁶ SOUSA, *Estado de necessidade*, p. 159.

- d) A colisão de deveres é uma causa de justificação supralegal dos crimes omissivos, aplicando-se quando há, pelo menos, um dever de ação envolvido (art. 13, § 2.º, *al. a e b* ou art. 135 do CP). Portanto, no Caso dos Vizinhos (cfr. nota 38), embora se aplique o *regime* do estado de necessidade agressivo, a força exercida pelo dever de solidariedade não permite classificá-lo como faculdade jurídica, mas sim como colisão de deveres (de ação e de omissão);
- e) Testou-se a hipótese (cfr. nota 12) de uma colisão entre um dever de fonte judicial e um dever de fonte legislativa, ou seja, uma situação em que um dever imposto judicialmente (obrigação de fazer imposta por decisão judicial) conflita com um dever legal (proibição administrativa ou penal);
- f) Sugeriu-se (cfr. nota 19) a possibilidade de um conflito homogêneo de deveres de ação próprios (art. 235 do CP) mediante uma situação em que se exige uma ação coordenada entre os obrigados como única forma de prestar socorro ao necessitado. Quanto ao cumprimento, esta possibilidade diverge dos conflitos homogêneos de deveres de ação impróprios [art. 13.º, §.2º, a) e b), do CP, uma vez que um garante não pode cumprir o dever especial de outro garante], porque sendo os deveres de natureza solidária/geral, aquele que presta o socorro ao necessitado desobriga aos demais. Com relação ao descumprimento da obrigação, os efeitos são iguais nas duas modalidades, uma vez que são colisões homogêneas de deveres;
- g) Embora a colisão entre deveres de omissão seja bastante questionável dos pontos de vista lógico e prático, os Casos do Motorista Fantasma e do Túnel Elb em Hamburgo constituem evidências tanto de que o instituto é transversal às demais áreas do direito e, logo, pode ocorrer conflito entre deveres de ramos diversos, quanto de que a ordem jurídica contribui diretamente para sua configuração;
- h) A evidência de que o princípio do interesse sensivelmente superior e a ponderação entre bens jurídicos são os fatores de regência dos casos em análise está em que: (*e. 1*) – embora a sua previsão

legal no §34 do StGB conte significativamente, o (regime do) estado de necessidade justificante é aplicado aos casos de dever de sigilo porque o bem jurídico sensivelmente superior não é o segredo particular, mas sim a saúde de terceiros e as seguranças dos trânsitos rodoviário e aéreo; (e. 2) – seja em casos de estado de necessidade ou de colisão de deveres, deve-se tutelar o bem jurídico axiologicamente e juridicamente preponderante; (e. 3) – tanto o é que, sejam os deveres de ação sejam os deveres de omissão, é a equivalência valorativa o critério real de afirmação da colisão de deveres e, por conseguinte, da justificação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina de Melo. *A inexigibilidade de conduta diversa: os fundamentos para a aplicação das causas supraleais no Direito Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

AMOS, Maximilian. Behandelt wird, wer die besten Chancen hat. *Legal Tribune Online*, Berlim/Colônia, n.p., 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-stellungnahme-medizinrecht-strafrecht-zu-empfehlungen-ethikat-kriterium-erfolgsaussicht-behandlungsabbruch-rechtfertigende-pflichtenkollision/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BATISTA, Nilo. A tábua dos naufragos no direito penal brasileiro. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 509-513.

BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*. 1. (einziger) Band von 1885. Aalen: Scientia Verlag, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2020.

BRINGEWAT, Peter. *Gründbegriffe des Strafrechts*. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAETANO, Matheus Almeida. Rasas reflexões sobre as profundas constrições da autonomia pelo lícito-ilícito: colisão de deveres, espaço livre de direito, Estado,

tolerância. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2015. p. 584-619. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0899-4.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CAETANO, Matheus Almeida. A apropriação indébita previdenciária e a colisão de deveres no direito penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Perspectivas das ciências criminais*. Coleção em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 849-893.

CAETANO, Matheus Almeida. A inexigibilidade neutra como limite deontológico imanente do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 141-185, jan./mar., 2021.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La colisión de deberes de acción en materia penal*. San José: Editorial Juritexto, 2003.

COCA VILA, Ivó. El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? *InDret*, Barcelona, v. 4, p. 1-28, 2013. Disponível em: <https://indret.com/el-abogado-frente-al-blanqueo-de-capitales-entre-escila-y-caribdis/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 287-318.

COCA VILA, Ivó. *La colisión de deberes en derecho penal*. Concepto y fundamentos de solución. Barcelona: Atelier, 2016.

COCA VILA, Ivó. Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista. *InDret*, Barcelona, v. 1, p. 166-202, 2021. Disponível em: <https://indret.com/triaje-y-colision-de-deberes-juridico-penal/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CONTIERI, Enrico. *Lo stato di necessità*. Milano: Giuffrè, 1939.

CUERDA RIEZU, Antonio. *La colisión de deberes en Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DENZEL, Moritz. Allocating scarce medical resources under German Criminal Law: the justifying collision of duties in triage situations. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 23-68, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FARIA COSTA, José de. Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria). *Separata Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 72, p. 391-402, 1996.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREUND, Georg. *Erfolgssdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*. Berlin: Heymann, 1992.

FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Personale Straftatlehre. 2. Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Ein Studienbuch. 6. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2013.

GALLAS, Wilhelm. Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund. In: MEZGER, Edmund; ENGISCH, Karl; MAURACH, Reinhart; BOCKELMANN, Paul. *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*. Berlin: C. H. Beck, 1954. p. 311-334.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 14. Ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GROPP, Walter. Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision. In: WEIGEND, Thomas; KÜPER, Georg (Hrsg. von). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: WdeG, 1999. p. 207-224.

GROPP, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821). In: ILTING, Karl-Heinz

(Hrgs.). *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting. Zweiter Band Die Rechtsphilosophie von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825, Stuttgart-Bad: Frommann-Holzboog Verlag, 1974.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. Colisão de Deveres: a causa de justificação esquecida. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 56, p. 113-129, 2014.

HIRSCH, Hans Joachim. Strafrecht und rechtsfreier Raum. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989. p. 89-115.

HIRSCH, Hans Joachim. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

HRUSCHKA, Joachim. Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen. In: LARENZ, Karl; PAULUS, Gotthard; CANARIS, Claus-Wilhelm; DIEDERICHSEN, Uwe (Hrsg. Von). *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1973. p. 257-289.

HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: DREHER, Eduard; JESCHECK, Hans Heinrich; LÜTTGER, Hans. *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1973. p. 189-210.

HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. Systemtisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1991. (= *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. Ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.)

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

JANSEN, Max. *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 269. Kölner Dissertation (1929). Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1930.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. Ed. Berlin: Dunckler & Humblot, 1996. (= *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. Ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003).

JOERDEN, Jan C. *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

JOERDEN, Jan C. Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision“. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, [s.l.], n. 5, p. 43-52, 1997.

KAUFMANN, Arthur. Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs. In: MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz (Hrsg.). *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, p. 327-345.

KAUFMANN, Arthur. Straffloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was? *Juristische Zeitung*, [s.l.], v. 47, n. 20, p. 981-985, 1992.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013.

KULLOK, Arthur Levy Brandão. O Caso Andreas Lubitz e o dever de sigilo médico sob a perspectiva do direito penal português. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 64, p. 47-68, jan./mar., 2017.

KÜHN, Karl. *Die Pflichtenkollision im Strafrecht im Strafrecht*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde. Leipzig: Druck von Oswald Schmidt, 1908.

KÜPER, Wilfried. Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 11, n. 9, p. 474-477, 1971.

KÜPER, Wilfried. *Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*. Schriften zum Strafrecht. Band 30. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

KÜPER, Wilfried. Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 21, n. 11, p. 785-794, 1981.

KÜPER, Wilfried. Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerechet und notwendig? Überlegungen am Beispiel von ‚Notstand‘, ‚Pflichtenkollision‘ und ‚Handeln auf dienstliche Weisung‘. In: ESER, Albin; FLETCHER, George P. (Hrsg. von). *Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse: Comparative Perspectives)*. Band I. Freiburg i. Breisgau: Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987. p. 315-362.

MAMELUQUE, Leopoldo. *Do estado de necessidade no direito penal brasileiro e no direito penal comparado*. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

MANGAKIS, Georgios. *Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 84, p. 447-479, 1972.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito Penal*. Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1998.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Código Penal Comentado*. Parte Geral e Parte Especial. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013.

MINORELLI, Lucas. *Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

MINORELLI, Lucas; CAETANO, Matheus Almeida. Vida contra vida e colisão de deveres no contexto de Covid-19: o que os médicos precisam saber. *Revista de Direito de Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 278-308, jul./ago., 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4636>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MINORELLI, Lucas; CAETANO, Matheus Almeida. Sobre prioridade de tratamento e vacinação durante a pandemia. Um diálogo com a vindoura jurisprudência criminal. *Jota*, São Paulo, Coluna Penal em Foco, 9.mar.2021, s.p.d. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/sobre-prioridade-de-tratamento-e-vacinacao-durante-a-pandemia-09032021>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2001.

MOTTA FILHO, Candido. *Do estado de necessidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal e Justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MOURA, Bruno de Oliveira. Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 81-106, 2019.

MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2013.

NEUMANN, Ulfrid. Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“. In: SCHÜNEMANN, Bernd; BOTTKE, Wilfried; ACHENBACH,

Hans; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrgs.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 421-439.

PAIVA, Vicente Ferrer Neto. *Philosophia de Direito ou elementos de direito natural*. Tomo Primeiro (Direito Natural). 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1883.

PIRES, André de Oliveira. *Estado de necessidade: um esboço à luz do art. 24 do Código Penal brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RAMALHO, Werther de Moraes. *O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de interesses no caso penal: fundamentos, modelos positivados comparados e sua operabilidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2019.

RÖNNAU, Thomas. *Grundwissen – Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision*. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 53, p. 113-115, 2013.

RÖNNAU, Thomas; WEGNER, Kilian. *Grundwissen – Strafrecht: Triage*. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 5, p. 403-407, 2020.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5., vollständig neu bearbeitete Auflage, München: C. H. Beck Verlag, v. I, 2020.

RUGGIERO, Gianluca. *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico*. *Corti Supreme e salute*, [s.l.], v. 1, p. 155-167, mai./abr., 2021.

SCHEID, Georg Maria. *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben)*. Aachen: Shaker Verlag, 2000.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Inexigibilidade de outra conduta*. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 117-118, out./dez., 1965.

SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal*. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O conflito de deveres em direito criminal*. Trabalho apresentado para exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1964-1965. Coimbra: Mimeografado, 1965.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Straftat. 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2011.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei den unrecchten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

VON WEBER, Hellmuth. Die Plichtenkollision im Strafrecht. In: KIESSELBACH, Wilhelm. Sonderdruck aus der "Festschrift zum 80. Geburtstag von Wilhelm Kiesselbach". Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947. p. 233-250.

WELZEL, Hans. Zum Notstandsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 53, p. 47-56, 1951.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WOLFF, Christian. *Philosophia practica universalis. Methodo scientifica pertractata* (1738). ECOLE, J.; HOFMANN, J. E.; THOMANN, M.; ARNDT, H. W. (Hrsg.), *Christian Wolff Gesammelte Werke*. II. Abteilung-Lateinische Schriften. Band 10, Hildesheim: Georg Olms Verlag, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.



CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO¹

MIGUEL REALE JÚNIOR²



RESUMO

Com o presente artigo se pretende demonstrar a distinção entre os tipos penais da Corrupção Ativa (art. 333 do Código Penal) e Lavagem de Dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). Para tanto, faz-se necessária a análise dos elementos que compõem os tipos penais alusivos, de modo que, ao compará-los, ter-se-á como principal distinção aquilo que doutrina e jurisprudência estabelecem como conduta autônoma e pós-fato impunível.

Palavras-chave: Corrupção Ativa; Lavagem de Dinheiro; conduta autônoma; pós-fato impunível.

SUMÁRIO

I. A questão em causa; **I.1** Da corrupção ativa; **I.1.1** Do momento consumativo; **I.1.2** A doutrina e a jurisprudência; **I.1.3** Exaurimento do delito; **I.2** Da relação entre corrupção e lavagem de dinheiro; **I.2.1** Da unidade jurídica; **I.2.2** Ausência de conduta autônoma de Lavagem; **II.** Conclusão; Referências.

¹ Em homenagem a René Ariel Dotti, amigo querido, cuja falta é imensa.

² Professor Titular Sênior da Faculdade de Direito da USP – advogado – membro das comissões elaboradoras dos anteprojetos de Parte Geral do Código Penal, da Lei de Execução Penal e da Parte Especial do Código Penal- ex-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo – ex – membro do Conselho Federal da OAB. E-mail: miguel@miguelrealejr.adv.br.

I A QUESTÃO EM CAUSA

Mediante contrato de consultoria supostamente fictício como meio para ocultar o pagamento de propina a servidor público teria o agente da corrupção ativa, ao pagar dessa forma a vantagem ilícita, praticado também crime de lavagem de dinheiro?

Para chegar a uma resposta, cumpre antes examinar a ambas as figuras, a da Corrupção Ativa e a de Lavagem de Dinheiro.

I.1 DA CORRUPÇÃO ATIVA

Importante é na figura típica da Corrupção Ativa analisar quando se dá a consumação do delito em face do constante da descrição contida no art. 333 do Código Penal.

I.1.1 Do momento consumativo

O crime de corrupção ativa vem descrito da seguinte forma:

“Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

A conduta delituosa limita-se à ação de **oferecer ou prometer**, tendo o servidor ciência da oferta ou promessa feita. A descrição típica esgota-se neste momento inicial de oferta ou promessa, quando o crime já se perfaz. Trata-se de crime formal ou de mera conduta, como preferem designar alguns doutrinadores.

Já ensinava FREDERICO MARQUES que “a distinção entre os crimes formais e materiais está no tipo”³, pois há tipos que não mencionam o re-

³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millenium, 1997, edição atualizada, p. 433.

sultado, como os formais, ao contrário de outros que o fazem, como os materiais, de ação e evento.

Nos crimes formais, o legislador, ao criar a norma incriminadora, só **toma em consideração a conduta**, “*independentemente dos efeitos que essa poderá ter produzido*”. Basta a simples ação para se efetivar a relevância penal, em consumação antecipada, na hipótese da ação eventualmente ter um resultado destacável que venha a ocorrer, mas que é indiferente na economia do tipo penal⁴.

“Trata-se de crime formal ou de mera conduta, cuja consumação ocorre com o efetivo conhecimento pelo funcionário do oferecimento ou promessa de vantagem indevida, mesmo que este não aceite a proposta”⁵. Como crime formal, não exige o tipo resultado naturalístico consistente no efetivo recebimento do suborno⁶.

Destarte, **o tipo proibitivo contenta-se em descrever a conduta, sem mencionar o resultado natural que se liga a esta conduta por nexo de causalidade**. Não há evento destacado da ação, de vez que a descrição da proibição incriminada cinge-se à conduta, sendo que o momento consumativo coincide com esta, sem menção no tipo penal dos eventuais resultados decorrentes da ação praticada ou omitida.

Assim, o núcleo do tipo é oferecer ou prometer vantagem indevida, sendo indiferente a aceitação da oferta ou o efetivo cumprimento da mesma.

I.1.2 A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

Na doutrina, pode-se colher as seguintes orientações:

“É a corrupção ativa delito de simples atividade ou mera conduta, também dito formal. Consuma-se com o ato de oferecer ou pro-

⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012, p. 267 e seguinte.

⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal - v. 2 – parte especial – arts. 121 a 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.007, p. 899.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006, p. 1058.

meter a vantagem indevida, pressuposto o conhecimento direto ou indireto do funcionário, ainda que ele a recuse”⁷.

“A corrupção ativa se considera consumada com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida por parte do extraneus, pouco importando que o intraneus a recuse”⁸.

“Por se tratar de delito de mera atividade, a consumação da corrupção ativa se perfaz com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida, ainda que ele recuse a proposta delituosa”⁹.

“Consuma-se o crime com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Tratando-se de crime de mera conduta, é despidiêda a existência de vantagem, pois se consuma apenas com a oferta, isto é, com o simples oferecer, ainda que a oferta não seja aceita”¹⁰.

“Trata-se de crime formal. O efetivo recebimento da propina pelos funcionários públicos não é exigido para condenação, porquanto a mera oferta de vantagem indevida, ainda que sua natureza não seja econômica, já tipifica o ilícito penal”¹¹.

É nesse exato sentido o entendimento pacífico das Cortes Superiores, consoante manifestado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“Para a consumação do crime de corrupção ativa, exige-se apenas que a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida seja di-

⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – vol. 4*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.986, p. 319.

⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal - v. IX*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.959, p. 429.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro - v. 7 – parte especial - arts. 312 a 359–H*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 260.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - parte especial 5*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.013, p. 247.

¹¹ PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 141. No mesmo sentido, BALTAZAR JÚNIOR: “O delito é formal, consumando-se com a mera oferta ou promessa de vantagem indevida por parte de particular, independentemente da aceitação por parte do funcionário”. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 350).

rigida a um funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”¹².

Igualmente, em precisa decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, estabeleceu-se:

“O crime de corrupção ativa, em princípio, se configura quando a promessa de vantagem indevida é feita, **previamente** à prática do ato, ao funcionário (e não pelo funcionário) que tenha atribuição ou competência para a prática desse mesmo ato de ofício”¹³.

A conduta imputada deve compreender dois dados, o primeiro consistente em “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público”, ao qual se une um segundo elemento: a finalidade visada com a oferta ou promessa feita ao servidor: determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício¹⁴.

I.1.3 EXAURIMENTO DO DELITO

O comportamento configura-se típico, corrupção ativa consumada, com a oferta ou promessa, sendo despendida a concordância do servidor, que se recusa a receber qualquer vantagem. Como é indiferente a aceita-

¹² STJ, AgRg no REsp 1.561.446/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 26.9.17, DJe 09.10.17. No mesmo sentido: “O Superior Tribunal de Justiça entende que há corrupção ativa se houver provas da oferta e promessa de vantagem, até mesmo porque a corrupção ativa é delito formal que independe da aceitação do funcionário público para sua caracterização e o sujeito passivo direto é o Estado” (STJ, AgRg no REsp 1154263/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 16.05.13, DJe 29.05.13).

¹³ TRF-3, HC nº 0002665-86.2008.4.03.0000/SP, Rel. Des. Cecília Mello. Identicamente: TRF-5, AC nº 10470-RN, Rel. Des. Margarida Cantarelli. O restante integra o exaurimento do delito. essa, portanto, a reger o lugar do crime ento ppsterioessa configura-se, at

¹⁴ Neste sentido: TRF-4, Apelação Criminal nº 5037800-18.2016.4.04.7000, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, j. em 26.08.20, voto do Revisor Des. Leandro Paulsen: “A corrupção passiva, no que diz respeito aos verbos “solicitar” e “aceitar promessa”, é crime formal, dispensando qualquer resultado material. O efetivo recebimento da propina pelos funcionários públicos ou sua entrega pelo corruptor não é exigido para condenação, porquanto a mera solicitação ou aceitação de vantagem indevida, ainda que sua natureza não seja econômica, já tipifica o ilícito penal”.

ção ou não da oferta para consumação do crime, **indiferente é também a entrega da oferta ao servidor que a aceitou.**

Se há o *objetivo* na ação do particular de que um ato de ofício seja manipulado pela influência que a oferta ilícita exerce no funcionário público, no entanto, seja a concordância do servidor, como a realização deste ato e, também, o cumprimento da oferta ou da promessa **não integram o tipo penal.**

Tanto é assim que, se a dação da vantagem indevida vier a ocorrer será **pós-fato indiferente, exaurimento do delito**¹⁵, que já se consumou em etapa anterior, nem mesmo constituindo circunstância agravante do crime, causa de aumento da pena. A conduta típica esgotara-se com a oferta ou promessa, no instante mesmo dos ajustes realizados, sendo a entrega da vantagem ilícita fato consequente da oferta ou promessa, mas que se insere no curso causal.

Assim, o cumprimento da oferta ou promessa quando ocorre (entrega da vantagem ilícita), apesar de desnecessário na economia do tipo, está ligado à ação típica, da qual deriva, razão pela qual não vem a ser atividade autônoma, mas consequência natural.

Examinada a figura da Corrupção Ativa, em especial o momento consumativo e os atos a serem considerados mero exaurimento do crime já perfeito, cabe analisar os elementos caracterizadores do crime de Lavagem de Dinheiro.

I.2 DA RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO

É do exame das condutas que integram a figura normativa do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (Corrupção Ativa) que se pode concluir se há ou não, na entrega dissimulada da vantagem tam-

¹⁵ Conforme edita a **Súmula nº 96 do Tribunal Superior de Justiça**, quanto ao crime de extorsão: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”, considerando ser irrelevante que o agente consiga ou não obter a vantagem indevida, pois esta **constitui mero exaurimento do crime**. Sobre o exaurimento, vide: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.014, p. 161-162, para quem, *exaurimento* significa esgotamento. No campo penal, demonstra a fase do crime após a consumação, quando o bem jurídico já foi afetado pela conduta do agente, mas ainda há outros prejuízos evidenciados. Quando se toma por exemplo a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), vê-se que a privação da liberdade da vítima é suficiente para a consumação do delito. Entretanto, se o agente, além disso, consegue por as mãos no dinheiro do resgate, diz-se estar *exaurido* o delito.

bém um crime autônomo de Lavagem de Dinheiro. Assim, impõe-se estudar a realidade fática e sua qualificação jurídica, pois a ação de dação da vantagem não se apresenta como dado autônomo do comportamento delituoso da Corrupção Ativa, malgrado corresponda a um momento de exaurimento do crime.

1.2.1 DA UNIDADE JURÍDICA

HELENO FRAGOSO¹⁶ comentou, em sua Jurisprudência Criminal, decisão do então Tribunal de Justiça da Guanabara, segundo a qual não se configuraria o crime de estelionato de venda de coisa alheia como própria por parte do autor do furto que aliena a coisa subtraída.

Dizia o acórdão na Revisão Criminal 14.330 não se tipificar o concurso material entre furto e estelionato, pois “a utilização ou alienação da coisa subtraída constituem um dos efeitos do crime de furto”.

Verifica-se entre **o fato típico e o pós-fato impunível**, como acima analisado, **uma unidade jurídica em razão do pós-fato ser circunstância que “normalmente se segue a determinado crime”**, como consequência natural, próprio da natureza das coisas.

Assim, a alienação do bem subtraído – fato posterior ao furto – não constitui dado autônomo, mas, em vista da relação íntima e por ser consequência própria do furto, deve ser entendido como ocorrência de uma **unidade jurídica**.

Destarte, opera-se uma **consunção**, por via da qual se dá uma absorção pela figura principal “daquilo que dentro do sentido de uma figura constitua *quod plerumque accidit*”. É como ensina SOLER¹⁷, transcrito por HELENO FRAGOSO, um ato posterior impunível que não vem a ser autônomo, pois constitui um pós-fato “que apresenta a realização de um dos meios ordinários de atuação do fim próprio do crime principal”.

FREDERICO MARQUES, fazendo referência à decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, observa que a venda do objeto furtado por quem

¹⁶ FRAGOSO, Heleno. Furto e venda posterior da coisa furtada. Inexistência de concurso. *Verbete nº 259 de Jurisprudência Criminal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.982, p. 312-315.

¹⁷ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino - tomo II*. Buenos Aires: Tipografica Argentina, 1.953, p. 189, bem observa: “Devemos considerar consumido pela figura principal (...) aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua *quod plerumque accidit*. Quando o ato posterior seja tal e não uma ação autônoma”.

praticou o crime não efetua um estelionato, por ser este “a simples consequência normal do primitivo delito”¹⁸.

Para HELENO FRAGOSO, não há concurso, pois o estelionato é fato posterior não punível, de vez que “a venda do objeto furtado é forma de realizar o proveito que o agente pretende alcançar com a subtração”¹⁹.

Esse entendimento também encontra guarida na Jurisprudência, conforme se verifica em acórdão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro:

“Pelo **princípio da consunção** se rege a atividade delituosa nos ataques patrimoniais, como, por exemplo, **quando o ladrão vende a coisa subtraída como se fosse própria**, ou quando o estelionatário vende como próprio o fruto do estelionato. **Não se vêem dois crimes, como naturalmente poderia parecer, mas um fato que se consome como realização do fim visado com o primeiro crime**. Na progressão criminosa, um tipo, já realizado, ainda se concretiza através de prática sucessiva de outra figura típica em que se encontra implicada. Assim, **os atos de exaurimento de um crime constituem fato posterior não punível, sendo aquele que se insere no curso normal do desenvolvimento da intenção do agente (...)**.”²⁰. (Grifou-se).

Nesse mesmo diapasão, já manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“**Disposição de coisa alheia como própria**. A venda posterior como própria da coisa obtida através de precedente crime contra o patrimônio (estelionato) configura *post factum* impunível, e não o delito do art. 171, § 2º, I, do CP. (...). Com efeito, como argumen-

¹⁸ FREDERICO MARQUES, José. *Curso de Direito Penal - vol. II*. São Paulo: Saraiva, 1.956, p. 341. No mesmo sentido, ANIBAL BRUNO, para quem o ato posterior é impunível quando se “insere no curso normal do desenvolvimento da intenção do agente. Realizando o que realmente se dispunha realizar”. E exemplifica com a venda pelo ladrão da coisa furtada (*Direito Penal – parte geral - tomo 1º*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.967, p. 277 e seguinte).

¹⁹ FRAGOSO, Heleno. Furto e venda posterior da coisa furtada. Inexistência de concurso. *In: Verbete nº 259 de Jurisprudência Criminal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 312-315, 1.982, p. 314.

²⁰ TJRJ, AC nº 0000048-44.2013.8.19.0051, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, Terceira Câmara Criminal, j. em 27.10.15, DJe 29.10.15.

tou a sentença, o segundo fato denunciado ‘...se constituiu em pós-fato impunível, em mero exaurimento do crime mais grave, que também constitui conduta ilícita, sendo por esta absorvido e não levado em conta no momento da aplicação da pena. É como o caso da venda do produto do roubo. Ora, se todos sabem que aquele que rouba intenta lograr uma vantagem patrimonial, logicamente que não seria coerente punir-se a venda do objeto roubado se esta é um mero exaurimento do delito.’”²¹. (Grifou-se).

O mesmo sucede, como se viu, com o crime de corrupção, no qual o pós-fato, entrega da vantagem ilícita, é consequência natural do crime que se perfaz com a promessa e o acordo de dação da “propina”.

Todavia, o objetivo último visado pelos agentes da corrupção ativa e passiva vem a ser o pagamento de vantagem indevida, que constitui o **meio ordinário de atuação do fim próprio do crime de corrupção**.

Assim, a entrega do dinheiro por que meio for (dissimulado ou não), pois não se faz essa transferência, evidentemente, senão de forma dissimulada, é própria da atuação na prática do crime de corrupção, razão pela qual deve ser considerada como integrante de uma unidade jurídica, consistente no crime de corrupção.

Portanto, não há ação autônoma, mas complementar na transferência da vantagem ilícita ao agente público, como **sempre naturalmente sucede**, sendo uma consequência normal do delito. Há um pós-fato, mas pertencente, todavia, à atividade desenvolvida, como ocorre habitualmente, na prática da corrupção.

²¹ TJRS, AC nº 70043934124, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Mouro, Quinta Câmara Criminal, j. em 23.05.12, DJe 04.06.12. No mesmo sentido: “Com efeito, a suposta venda da coisa furtada como se fosse própria visou apenas o proveito financeiro do furto em tese cometido. (...). Claro fica que o Denunciado, tendo, em hipótese, cometido o crime de furto pelo qual é acusado, buscou apenas transformar em dinheiro a vantagem patrimonial através da alienação fraudulenta do bem furtado. Nesse caso, o **estelionato foi mero esgotamento da subtração anterior**. Em outras palavras, a **fraude empregada na venda da coisa furtada como se fosse própria foi tão-só o meio escolhido para o aproveitamento do furto. Inseriu-se no curso de desenvolvimento da intenção do agente, configurando, portanto, *post factum* impunível**. (STM, RESE nº 282.96.2011.7.01.0401/RJ, Min. Rel. Marcus Vinícius Oliveira dos Santos, j. em 14.08.12. Grifou-se).

I.2.2 AUSÊNCIA DE CONDUTA AUTÔNOMA DE LAVAGEM

O legislador entendeu, repita-se, suficiente para tipificar o crime de Corrupção Ativa o acordo ou a promessa de entrega de vantagem, restando essa entrega da vantagem como **pós-fato impunível**, mas ligado faticamente à conduta cerne do crime de corrupção, não podendo ser considerado um comportamento autônomo de lavagem de dinheiro, por ser dado integrante de um conjunto normal de atitudes que costumam acontecer.

O requisito essencial do crime de lavagem de dinheiro está em haver uma conduta **autônoma**, a se realizar após ter havido a disponibilidade do valor, sobre o qual se atua para dissimulá-lo, como expressa a Ministra ROSA WEBER, nos autos do julgamento da Ação Penal nº 470²²:

“...mas o ato configurador da lavagem há de ser, a meu juízo, distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime antecedente”.

No mesmo julgamento, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI pondera:

“Assim, o fato de alguém ter recebido vantagem indevida, sob a forma de dinheiro, por interposta pessoa, dissimuladamente, pode, sim, caracterizar o crime de corrupção passiva. Mas este único fato, qual seja, o recebimento de propina de maneira camuflada, não pode gerar duas punições distintas, a saber, uma a título de corrupção passiva e ainda outra de lavagem de dinheiro, sob pena de ferir-se de morte o princípio do ne bis in idem”. (Grifou-se).

De igual forma, asseverou, nessa oportunidade, o Ministro TEORI ZAVASCKI:

“...a imputação que recai sobre o embargante é o ato de receber os valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, **pela cir-**

²² STF, Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 13.03.14, DJe 21.08.14.

cunståncia de ter sido realizado de forma clandestina, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento direto ou indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal”. (Grifou-se).

O Ministro ROBERTO BARROSO também reafirmou a natureza autônoma do delito de lavagem de dinheiro:

“O recebimento, *por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro*. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem *indevidamente recebida*”. (Grifou-se).

Da mesma forma, BADARÓ e BOTTINI ressaltam a exigência de ser o delito de lavagem de dinheiro autônomo ao crime antecedente:

“Por isso, o ato de ocultação/dissimulação que caracteriza a lavagem de dinheiro deve ser distinto, autônomo e posterior em relação à infração antecedente, do contrário, se dará a consunção ou a completa atipicidade da conduta, sob o prisma do crime previsto no art. 1º da Lei 9.613/1998”²³.

Impende ressaltar, ademais, que não afasta a consunção entre os crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro o fato de afetarem bens jurídicos distintos, como afirmam BADARÓ e BOTTINI²⁴:

“Ocorre que na grande maioria dos casos de *consunção* os delitos afetam justamente *bens jurídicos diferentes*. O que autoriza o afastamento de um deles não é a identidade de *bens tutelados*, mas o fato

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.019, p. 127.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.019, p. 124.

de um comportamento estar *contido* no outro, ainda que o objeto de proteção da norma seja distinto (...). Assim, o fato de as normas tutelarem bens jurídicos distintos não impede a consunção. Quando a *ocultação* for o *recebimento indireto*, a *corrupção passiva* absorverá o crime de *lavagem de dinheiro*, restando apenas essa imputação”.

De igual medida, a análise do grau de sofisticação do ato de ocultação é dispensável quando do reconhecimento da consunção com o crime de corrupção ativa. É o ato de dissimulação/ocultação absorvido pela corrupção quando consiste em forma de pagamento da propina, seja ele operado por manobras singelas ou sofisticadas²⁵.

Nesse sentido, não se configura, nessa hipótese, o crime de lavagem de dinheiro, pois consiste o pagamento de propina em mera consequência lógica e natural do crime de corrupção, não subsistindo enquanto conduta autônoma e posterior ao crime antecedente.

A corrupção e o pagamento compõem, pois, a mesma unidade jurídica, pois é o segundo, no dizer de FRAGOSO, um “fato que normalmente se segue a determinado crime”.

Assim, como visto, **é o ato do pagamento um pós-fato impunível**, decorrência natural do crime de corrupção ativa, que se esgotara como típico na oferta ou promessa de vantagem para comissão ou omissão de ato de ofício.

II CONCLUSÃO

Há na lavagem de dinheiro uma relação obrigatória entre a ação de ocultar ou dissimular a origem ou propriedade de determinados bens e a proveniência desses bens, pois devem forçosamente ser produto direto ou indireto de um crime anterior.

²⁵ Explanam BADARÓ e BOTTINI: “a sofisticação do ato de ocultação é irrelevante para a consumação do tipo penal, ambas serão absorvidas pelo crime de corrupção passiva, quando o encobrimento revelar um *meio indireto* de recebimento da vantagem indevida” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.019, p. 125).

Ainda que o contrato, na hipótese levantada ao início, seja um instrumento para viabilizar dissimuladamente o pagamento de propina, tal ato seria tão só forma de ocultar o próprio crime de corrupção e não um dinheiro sujo a ser limpadado. A importância transferida pode inclusive, e na maioria dos casos o é, pertencer legalmente ao caixa do corruptor, não suscetível, portanto, de ser legalizada para se reintroduzir no mercado. Assim, não se configura o crime de lavagem de dinheiro.

Em suma, é o pagamento da propina continuação natural do crime de corrupção, integrante do conjunto fático, malgrado indiferente para a tipificação do crime de corrupção ativa, não vem a ser conduta autônoma de Lavagem de Dinheiro.

Destarte, a lavagem de dinheiro impõe o afastamento do dinheiro da sua origem ilícita, para que, posteriormente, seja formalmente aproveitado. Busca-se, por meio do processo de lavagem, limpar a origem ilícita dos ativos.

Deve haver, portanto, um **nexo** comprovado entre a dissimulação ou aplicação de um bem e o proveito de um crime anterior. E o nexo causal existirá se se verificar que, sem o delito prévio, não existiriam os bens que se afirmam ser objeto material da ação de “lavagem” a recair sobre valores provenientes da conduta delituosa prévia.

O dinheiro, com que se paga a vantagem ilícita, geralmente integra licitamente o caixa do agente corruptor, fruto de sua atividade econômica regular, razão pela qual não se trata de produto ilícito a ser maquiado.

Assevera ISIDORO BLANCO CORDERO, na linha de MUÑOZ CONDE, que o importante não é a realização de atos sobre bens de origem delitativa, mas sim a circunstância de fazê-lo com a **finalidade basicamente encobridora desta origem**²⁶.

Ora, o agente corruptor não está a encobrir a origem do dinheiro que repassa ao agente corrupto, pois a dissimulação é apenas um meio

²⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. “Negócios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales - Tomo L*. Madrid: Ministério da Justiça, 2.000, p. 283. No mesmo sentido, PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. *Lavagem de dinheiro – a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 138, que destaca haver dois planos no elemento cognitivo do crime de “lavagem de dinheiro”: conhecer a origem criminosa dos bens e entender a ilicitude da ocultação ou dissimulação.

para encobrir o crime de Corrupção Ativa, circunstância que pode entrar na avaliação da reprovabilidade da Corrupção, mas não própria para configurar um crime autônomo de Lavagem de Dinheiro.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - parte especial* 5. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. “Negócios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales - Tomo L*. Madrid: Ministério da Justiça, 2.000.

BRASIL. STF, Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 13.03.14, *DJe* 21.08.14.

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.561.446/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 26.9.17, *DJe* 09.10.17.

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1154263/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 16.05.13, *DJe* 29.05.13.

BRASIL. STM, RESE nº 282.96.2011.7.01.0401/RJ, Min. Rel. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, j. em 14.08.12.

BRASIL. TJRJ, AC nº 0000048-44.2013.8.19.0051, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, Terceira Câmara Criminal, j. em 27.10.15, *DJe* 29.10.15.

BRASIL. TRF-3, HC nº 0002665-86.2008.4.03.0000/SP, Rel. Des. Cecília Mello.

BRASIL. TRF-4, Apelação Criminal nº 5037800-18.2016.4.04.7000, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, j. em 26.08.20.

BRASIL. TRF-5, AC nº 10470-RN, Rel. Des. Margarida Cantarelli.

FRAGOSO, Heleno. Furto e venda posterior da coisa furtada. Inexistência de concurso. In: *Verbete nº 259 de Jurisprudência Criminal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.982.

FREDERICO MARQUES, José. *Curso de Direito Penal - vol. II*. São Paulo: Saraiva, 1.956.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal - v. IX*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.959.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millenium, 1997, edição atualizada.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – vol. 4*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.986.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006.

PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2.017.

PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal - v. 2 – parte especial – arts. 121 a 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.007.

PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. *Lavagem de dinheiro – a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro - v. 7 – parte especial - arts. 312 a 359–H*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino - tomo II*. Buenos Aires: Tipografica Argentina, 1.953.



A REFORMA PENAL DE 1984 E O AUTORITARISMO PRÓPRIO DO FINALISMO

PAULO CÉSAR BUSATO¹



RESUMO

O presente trabalho defende a hipótese de que a mudança de paradigma teórico havida na reforma da parte geral do Código penal de 1984 foi meramente aparente, consistente, na verdade, em um cambio entre duas perspectivas igualmente desconectadas da discussão político-criminal. Aponta-se que a opção foi deliberada e reveladora do perfil autoritário da estrutura política de então, que pretendia permanecer dominante, ainda que fosse o ocaso do regime militar. Aponta-se, ademais, que a mudança de perspectiva não apenas evitou o ingresso em questões delicadas para o governo, como ainda consistiu em uma opção teórica cuja origem e desenvolvimento – especialmente na figura de Hans Welzel – esteve estritamente vinculada à política criminal nacional-socialista alemã.

Palavras-chave: autoritarismo; finalismo; nazismo; ditadura.

SUMÁRIO

Introdução. **1.** O processo político e legislativo de reforma da parte geral do Código penal de 1984; **1.1.** O contexto político Latinoamericano e brasileiro do processo de abertura; **1.2.** A “questão jurídico-penal”; **2.** Um olhar com distanciamento crítico. **2.1.** Um deliberado delay científico; **2.2.** O autoritarismo latente da proposta finalista; **2.3.** As conexões entre o finalismo e o Estado nacional-socialista; **2.3.1.** As conexões pessoais entre Welzel e o Estado nacional-socialista; **2.3.2.** O finalismo como teoria facilitadora da política nazista; **3.** Considerações Finais; Referências.

¹ O autor é Professor de Direito penal na UFPR, Doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: pbusato2013@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Em um volume de reunião de textos em homenagem ao inesquecível penalista e professor René Ariel Dotti parece caber uma quantidade infinita de temas. E não apenas porque o próprio homenageado dedicou-se a escrever sobre os mais variados assuntos, especialmente (ainda que não só) jurídico-penais, mas também porque sua atitude pessoal e profissional representou um exemplo positivo em vários aspectos, dentre os quais, avulta a defesa da democracia.

E foi inspirado por este exemplo que retomei tema antes por mim trabalhado sobre o autoritarismo e suas conexões com o finalismo para participar deste volume. A escolha traz, por um lado, a verve crítica contra o autoritarismo que, na quadra histórica que nos toca viver, parece reclamar frequentemente espaço público e, ao mesmo tempo, evoca o fato de que a pena de nosso homenageado foi constante fonte de defesa do perfil humanitário quando da reforma penal de 1984².

Como é sabido, o vigente Código penal brasileiro contemplou reforma de sua parte geral no ano de 1984 – justamente durante o período do governo ditatorial militar – para adaptar-se ao finalismo de corte *welzeliano*³.

A reforma da parte geral do Código penal apresentou-se dentro de um contexto mais amplo de reformas penais inspiradas por um movimento de *nova defesa social* que era uma manifestação de pressão – nos limites do então possível – na direção da construção de garantias.

² É símbolo sempre lembrado de tal circunstância, o comentário – até hoje presente em seu Curso de Direito penal – acerca da alteração de nomenclatura nas regras de concorrência delitiva quando da reforma: “A designação ‘do concurso de pessoas’ em lugar da indicação ‘do concurso de agentes’ proposta pelo Anteprojeto Hungria e o CP/1969, tem inegável valor simbólico. Com efeito, o vocábulo *pessoa* revela uma dimensão filosófico-antropológica muito mais consentânea ao universo moral e espiritual do *concursum delinquentium*, ao contrário da palavra *agente*”. (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal. Parte Geral*. 7ª ed., São Paulo: Thomson-Reuters, 2020, p. 549. Afinal, como ouvimos todos, várias vezes da boca do próprio professor René, ao comentar a circunstância: “- O homem é o início e o fim da aventura do direito”.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 78 refere que “O modelo finalista de fato punível se generalizou [...] além de influenciar diretamente algumas legislações modernas, como a reforma alemã (1975) e a nova parte geral do Código penal brasileiro (1984)”.

Entretanto, o que foi concedido de espaço evolutivo foi sempre o mínimo possível e permanentemente sob o controle estreito das instâncias militares, de modo que, no fundo o que se oferecia era uma “mudança para não mudar nada”.

O presente texto se propõe a destacar aspectos reveladores desta escolha: por um lado, as razões político-criminais para a admissibilidade de uma reforma penal dentro de um governo ditatorial e, por outro, os ecos autoritários que tal perspectiva trouxe e que, não obstante a ruptura promovida pela adoção de um regime político democrático, seguem vivos⁴.

1 O PROCESSO POLÍTICO E LEGISLATIVO DE REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1984

Um adequado olhar crítico sobre a reforma penal de 1984 deve vir contextualizado com o seu momento político. Para entender o que se passou, legislativa e técnico-juridicamente, é preciso olhar para a situação política da época.

1.1 O CONTEXTO POLÍTICO LATINOAMERICANO E BRASILEIRO DO PROCESSO DE ABERTURA

De um modo bastante distinto da reconstrução europeia no pós-guerra, com a adoção de políticas de bem estar social, na América Latina, a Guerra Fria gerou um cenário de fomento a distintas ditaduras de corte militar.

Enquanto a forma encontrada pelos Estados Unidos de ampliar sua área de influência na Europa foi o conhecido *Plano Marshall*⁵, os mecanismos de “combate ao expansionismo comunista” deflagrados na América

⁴ Ainda circulam no Brasil manuais que professam abertamente adesão ao finalismo, tais como SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral...cit.*, p. 78 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 361.

⁵ Trata-se do *European Recovery Program*, plano desenvolvido pelo general estadunidense George C. Marshall, composto por medidas de política econômica para reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial. foram aplicados, entre 1948 a 1952, 12, 6 bilhões de dólares nos países europeus, sobretudo na Grã-Bretanha, França e Holan-

Latina foram muito diferentes, insuflando-se a instauração de governos ditatoriais apoiados em oligarquias e estruturas militares. Parecem ter sido decisivas para a escolha dessa fórmula a Revolução Cubana pela via bélica, em 1º de janeiro 1959, instaurando o comunismo geograficamente próximo aos EUA e o clamoroso fracasso estadunidense na Guerra do Vietnã, que os impediu de replicar o mesmo padrão frente à União Soviética⁶. O discurso sobre a “ameaça comunista” foi a base de instauração de vários governos ditatoriais na América Latina, sempre com interferência militar, apoio das oligarquias locais e cooptação da classe média por uma intensa propaganda anti-comunista. Com matizes diferentes, assim foram, além da revolução de 1964, no Brasil, o golpe de Estado de 28 de junho de 1966 na Argentina, que derrubou o presidente Arturo Umberto Illia; a ditadura cívico-militar de Juan María Bordaberry no Uruguai e o golpe militar que instalou a ditadura Pinochet, no Chile, os dois últimos deflagrados em 1973 e ainda, a manutenção da ditadura Stroessner no Paraguai (esta iniciada antes, já em 1954)⁷.

É sabido que, durante esse período, os governos militares latino-americanos mantinham entre si uma poderosa rede de comunicação visando expurgar todo tipo de oposição, especialmente de origem comunista, que ficou conhecida como *Operação Condor*⁸.

De modo quase indistinto, o progressivo fracasso dessas políticas ditatoriais deveu-se basicamente ao seu insucesso em levar adiante processos de inclusão social e recuperação econômica. E é justamente no cenário de progressiva derrocada dessa forma de orientação política, quando ainda os militares buscavam agarrar-se ao que lhes remanesca de autoridade, que se instaura a comissão para reforma do sistema penal.

da. Para detalhes sobre o plano veja-se STEIL, Benn. *The Marshall Plan. Dawn of The Cold War*. New York – London – Toronto – Sidney – New Delhi: Simon & Schuster, 2019.

⁶ Nesse sentido o comentário de John Dinges, em DINGES, John. *Os anos do condor. Uma década de terrorismo no cone sul*. Trad. de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2005, pp. 31-32.

⁷ Veja-se, sobre o tema, COGGIOLA, Oswaldo. “Os regimes militares na década de 1960”. In: *Governos militares na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2001 e MENDES, Ricardo A.S. “Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional – algumas considerações sobre a Historiografia”. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 06-38, jul. 2013.

⁸ Veja-se, a respeito DINGES, John. *Os anos do condor...cit.*, especialmente capítulo 2, pp. 30 e ss..

Resulta óbvio, portanto, que a concessão às liberdades, alvo permanente do discurso do professor Dotti, não foi completa. Não se tratava propriamente de reorientar as diretrizes do Direito penal a um modelo democrático, mas sim de conceder o mínimo de abertura possível, uma abertura muito mais de forma que de conteúdo. É bem ilustrativo a respeito o multicitado discurso de Ernesto Geisel, onde o Presidente propunha um retorno à democracia lento, gradual, seguro e sob a tutela do poder revolucionário⁹. Eufemismos à parte, o que se pretendia era afirmar que a abertura política dar-se-ia na exata medida e na precisa velocidade que quisessem os militares¹⁰.

As pretensões embutidas no discurso eram: por um lado, dar certa “validade” à “Revolução de 1964” e, por outro, permitir que as bases de sustentação das oligarquias fossem preservadas¹¹. Resulta emblemático que a mencionada “reforma do Código penal” de 1984 nada tenha produzido de resultado acerca tanto uma coisa, quanto de outra, na medida em que seguimos vivendo ameaças explícitas à democracia e a condição de distorção do sistema punitivo segue preservando distâncias favoráveis aos mesmos poderosos de antanho.

1.2 A “QUESTÃO JURÍDICO-PENAL”

As questões centrais – tomada a política como a arte do possível – que se impunham como estrutura inegociável visando dar os passos em direção à abertura política eram três: a restauração plena do *habeas corpus*;

⁹ Veja-se comentários em GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, pp. 80-81 e DIAS, Maurício. *Entrevistas Raymundo Faoro. A democracia traída*. São Paulo: Globo, 2008, pp. 22-23.

¹⁰ A respeito, manifestava Raymundo Faoro quando questionado a respeito: “O que significou na prática este caminho “lento e gradual”? Significou o caminho controlado. Alguma coisa vai mudar, mas o “estado-maior” continua intacto. Intacto formalmente, não quer dizer que sejam as mesmas pessoas, embora as mesmas pessoas continuem presentes. Aí temos aquela ideia pitoresca do “baile”, que expressa as relações da sociedade civil com o governo. Até um certo momento, o “baile” – o direito a reunião, a expressão do pensamento, a própria discussão eleitoral – sofria restrições. Agora o governo diz que o “baile” é permitido, mas quem toca a música são os elementos dele e quem marca o tom, quem controla a orquestra é o governo de um comitê executivo que nós conhecemos bem”. Idem, pp. 28-29.

¹¹ Nesse sentido, idem, p. 22.

a anistia sem restrições políticas e uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva¹². Não é um acaso que duas das três exigências eram diretamente vinculadas ao sistema penal. Acontece que o sistema penal é o mecanismo mais interventivo de que um Estado dispõe para controlar a vida dos cidadãos.

Um ano antes da instauração do governo militar pelo golpe de 1964, Nélson Hungria já tinha apresentado um anteprojeto de Código penal que foi, depois, submetido a análise durante um ciclo de conferências e debates do Instituto Latino Americano de Criminologia em São Paulo e a estudos promovidos pela OAB, dos quais derivaram várias propostas de alteração. Em janeiro de 1964, compôs-se uma comissão de revisão do anteprojeto, composta pelo próprio Nélson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi. No entanto, o evento do Golpe militar de 1º de abril interrompeu os trabalhos da comissão, inclusive pela renúncia de Roberto Lyra¹³. Nova comissão foi composta pelo Ministro Francisco Campos, reunindo Nélson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso, contudo, um desinteresse manifesto do governo em prosseguir na reforma, impediu que a comissão chegasse a divulgar suas conclusões¹⁴. A reforma só foi retomada pelo Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva, quem determinou nova revisão, por nova comissão, agora composta pelos Professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D' Aquino. Na oportunidade, pretendeu-se compatibilizar o anteprojeto do Código Penal com o Código Penal Militar. Finalmente, em 21 de outubro de 1969, o texto foi encaminhado o texto aos Ministros Militares, então no exercício da Chefia do Poder Executivo, o qual viabilizou-se pelo Decreto-lei nº 1.004 e entraria em vigor no dia 1º de janeiro de 1970. No entanto, em nova manobra obstativa do governo do Presidente Emílio Médici, o Ministro Alfredo Buzaid suspendeu a entrada em vigor do Código sob o argumento de que seria conveniente entrarem simultaneamente em vigor o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, pelo que,

¹² GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, pp. 80-81 e DIAS, Maurício. *Entrevistas Raymundo Faoro. A democracia traída*. São Paulo: Globo, 2008. p. 21.

¹³ As informações constam da reedição da obra de Hungria organizada pelo Professor René Ariel Dotti, publicada como HUNGRIA, Nélson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código penal*. Vol. I. Tomo II. 7ª ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 348.

¹⁴ Nesse sentido, idem, p. 349.

dois novos diplomas deveriam ser compostos para unir-se ao Código penal. Dizia-se, então, que tal providência atendia ao interesse de segurança dos cidadãos e da estabilidade dos direitos. A partir de então, uma sucessão de leis e decretos inovadores em matéria penal foram sendo produzidos, levando a que sempre fosse protelada a “reforma integral”.

Com a argúcia de quem viveu a história de perto René Dotti, narrou precisamente estas circunstâncias, mostrando que uma mudança profunda, tal como era desejável, passava longe do possível. Nosso homenageado descreveu desta forma a situação vivida naqueles dias:

“[...] grandes dificuldades de natureza político-institucional não aconselhavam a Junta Militar a admitir uma profunda alteração no sistema do Direito Penal comum, máxime quando proliferavam os processos instaurados sob a acusação da prática de crimes contra a segurança nacional, sob a vigência do terrífico Dec.-Lei n. 898, de 29.9.1969, que previa penas de morte e de prisão perpétua para as infrações políticas em tempo de paz”¹⁵.

O professor Dotti era perfeitamente ciente que uma mudança de perfil, orientada às tendências das matrizes europeias, tão de perto seguidas pelo modelo legislativo de 1940 seria impossível. O desencaixe entre um modelo funcionalista, que se insinuava na Europa, pela mão do reconhecimento da interferência de uma política criminal democrática e crítica no modelo dogmático, resultava incompatível com o cenário político ditatorial então vivido no Brasil. Corretamente, então, dirigiu o foco central de seus escritos para a discussão a respeito das penas e do modelo penitenciário.

O Governo do Presidente Ernesto Geisel, através do Ministro da Justiça Armando Falcão, terminou encaminhando ao Congresso Nacional o Projeto da Lei nº 2, de 22 de fevereiro de 1977, que promovia alterações em dispositivos do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, que afetavam, entre outros pontos, os critérios de aplicação e execução da pena privativa da liberdade. Com a

¹⁵ HUNGRIA, Néelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código penal*. Vol. I. Tomo II. 7ª ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 351.

transformação do projeto na Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou também aspectos da execução penal, encaminhou-se também ao Congresso Nacional um projeto de lei que revogava o Código Penal de 1969 ao argumento de que o Código Penal de 1940, nas passagens reformuladas, se tornara “mais atualizado do que o vacante”.

Nota-se a óbvia presença de manobras sucessivas e deliberadas de obstar o andamento do projeto de 1969, o que fica mais evidente ainda quando, ao final de tudo, o Código de Processo penal até hoje não foi substituído e o Código penal foi alterado, finalmente, somente em sua parte geral, ao argumento – com evidente perfil autoritário – de existir uma necessidade de aprimoramento de “instrumentos jurídicos de combate à sofisticação da moderna criminalidade”.

É nesse contexto de controle, de falta de abertura e de vigilância constante e interferência reiterada que tiveram que trabalhar os Professores Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti na elaboração de uma parte geral de um novo Código penal que, afinal, trocando de orientação teórica, mas mantendo uma base ontológica, passava longe das importantes discussões político criminais necessárias à época e ainda agora¹⁶. As conclusões da comissão foram apresentadas em 1982 e converteram-se nas Leis 7.209, que reformava a parte geral do Código penal e a lei 7.210, que reformava a Lei de execuções penais, ambas datadas de 11 de julho de 1984.

O contexto em que se debatia a reforma era a influência da chamada *nova defesa social*, de Marc Ancel, cujo livro base¹⁷ foi traduzido por Osvaldo Melo e publicado no Brasil em 1979 e situava o caráter pedagógico da pena com o uso de substitutivos ao encarceramento¹⁸. As ideias

¹⁶ Todos os dados historiográficos sobre os processos de elaboração constam, matizados, da exposição de motivos da reforma da parte geral do Código penal, de acesso público.

¹⁷ Trata-se de ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Trad. de Osvaldo Melo, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

¹⁸ O movimento teve origem na Itália, com a fundação do Centro de Estudos de Defesa Social, por Filippo Grammatica, em Gênova e com a celebração, em 1947, do 1º Congresso Internacional de Defesa Social, em San Remo, onde as ideias de Grammatica foram amplamente debatidas. Tais ideias diziam respeito especialmente à conversão dos sistemas penais em sistemas de educação e tratamento, moldadores da personalidade do delinquente. As ideias alcançaram ainda maior difusão com a realização do

básicas da *nova defesa social* eram adotar uma postura de luta contra a criminalidade, como uma das tarefas mais importantes da sociedade, porém, entendia-se também que tal enfrentamento não seria incumbência exclusiva do Direito penal. A pretensão era transcender a proteção das pessoas frente aos criminosos, alcançando a proteção de pessoas frente à possibilidade de *se tornarem* criminosas. A perspectiva que brota das ideias de Grammatica pretende superá-las pela inclusão da abolição da pena como retribuição, convertendo o Direito penal em um instrumento mais de política social do Estado, que deve voltar-se à luta clara e aberta contra o crime, mediante uma interação entre Criminologia, Política Criminal e Direito penal.

2 UM OLHAR COM DISTANCIAMENTO CRÍTICO

O que a distância histórica permite desnudar é que a reforma do Código penal passou longe de ser um verdadeiro câmbio de rumo. Do ponto de vista das orientações teóricas do sistema de imputação, na verdade, nada mudou. Pelo contrário, preservou-se um modelo que pretendeu debater o crime como fenômeno ôntico e não normativo, contornando a discussão político-criminal e, de quebra, adotou-se uma perspectiva teórica ainda mais alinhada com diretrizes oriundas de um modelo autoritário, como será visto em seguida.

2.1 UM DELIBERADO *DELAY* CIENTÍFICO

O neo-ontologicismo finalista – estrutura que inspirou a mudança da parte geral do Código penal de 1984 – era, nos anos 80 do Século XX, um modelo amplamente superado por uma avalanche de aproximação entre Direito penal e política criminal que tem por marco inicial a famosa aula inaugural de Roxin na Ludwig Maximilians Universität, de Munique¹⁹. No entanto, os ecos desta perspectiva, embalada pelas social-de-

^{2º} Congresso Internacional de Defesa social, em 1949, em Liège. Os dados históricos constam do prefácio firmado por Heleno Fragoso, ao livro de Marc Ancel, idem, pp. VII a IX.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.

mocracias européias, foram completamente abafados no nosso cenário jurídico. Basta ver as escassas publicações que referiam tais perspectivas neste período²⁰.

De modo geral, no Brasil, optou-se pela adoção acrítica da perspectiva do finalismo *welzeliano*²¹ e, com ela, o cenário técnico jurídico-penal seguiu nublado pela cortina de fumaça da estéril discussão sobre o lugar do dolo, cujos ecos político-criminais são praticamente nulos.

Mas a “postura de avestruz” frente à questão político-criminal, oriunda das discussões propostas pelo finalismo, sequer é o seu pior legado. Mais devastador ainda se revela o seu DNA.

2.2 O AUTORITARISMO LATENTE DA PROPOSTA FINALISTA

Não é demais lembrar que o finalismo, como tese, tem seu nascedouro exatamente na Alemanha, durante o auge do Estado nacional-socialista. A proposta de Welzel foi construída em oposição franca às teses clássicas de Von Liszt²² e de aberto enfrentamento ao neokantismo e ao positivismo jurídico²³.

Tal oposição se manifestava através da crítica severa à autonomia do direito, sustentando sua sujeição às chamadas *estruturas lógico-objetivas*. Ou seja, para Welzel, “o legislador está sempre sujeito a determinados limites imanentes ao direito positivo”²⁴ e o principal limite seria justa-

²⁰ Um exemplo desta exceção é TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito. Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

²¹ Apontando os autores que se inclinaram por esta preferência, veja-se ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual...cit.*, p. 361.

²² Sobre o fato, é ilustrativo o comentário de LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antiguarantismo penal*. Trad. de Paulo César Busato, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 256. Liszt é considerado por seus biógrafos como um exemplo de liberal de sua época, tanto no trato acadêmico quanto político. Veja-se, em detalhes, a análise de vida acadêmico-política de Liszt em ELBERT, Carlos. *Franz von Liszt. Teoria e prática na política criminal. (1899-1919)*. Trad. de Ney Fayet Jr., Porto Alegre: Elegancia Juris, 2019, especialmente pp. 164 e ss..

²³ É perfeitamente acessível ao público de língua latina o compêndio WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, pp. 177 e ss., no qual figura o artigo *Derecho natural y positivismo jurídico*, no qual Welzel critica abertamente o positivismo jurídico neokantiano.

²⁴ *Idem*, p. 194.

mente a sujeição a estruturas dadas pela natureza, que não poderiam ser contrariadas, por pertencerem à “realidade das coisas”²⁵, que não pode, de forma alguma, ser modificada. Exemplificou afirmando que “ninguém pode modificar a natureza das coisas e transformar uma ação involuntária (ou seja, culposa) em uma ação voluntária (ou seja, dolosa)”²⁶ e “quem queira impor normas à ação, tem que pressupor a estrutura categorial do fazer humano”²⁷. Ou seja, para Welzel, há categorias pertencentes à natureza, entre elas a ação, o dolo e a culpa, que são dadas pela natureza das coisas, são estruturas lógico-objetivas imutáveis e insuscetíveis de afetação pelo direito positivo, por não tratar-se de *valores*, daí derivaria – na opinião do autor – a insuficiência do neokantismo.

Analisada a opinião retroativamente, não parece que a afirmação soe surpreendente. Mas é necessário compreendê-la em seu contexto histórico. As teses de Welzel eclodiram precisamente em um ambiente político em que o Estado nacional-socialista apregoava uma superioridade racista baseada precisamente “na natureza das coisas”. Aliás, não é demais notar que, conquanto fosse uma fórmula muito mais elaborada, a ideia das “estruturas lógico-objetivas”, conectava perfeitamente com as ideias de Freisler de que “o Direito não poderia ignorar as leis da natureza; a lei, nesse sentido, com objetivo de dar segurança às pessoas e ao Estado (nazista), deveria ser orgânica, em permanente desenvolvimento, adaptável às circunstâncias e às mudanças”²⁸. Freisler refere expressamente que o “Direito penal [...] deve, sobretudo, constituir um claro e reconhecível reflexo da concepção de mundo nacional-socialista”²⁹.

No pós-guerra, o êxito da difusão do finalismo em sua discussão com o neokantismo deveu-se tanto à qualidade técnica inquestionável dos

²⁵ WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 194.

²⁶ Idem, p. 195.

²⁷ Idem, p. 196.

²⁸ A descrição da proposta de Freisler aparece em KOCH, H. W. *In the name of the Volk – Political justice in Hitler's Germany*. New York: Barnes & Noble, 1997, p. 71 e é comentada por GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Processo Penal, Estado de Exceção e o Volksgerrichtshof: O Tribunal do Povo na Alemanha Nazista”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 127, janeiro de 2017, pp. 201-223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 216.

²⁹ FREISLER, Roland. *Derecho penal de la voluntad*. Trad. de Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Javier Arnedo, Andrea Bartos e Graciela Otano, Buenos Aires: Ediar, 2017, p. 114.

textos de Welzel quanto da deliberada cortina de fumaça dogmática³⁰ levantada por Edmund Mezger e prontamente aceita e difundida pelo próprio Welzel, para ocultar relações passadas com o regime autoritário nazista.

É possível compreender que nos anos imediatamente após a guerra, os penalistas alemães ativos durante o período do nacional-socialismo não quisessem debater o apoio maior ou menor que ofereceram a um regime genocida. O passar do tempo e o avanço de gerações não comprometidas com o passado, fez com que pouco a pouco viesse à luz a discussão político-criminal. O que não se pode aceitar acriticamente é que, no Brasil, onde tal implicação direta inexistiu, quatro décadas depois do fim da II Guerra Mundial, ainda se adotasse uma perspectiva jurídico-penal alinhada ao nazismo.

2.3 AS CONEXÕES ENTRE O FINALISMO E O ESTADO NACIONAL-SOCIALISTA

Não obstante os pudores daqueles que professaram o finalismo como teoria obinubilarem as conexões entre tal perspectiva teórica e o nacional-socialismo³¹, já é farta a bibliografia que aponta tanto no sentido da conexão pessoal de Welzel com o Estado nazista, quanto do ajuste de seu modelo teórico às pretensões autoritárias daquele governo³². Na

³⁰ A referência à artificialidade da discussão causalismo x finalismo foi exposta em detalhes por Muñoz Conde em MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 156 e ss. A obra conta com tradução ao português de Paulo César Busato, publicada pela editora Lumen Juris. Também referindo à artificialidade da discussão entre causalismo x finalismo LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 229.

³¹ Em um esforço incomum para afastar Welzel do nacional-socialismo, em seu livro sobre Doutrina penal Nazista, Zaffaroni procura associar as ideias de Welzel a um período muito mais tardio, da Alemanha de Adenauer, simplesmente ignorando todo o passado do trabalho do autor. Veja-se em ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doctrina penal nazi*. Buenos Aires: Ediar, 2017, pp. 285 e ss.. Há quem tenha aceitado, inclusive, que Welzel pretendeu, com o finalismo afastar-se da experiência totalitária nacional-socialista. Assim, por exemplo, BRANDÃO, Cláudio. *Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125, quem afirma textualmente que “Através da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o Direito penal nazista”.

³² Mencionando expressamente tais conexões MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacional-socialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* n°12, pp. 622-628, 2014, p. 623.

verdade, ao contrário de autores como Mezger, que tiveram que deixar de lado prévias ideias liberais para alinhar-se ao nacional-socialismo, Welzel desenvolveu suas ideias e carreira acadêmicas, desde o princípio, perfeitamente alinhado às políticas do nacional-socialismo³³.

2.3.1 AS CONEXÕES PESSOAIS ENTRE WELZEL E O ESTADO NACIONAL-SOCIALISTA

Hans Welzel estudou direito em Jena e Heidelberg, doutorando-se em direito em 1928, sob a direção de Hans Albrecht Fischer³⁴. Sua carreira acadêmica, no entanto, só decolou após iniciada sua relação com o nacional-socialismo. Em 1933, Welzel ingressou na liga de juristas nacional-socialistas³⁵; dois anos depois, apresentou sua tese de habilitação, um escrito que ficou famoso pela intensa alusão elogiosa à nascente corrente política nazista³⁶.

Welzel foi professor substituto provisório em Köln, onde trabalhou como *Unterführer* dos docentes e foi também guia da juventude hitlerista³⁷. Em 17 de abril de 1936 foi chamado como professor interino em Göttingen³⁸. Esta escolha foi baseada em alguns documentos reveladores, como a declaração do decano (Niedermeyer) no sentido de que Welzel tinha sincera atitude favorável ao nacional-socialismo³⁹ e a carta do representante dos estudantes⁴⁰, afirmando que o trabalho técnico de Welzel ia orientado no mesmo sentido que o de Friedrich Schaffstein e George Dahm, os maiores expoentes da escola de Kiel, responsáveis pelo famoso escrito *Liberales oder autoritäres Strafrecht* e, de forma meteórica, já

³³ Nesse sentido, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "Nacionalsozialismo y derecho penal...cit.", p. 624.

³⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 233.

³⁵ Idem, p. 238.

³⁶ Trata-se de WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Mannheim-Berlin-Leipzig: Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, 1935.

³⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 235.

³⁸ Idem, p. 234.

³⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "Nacionalsozialismo y derecho penal...cit.", nota 21, com transcrição.

⁴⁰ Idem, p. 624, nota 20, com transcrição. Também LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 235.

em 01 de outubro de 1936 Welzel foi nomeado professor extraordinário em Göttingen, para começar em janeiro de 1937⁴¹.

Em maio de 1937 ingressou oficialmente no partido nazista, mais ou menos na mesma época que Schaffstein, Mezger e Larenz⁴². Importa destacar que a filiação ao partido nazista não era, na época, uma obrigação. Quem o fazia, em geral, eram assistentes em início de carreira, visando promoções⁴³. Welzel já tinha galgado um posto importante. A decisão é reveladora de certa simpatia pelo regime. Reforça esta convicção o dado de que quando o professor de filosofia Hans Heyse criou a liga de docentes nacional-socialistas da Universidade de Göttingen, Welzel tenha sido o professor encarregado da doutrinação de docentes⁴⁴. Com isso, sua ascensão profissional seguia meteórica e em fevereiro de 1940 – menos de 4 anos após seu ingresso – já chegava a professor titular da Universidade de Göttingen⁴⁵.

No profundo estudo sobre o Direito penal nacional-socialista levado a cabo por Javier Llobet Rodríguez⁴⁶, Hans Welzel é o único penalista que tem um capítulo inteiro do livro dedicado unicamente a si. Ali aparecem referências importantes acerca da carreira de Welzel, como o fato de que Karl Siegert⁴⁷, um penalista fanático nacional-socialista, encarregado pelo governo de vigiar a atitude dos professores de Göttingen, prestou informações referindo que a cátedra de Direito penal estaria coberta de forma próxima ao ótimo, com a presença de Welzel⁴⁸.

⁴¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p.234.

⁴² LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 240.

⁴³ Idem, pp. 239-241.

⁴⁴ Idem, p. 238.

⁴⁵ Idem, p. 237.

⁴⁶ Idem, 2019.

⁴⁷ Karl Siegert, em 1933 foi nomeado professor em Göttingen para ocupar o lugar do Honig, expulso. Membro do NSDAP desde 1933, a partir de 1935 dirigiu a “limpeza” do corpo docente de Göttingen. Cf. VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 35, nota 95.

⁴⁸ SCHAFFSTEIN, Friedrich. Strafrecht. “Allgemeiner Teil – Hans Welzel – Litteraturbericht”. in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1937, pp. 104-107.

2.3.2 O FINALISMO COMO TEORIA FACILITADORA DA POLÍTICA NAZISTA

Antes mesmo do completo desenvolvimento de sua teoria do delito, os escritos de Welzel já foram amplamente reveladores do ajuste entre suas concepções e o avanço do nazismo na Alemanha.

Sua tese de habilitação – de 1935 – *Naturalismuns und Wertphilosophie im Strafrecht*⁴⁹ (Naturalismo e a Filosofia dos Valores no Direito penal), tinha como sub-título “pesquisas sobre os fundamentos ideológicos da ciência do Direito penal”⁵⁰, o que bem revela o que estava em discussão.

O texto foi muito bem recebido pelos partidários do Direito penal autoritário de então⁵¹, como transparece na elogiosa resenha que Schaffstein⁵² fez do texto e pela qualificação de “produção extraordinária” oferecida por Erik Wolf⁵³.

O trabalho faz alusões a que a ciência tem que assumir uma tarefa política ao referir que o nacional-socialismo é uma revolução espiritual com imenso sucesso político⁵⁴ e que constituiu uma forma de superação do socialismo de Liszt⁵⁵, baseado em classes. Aponta Javier

⁴⁹ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie...cit.*.

⁵⁰ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, pp. 255.

⁵¹ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. “Hans Welzel. Una aproximación a su vida y obra”, in *Problemas capitales del moderno Derecho penal. Libro en Homenaje a Hans Welzel con motivo de su 100 aniversario*. [Moreno Hernández, Moisés; Struensee, Eberhard; Cerezo Mir, José y Schöne, Wolfgang – ed.] Mexico: Cepolcrim, 2005, p. 83 e LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 255.

⁵² LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, pp. 255.

⁵³ Idem, pp. 255. Erik Wolf é conhecido por sua posição – marcantemente influenciada pelo pensamento de Heidegger e Gerhard Husserl – acerca de que o criminoso é “uma forma especial de ser humano no mundo”, possuidor de um “declínio repentino ou permanente de sua mente jurídica”, decadência esta que constitui o fundamento da pena, professando abertamente uma política criminal “social-autoritária”. Foi um professor que seguiu com entusiasmo o sistema nacional-socialista, defendendo o princípio do *Führer* como fonte do direito, vinculado ao povo como comunidade racial. É emblemático o seu “Discurso do Reitor” quando assumiu o cargo em Freiburg em 7 de dezembro de 1933, cujo título foi “Lei Correta no Estado Nacional Socialista”. Para detalhes biográficos de Wolf veja-se VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus...cit.*, p. 32, nota 93.

⁵⁴ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie...cit.*, p. VII.

⁵⁵ “Deve ficar claro que o socialismo de Liszt era desse tipo de socialismo que considera os problemas da classe obreira desde o ponto de vista da classe burguesa dominante,

Llobet⁵⁶ a conexão direta com a defesa que Hitler fez em *Mein Kampf* de que o Estado nacional-socialista não conhece classes.

Conforme destaca Matus Acuña:

Welzel afirmava que “o prodigioso sucesso da revolução nacional-socialista” o tinha levado a questionar-se pela história e o futuro do direito penal, rechaçando com Carl Schmitt o “liberalismo” e o “positivismo naturalista” anteriormente imperantes, e afirmando que a “tarefa política” que Schaffstein assinalava à “ciência jurídica” do nacional-socialismo era “compreender os valores da época histórica concreta” que se vivia então, pelo que, a “dogmática” não deveria ser mais vista como um “domínio do puramente jurídico”, mas devia permanecer “estritamente” unida, a seu sentir, com “a vida histórica, econômica, sociológica, religiosa e política” da comunidade “estado-povo”, “de cujo destino depende”, pois “a concreta ordem vital deve ser vista na grande unidade [...] na comunidade do povo, e com relação à situação histórica concreta, a qual no âmbito jurídico se condensa sobretudo na vontade expressa do Führer, isto es, na lei”. Neste contexto, não parece casualidade que neste trabalho Welzel chame a unir a dogmática com os valores do povo; cite profusamente Schmitt, Dahm, Schaffstein e Freisler; qualifique o positivismo como como “cienticismo” incapaz de compreender “a realidade” da “raça e o caráter nacional” (“Rasse und Volkstum”); e considere como um valioso “esclarecimento” do pensamento “fascista, bolchevique e nacional-socialista” a denúncia do “relativismo” como uma “cosmovisão cultural dominante” que deveria mudar junto com “a ideia do Estado”⁵⁷.

O texto também defende ideias como a de “comunidade do povo” e o “princípio do Führer”, ao afirmar que “as formas concretas de por ordem à vida (deveriam) ver-se como parte de um todo único... Na comunidade do povo com

e está longe da ideia da comunidade nacional abarcadora de todas as classes que só encarnou no poderoso programa do nacional-socialismo, com o qual se alçará ou cairá nossa futura vida nacional”. Idem, p. 36.

⁵⁶ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 256.

⁵⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacionalsocialismo y derecho penal...cit.”, p. 625.

os requisitos impostos pela situação histórica concreta, que no campo jurídico, acham sua saída mais visível na expressão da vontade do Führer, ou seja, na lei”⁵⁸.

Welzel ainda faz, no texto⁵⁹, a famosa crítica ao tipo penal de Be-ling, dizendo que ele somente poderia ser “compreendido emocionalmente”, “cheio de valor” e não como um fantasma “exsangue” (*unblutt*), termo que refere concretamente à ideia de comunidade de sangue professada pelo nacional-socialismo⁶⁰. Na mesma linha, ainda afirma que o ser humano é somente o *ser-absoluto*, pleno de valores, que se diferencia por seu parentesco de sangue⁶¹. Tomado em seu contexto, é evidente que se afirma, *contrario sensu*, que a ausência de identidade pelo sangue (identidade racial) desumaniza o sujeito.

Esta orientação do escrito de habilitação de Hans Welzel prosseguiu em trabalhos posteriores, como o artigo⁶² *Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels* (Sobre os fundamentos da filosofia do Estado de Hegel), publicado em um livro sobre as universidades em transição que expressava ideias de conteúdo racial⁶³, coordenado por Arthur Schurmann, um declarado nacional-socialista, como produto final de conferência proferida na Universidade de Göttingen⁶⁴.

⁵⁸ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie...cit.*, p. 76.

⁵⁹ Idem, p. 77. Veja-se comentário e indicação bibliográfica em LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, pp. 263-264.

⁶⁰ É sabido que Alfred Rosenberg, teórico do nacional-socialismo, baseou seu discurso racial nacional-socialista na “questão do sangue”. Confirma-se em ROSENBERG, Alfred. *Der Mythos des 20. Jahrhunderts*. München: Hoheneichen, 1934.

⁶¹ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie...cit.*, pp. 56-57.

⁶² WELZEL, Hans. “Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels”. In SCHÜR-MANN, Arthur (Compilador). *Volk und Hochschule im Umbruch*. Oldenburg/Berlin: G. Stalling, 1937, pp. 87-104.

⁶³ O comentário é de Javier Llobet Rodríguez em LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 269.

⁶⁴ Esta conferência, ao lado da proferida no encontro da Liga de Justistas Nacional-Socialistas de 1937 sobre a honra das comunidades, são referidas como pontos de evidência do alinhamento de Welzel à doutrina nacional-socialista, na detida análise de Kubiciel in KUBICIEL, Michael. “‘Welzel und die Anderen’. Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945”, in *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. [Wolfgang Frisch, Gunther Jakobs, Michael Kubiciel, Michael Pawlik e Carl-Friedrich Stuckenberg], Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 150: “Em comparação com a tese de habilitação, ambas as palestras contêm compromissos claros com o movimento nacional-socialista e suas idéias políticas. Em sua palestra em Göttingen, Welzel também escolhe um exemplo que, de forma menos sutil, aborda as atitudes anti-semitas básicas de muitos alemães que eram difundidas na época”.

O texto critica a emancipação dos judeus e a concessão que Hegel fazia a eles em termos de direitos civis, defendendo que o pertencimento à nação não é uma questão de ânimo, mas de realidade natural-histórica⁶⁵.

Mais incisivo ainda resulta o artigo⁶⁶ *Über die Ehre von Gemeinschaften* (Sobre a honra das comunidades), de 1938, consistente na expressão escrita da palestra proferida no encontro promovido pela Liga de Juristas Nacional-Socialistas de 1937⁶⁷, onde a opinião de Welzel sobre a honra da família se alinhava completamente às ideias de George Dahm⁶⁸, sustentando que o indivíduo é historicamente constituído no seio da comunidade e somente esta é portadora da história em sentido próprio. No texto, ainda faz menção à necessidade de proteção da honra da mais alta liderança (*Führung*)⁶⁹, portanto, defendendo a necessidade de proteção do *Führer*.

Em 1938, publicou na revista *Deutscher Rechtswissenschaft*, dirigida por Karl August Eckhardt⁷⁰, um artigo⁷¹ denominado *Tradition und*

⁶⁵ WELZEL, Hans. “Über die Grundlagen...cit., p. 103. Comentado por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, pp. 269-270.

⁶⁶ WELZEL, Hans. “Über die Ehre von Gemeinschaften”. In *ZStW*, 1938, pp. 28-52.

⁶⁷ O dado é referido por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 271.

⁶⁸ O comentário é de VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. “Hans Welzel. Una aproximación...cit., p. 84.

⁶⁹ WELZEL, Hans. “Über die Ehre...cit., p. 40.

⁷⁰ Eckhardt foi também um reconhecido nazista que ingressou na SA em maio de 1931 e no NSDAP em 1º de março de 1932 e na SS em outubro de 1933. Ele lecionou brevemente de 1933 a 1934 na Universidade de Kiel onde exerceu grande influência na equipe de estudiosos jurídicos nacional-socialistas. Em 1º de janeiro de 1935, Eckhardt foi designado para a equipe pessoal do Reichsführer SS como Untersturmführer. A partir de 1935, Eckhardt também pertencia ao serviço de segurança do Reichsführer SS. De outubro de 1934 a junho de 1936, Eckhardt foi o principal consultor de direito, estado, política, economia e história no departamento universitário do Ministério da Ciência do Reich sob Bernhard Rust, tendo participado de perseguição aos advogados judeus. Ele gerou a aposentadoria forçosa de vários professores da Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin, considerados descendentes de “judeus” e que foram transferidos à força de Berlim para Frankfurt. Depois disso, Eckhardt foi inicialmente responsável por preencher novas cadeiras que haviam ficado vagas por meio da demissão e expulsão de professores universitários judeus. A partir de outubro de 1934 também foi responsável pela reformulação dos cursos de direito e economia segundo as “Diretrizes para a Unificação da Administração Universitária”, que entrou em vigor em 1º de maio de 1935 e que alterou a constituição das universidades alemãs.

⁷¹ WELZEL, Hans. “Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft”. In *Deutsches Rechtswissenschaft*, 1938, pp. 113-121.

Neubau in der Strafrechtswissenschaft (“Tradição e Nova conformação da ciência jurídico-penal”), o qual abre com veemente crítica ao Iluminismo e ao pensamento racional⁷², afirmando que todo pensamento está ligado nacional-historicamente, especialmente quanto aos seus conteúdos⁷³. A crítica ao Iluminismo é a tônica que unifica o discurso jurídico nacional-socialista, como bem referiu Ingo Müller⁷⁴, em seu detalhado estudo sobre o tema.

Este texto já abre as primeiras referências à construção do sistema finalista, defendendo, por um lado, o afastamento do dogma causal⁷⁵ e, por outro, a superação do conceito de bem jurídico⁷⁶. O detalhe de relevo é a referência que o próprio Welzel faz, no texto⁷⁷, sobre o alinhamento dos seus argumentos às ideias de George Dahm e Friedrich Schaffstein.

O primeiro esboço completo da teoria finalista da ação, por sua vez, parece constar dos *Studien zum System des Strafrechts*⁷⁸ (“Estudos sobre o sistema jurídico penal”) de 1939, onde aparece a referência à adequação social (*Sozialadäquanz*), como fórmula de exclusão da antijuridicidade material⁷⁹.

Importa destacar, a respeito, a referência que fez George Dahm⁸⁰ à utilidade do conceito aos propósitos nacional-socialistas. Um bom exemplo disso é a impunidade dos eventos ocorridos na conhecida noite dos

⁷² WELZEL, Hans. “Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft”. In *Deutsches Rechtswissenschaft*, 1938, p. 113.

⁷³ Idem, p. 113.

⁷⁴ O autor faz referência à “famosa observação de Goebbels segundo a qual a tarefa do nacional-socialismo era ‘apagar o ano 1789 da história alemã’” e, dentro desse ideário, “os juristas iniciaram uma polêmica contra os direitos humanos, as garantias dos direitos individuais frente ao direito do Estado, as limitações do poder estatal e restrições ao direito do Estado de impor penas”. MÜLLER, Ingo. *Los Juristas del horror. La ‘justicia’ de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Trad. de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Inversiones Rosa Mística Ltda., 2009, p. 105.

⁷⁵ Idem, p. 120.

⁷⁶ Idem, p. 120.

⁷⁷ Idem, p. 120.

⁷⁸ WELZEL, Hans. “Studien zum System des Strafrechts”. In *ZStW*, 1939, pp. 491-566.

⁷⁹ Idem, p. 527.

⁸⁰ DAHM, Georg. *Der Tätertyp im Strafrecht*. Leipzig: Verlag Theodor Weicher, 1940, pp. 44-45.

longos punhais⁸¹, já que Welzel defendia que “são socialmente adequadas aquelas condutas que se movem de forma funcional dentro da ordem história da vida em comunidade de um povo”⁸² e a justificativa de Hitler para os assassinatos coletivos foi precisamente que que Röhm e Schleicher tentaram derrubar o governo e tirar Hitler do poder, compondo um grande movimento para acabar com o nazismo e controlar o exército e ele tinha que impedir isto imediatamente, em defesa da honra e do orgulho do povo alemão. Portanto, as prisões e as mortes efetuadas teriam sido atos de autodefesa do Estado. Em seguida, o Ministro da Justiça Franz Gürtner, demonstrou sua lealdade a Hitler, criando uma lei contra os envolvidos no expurgo denominada “lei de autodefesa”, que legalizava os assassinatos acontecidos⁸³.

Vogel, em seu estudo sobre a influência do Nacional-socialismo sobre o Direito penal igualmente apontou para teses de Welzel sobre o “valor da ação” e “adequação social” como instrumentais para a política nazista, nos seguintes termos:

⁸¹ Trata-se de um evento ocorrido na Alemanha, na noite de 30 de junho para 1 de julho de 1934, quando a facção do partido nazista liderada por Hitler realizou uma série de assassinatos de cunho político. Os alvos foram membros da facção strasserista do partido, incluindo seu líder, Gregor Strasser e proeminentes conservadores antinazistas, como o ex-chanceler Kurt von Schleicher e Gustav Ritter von Kahr. Muitos dos mortos pertenciam às lideranças da Sturmabteilung (SA), uma das organizações paramilitares do partido chamada de “camisas-pardas”. Hitler atacou as SA, para afligir o seu líder, Ernst Röhm, pois temia a ascensão e influência daquela facção (que contava com três milhões de integrantes). Hitler e alguns militares demonizavam a figura de Röhm, a quem acusavam de ser homossexual e viciado que tinha aspirações de derrubar o regime nazista, argumentos que foram utilizados para justificar a ação perante o *Reichtag*. Ao menos 85 pessoas morreram durante o evento e milhares de opositores políticos foram presos. A maioria das mortes foi perpetrada pela Schutzstaffel (SS) e pela Gestapo (Geheime Staatspolizei).

⁸² WELZEL, Hans. “Studien zum System des Strafrechts”. In *ZStW*, 1939, p. 527.

⁸³ Veja-se detalhes em EVANS, Richard. *The Third Reich in Power*. London: Penguin Group, 2005, p. 72. Alinhado à justificação da atitude criminosa de Hitler tornou-se famoso o escrito de Carl Schmitt SCHMITT, Carl. “Der Führer schützt das Recht” in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles (1923-1939)*, 1994, pp. 227-232. Veja-se comentários sobre o assunto, especialmente associando o tema do autoritarismo nazista aos seus resquícios no direito brasileiro, em MATOS, Andityas Soares de Moura Costa e SOUZA, Joyce Karine de Sá. “The Structural Persistence of Nazism in Contemporary Legal Theory and its Impact on Brazilian Legal Interpretation” in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 105*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019, especificamente, pp. 488-489.

“A ênfase de Welzel no ‘valor da ação’ do crime também se insere neste contexto, que por sua vez consiste no ‘afastamento’ dos ‘valores do ético-sociais da ação’, que faltam se uma ação se move dentro do marco do que é historicamente desenvolvido por uma ordem ético-social sendo, portanto, ‘socialmente adequada’ – a cujos termos, em 1939, Welzel contabilizou as mortes ‘adequadas à guerra’ ou à ‘guerra normal’”⁸⁴.

Já constituído o esboço de uma teoria do delito *finalista*, em 1941, Welzel publicou o artigo⁸⁵ *Persönlichkeit und Schuld*, (“Personalidade e Culpabilidade”) onde defendeu um conceito de culpabilidade pelo caráter (*Charakterschuld*), mais incisivo ainda do que a construção da culpabilidade por condução de vida (*Lebensführungsschuld*), de Mezger. Ao menos, essa foi a análise feita com precisão por Aníbal Bruno⁸⁶.

Welzel defendeu que a análise de culpabilidade deveria referir-se à estrutura psíquica do ser humano, que somente poderia ser entendida como sua “visão global”, que incluísse a biologia, a teoria hereditária, a teoria racial e a psiquiatria⁸⁷.

Nessa construção, Welzel identificou o tipo criminológico ou caracterológico de autor, fazendo menção aos delinquentes perigosos segundo a previsão da lei de delinquentes habituais⁸⁸ e usou, para defini-los, o conceito de “parasita” ou “daninho para o povo”⁸⁹, termos claramente de conotação nazista. Apontou, em nítida orientação ao modelo político nacional-socialista, que os delitos que provém do ânimo (disposição interna) e que contém a semente da dissolução da unidade do povo, devem ser enfrentados com a severidade do Direito penal⁹⁰.

⁸⁴ VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus...cit.*, p. 74.

⁸⁵ O artigo é parte do livro de estudos WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York: De Gruyter, 1975, pp. 185-223.

⁸⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Geral. T. II. 2.* ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 35, nota 9.

⁸⁷ WELZEL, Hans. “Persönlichkeit und Schuld”, in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York: De Gruyter, 1975, p. 186.

⁸⁸ Idem, pp. 213 e ss.

⁸⁹ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal...cit.*, p. 284.

⁹⁰ WELZEL, Hans. “Persönlichkeit und Schuld”...cit., p. 212.

Do mesmo modo, em seu escrito de 1944 para o livro homenagem a Köhlrausch⁹¹, denominado *Über den substantialen Begriff des Strafgesetzes* (sobre o conceito substancial da lei penal), desnudou completamente a orientação política autoritária que defendia ao tentar explicar que a substância do ilícito se encontra para além do bem jurídico individual. Para Welzel, nem mesmo a vida merece proteção pelo valor que tenha para o indivíduo, mas apenas por seu significado para a comunidade⁹² e “o conteúdo material das normas do direito penal baseia-se no ato de disposição legal: lealdade ao povo, império, liderança, obediência à autoridade do Estado”⁹³.

É bem verdade que o Welzel que finalmente nos chegou de modo mais massivo, pela tradução de Bustos Ramirez é um autor cujas ideias são pasteurizadas pela derrota fragorosa dos nazistas na Guerra e que procurou, nas últimas edições de seu tratado, esconder os traços ideológicos do seu sistema. Mas não é demais lembrar que o mesmo *Deutsche Strafrecht* teve três edições durante o período do nacional-socialismo, em 1940, 1943 e 1944, sendo que, nas duas últimas⁹⁴ fazia referência a que, de forma mais forte que as outras ordens jurídicas, o Direito penal tem suas raízes nos valores fundamentais éticos específicos de um povo e que a comunidade do povo formada estatalmente espera a lealdade frente ao povo, o Império (Reich), a condução (Führung) e a obediência frente ao poder estatal, a disposição militar, a pureza do juramento e o decoro sexual⁹⁵.

⁹¹ WELZEL, Hans. “Über den substantialen Begriff des Strafgesetzes” in *Probleme der Strafrechtserneuerung: festschrift für Eduard Köhlrausch Zum 70. Geburtstag Dargebracht*. [Paul Bockelmann org.] Berlin: Walter de Gruyter, 1944, pp. 101-119.

⁹² Afirmou Welzel: “O que pode estar por trás da proibição de matar além de apenas proteger a vida? Em tempos individualistas pensar-se-ia principalmente na vontade de viver do indivíduo, o nosso tempo coloca o interesse da comunidade nacional na preservação de cada um de seus membros em primeiro lugar. O pesado castigo pela morte não se deve ao fato de que a vontade de viver de um indivíduo deva ser considerada, mas ao ataque à comunidade nacional, que consiste na aniquilação de cada um de seus membros”. WELZEL, Hans. “Über den substantialen Begriff des Strafgesetzes”... cit. p. 108.

⁹³ WELZEL, Hans. “Über den substantialen Begriff des Strafgesetzes”...cit. p. 109.

⁹⁴ WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1943 e WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1944.

⁹⁵ WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil...cit.*, 1943, p. 1 e WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil...cit.*, 1944, p. 1.

e na edição de 1944 defendeu abertamente o emprego de analogia em caráter incriminador⁹⁶.

2.4 DOS RESQUÍCIOS AUTORITÁRIOS DO FINALISMO SUPÉRSTITES AO PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO.

Depois de depuradas as evidências mais claras de vieses autoritários no finalismo, alguns vestígios de sua estrutura originária podem facilmente ser apontadas como supérstites e merecem ser postas em relevo exatamente por seguirem demandando depuração e recortes provenientes daqueles que professam a necessidade de democratização do sistema punitivo. Joachim Vogel⁹⁷ já havia mencionado que muitas das características da “ciência do Direito penal” próprias do finalismo, exacerbadas durante o nacional-socialismo, tais como a perda de valor do princípio de legalidade, a sobrevalorização da eticização e a subjetivização da teoria do delito seguiram presentes depois de 1945⁹⁸. No mesmo sentido, Matus Acuña referiu:

“É possível demonstrar com uma análise sem preconceitos das obras de Welzel antes que o regime derivasse em uma ditadura completa, durante a mesma e posteriormente à sua total derrota na Segunda Guerra Mundial, que elas não apenas tinham como propósito oferecer um sistema de imputação compatível com o estado

⁹⁶ Welzel, em adesão firme ao então novo § 2º do Código penal alemão, que dizia que “*Será punido quem cometer um ato que a lei declara punível ou que, segundo a idéia básica de um direito penal e segundo o são sentimento público, mereça punição*”, afirmou textualmente que “A nova versão do § 2 deve ser vista deste o seguinte ponto de vista: Reintroduz a consciência jurídica do povo como fonte de direito também para a justificação da pena. A punição é possível hoje com base na lei penal, bem como com base na consciência jurídica nacional. Na função de gestão e determinação, a lei tem prioridade: portanto, pune-se principalmente com base na lei penal, § 2, 1ª oração, primeira metade da frase. Onde a lei perde seu papel de liderança (se é incompleta ou rígida), a consciência jurídica do povo assume a tarefa de liderança, mas no interesse da unidade jurídica e da clareza jurídica, mantendo a função da lei: punição com base na consciência jurídica do povo (“sentimento popular saudável”)). WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil...cit.*, 1944, p. 21.

⁹⁷ VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus...cit.*, especialmente pp. 14 e ss., 37 e 74.

⁹⁸ Repisando o mesmo argumento, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacionalsocialismo y derecho penal...cit.”, p. 622.

totalitário que se criava, mas também para justificar alguns de seus aspectos mais destacáveis, no que refere ao anti-liberalismo, ódio racial e operações eugenésicas”⁹⁹.

Portanto, vale a pena, tão somente como exercício argumentativo, ao menos, enumerá-los.

A imposição das chamadas “estruturas lógico-objetivas” condicionantes irrefutáveis da atuação normativa e, logo, da operação de imputação, a começar por um conceito de ação ontológico que até hoje encontra adeptos¹⁰⁰ e que já foi adredemente exposta em suas debilidades por Roxin¹⁰¹ e contrastada já de modo definitivo por Vives Antón¹⁰².

Outro desses pontos é o dolo natural (considerado também estrutura lógico-objetiva)¹⁰³. A crença de que o dolo é algo que existe no mundo empírico, passível, portanto, de descrição, é uma fresta aberta ao autoritarismo. A acusação ou sentença que afirma concluir que o agente *agiu com consciência e vontade*, ao fazer uma afirmação no plano do ser, não admite contestação e nem qualquer forma de demonstração empírica, já que a prova acerca do que se passou na cabeça do agente no momento do fato é a prova diabólica ou impossível. Ao contrário, admitir o dolo atributivo puro, ou seja, como qualificação atribuída a uma conduta por quem imputa, exige fundamentos, argumentos e justificações que, postas a lume, podem ser contrastadas por outros contra-argumentos em uma disputa dialética¹⁰⁴.

⁹⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacionalsocialismo y derecho penal...cit., p. 625.

¹⁰⁰ Bons exemplos são BRANDÃO, Cláudio. *Direito penal...cit.*, p. 131 e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. parte geral...cit.*, p. 78.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. “Contribuição para a crítica da teoria final da acção”. In *Problemas básicos de Direito Penal*, 3ª ed., Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1998, p. 108.

¹⁰² VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, especialmente pp. 128 e ss..

¹⁰³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 78 e ss.

¹⁰⁴ Veja-se, para detalhes, BUSATO, Paulo César et. alli. *Dolo e Direito penal*. 4ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

A sobrevivência da *adequação social*¹⁰⁵ no plano da discussão dogmática¹⁰⁶, conquanto abra passo para recortes de incriminação, por sua permeabilidade – já historicamente demonstrada – permite justificar, por vezes, o injustificável, abrindo passo para uma notória insegurança jurídica que, em um momento em que a história pendular das inclinações políticas aponta para um crescente autoritário, pode ser extremamente perniciosa.

O alinhamento, proposto por Welzel, das tarefas do Direito penal a uma suposta necessidade de “assegurar a vigência dos valores ético-sociais de caráter positivo”¹⁰⁷ ainda encontra ecos no discurso político e nas reações legislativas a eventos midiáticos. Do mesmo modo, tem sido frequente no discurso político uma demanda por “dar forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalecer sua consciência de permanente fidelidade jurídica”¹⁰⁸.

Estes ecos político-criminais do discurso *welzeliano*, por um lado, afastam a ideia de bem jurídico, que tanto tem servido para limitar o plano da imputação e, por outro, reinsere uma nociva conexão entre o Direito penal e certos juízos éticos que pode ser extremamente perigosa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que essas breves reflexões tenham conseguido descrever a hipótese inicial, no sentido do quanto a alteração da parte geral do Código penal em 1984 representou pouco em termos de um cambio de perspectivas. Resta evidente que o cenário político da época não permitiu avançar nada em termos de aproximação à discussão político-criminal, preservando a orientação ontológica, anódina e autoritária do texto revisado.

¹⁰⁵ Para um panorama sobre o tema veja-se SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal*. Campinas: Quartier Latin, 2010.

¹⁰⁶ Veja-se como exemplo o extenso uso que faz dela Fernando Galvão em seu livro de parte especial GALVÃO, Fernando. *Direito penal: Parte Especial - Crimes Contra a Pessoa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017 e GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Especial - Crimes Contra a Administração Pública*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 3.

Poder ver com o adequado distanciamento histórico permite demonstrar a urgência de uma revisão legislativa séria, com reforma total de todo o sistema penal, cujas propostas tem esbarrado ora em desorganização, ora em desinteresse da classe política.

O contraponto deve vir do cenário acadêmico e da *praxis* forense. A exigência de imersão democrática é urgente tanto quanto é necessário o abandono de teorias de base cujo berço seja o autoritarismo, afinal, como bem referiu Jean-Pierre Matus Acuña, já restou completamente demonstrada “a compatibilidade da teoria finalista da ação com o direito nacional-socialista e o apoio pessoal ao regime de Welzel, manifestado no começo do seu estabelecimento, durante o mesmo e ainda depois de sua queda”¹⁰⁹.

Se o Direito penal é a parte do direito com a qual o Estado atua de modo mais invasivo contra o cidadão, é justamente nela onde urge desenharmos o perfil de um Estado social e democrático de direito.

Portanto, o processo de afirmação da democracia na instância penal está muito longe de estar concluído e aquilo que foi a tarefa possível engendrada pelos defensores dos direitos fundamentais na transição democrática, entre os quais mereceu destaque nosso homenageado, hoje reclama de seus herdeiros uma insistência na postura crítica e no impulso de avanços na direção da contenção da intervenção punitiva.

Quiçá hoje possamos avançar para além da fundamental necessidade de humanização das penas e se nos permita nosso tempo também afastar no âmbito jurídico os disfarces intelectuais dogmáticos, peles de cordeiro com que se vestiu o lobo do autoritarismo.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Trad. de Osvaldo Melo, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRANDÃO, Cláudio. *Direito penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Geral. T. II. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César et. alli. *Dolo e Direito penal*. 4ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

¹⁰⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacionalsocialismo y derecho penal...cit., p. 622.

COGGIOLA, Oswaldo. “Os regimes militares na década de 1960”. In: Governos militares na América Latina. São Paulo: Contexto, 2001.

DAHM, Georg. *Der Tätertyp im Strafrecht*. Leipzig: Verlag Theodor Weicher, 1940.

DIAS, Maurício. *Entrevistas Raymundo Faoro. A democracia traída*. São Paulo: Globo, 2008.

DINGES, John. *Os anos do condor. Uma década de terrorismo no cone sul*. Trad. de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ELBERT, Carlos. *Franz von Liszt. Teoria e prática na política criminal. (1899-1919)*. Trad. de Ney Fayet Jr., Porto Alegre: Elegancia Juris, 2019, especialmente pp. 164 e ss..

EVANS, Richard. *The Third Reich in Power*. London: Penguin Group, 2005.

FREISLER, Roland. *Derecho penal de la voluntad*. Trad. de Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Javier Arnedo, Andrea Bartos e Graciela Otano, Buenos Aires: Ediar, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: Parte Especial - Crimes Contra a Pessoa*. Belo

Horizonte: D’Plácido, 2017 e GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Especial - Crimes Contra a Administração Pública*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Processo Penal, Estado de Exceção e o Volksgerichtshof: O Tribunal do Povo na Alemanha Nazista”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 127, janeiro de 2017, pp. 201-223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HUNGRIA, Néelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código penal. Vol. I. Tomo II. 7ª ed.*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

KOCH, H. W. *In the name of the Volk – Political justice in Hitler’s Germany*. New York: Barnes & Noble, 1997.

KUBICIEL, Michael. “‘Welzel und die Anderen’. Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945”, in *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. [Wolfgang Frisch, Gunther Jakobs, Michael Kubiciel, Michael Pawlik e Carl-Friedrich Stuckenberg], Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal*. Trad. de Paulo César Busato, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal*. Trad. de Paulo César Busato, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa e SOUZA, Joyce Karine de Sá. “The Structural Persistence of Nazism in Contemporary Legal Theory and its Impact on Brazilian Legal Interpretation” in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 105, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik n°12*, pp. 622-628, 2014.

MENDES, Ricardo A.S. “Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional – algumas considerações sobre a Historiografia”. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 06-38, jul. 2013.

MÜLLER, Ingo. *Los Juristas del horror. La ‘justicia’ de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Trad. de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Inversiones Rosa Mística Ltda., 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ROSENBERG, Alfred. *Der Mythos des 20. Jahrhunderts*. München: Hoheneichen, 1934.

ROXIN, Claus. “Contribuição para a crítica da teoria final da acção”. In *Problemas básicos de Direito Penal*, 3ª ed., Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro- Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2007.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Strafrecht. “Allgemeiner Teil – Hans Welzel – Litteraturbericht”*. in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, 1937.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal*. Campinas: Quartier Latin, 2010.

STEIL, Benn. *The Marshall Plan. Dawn of The Cold War*. New York – London – Toronto – Sidney – New Delhi: Simon & Schuster, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito. Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. “Hans Welzel. Una aproximación a su vida y obra”, in *Problemas capitales del moderno Derecho penal. Libro en Homenaje a Hans*

Welzel con motivo de su 100 aniversario. [Moreno Hernández, Moisés; Struensee, Eberhard; Cerezo Mir, José y Schöne, Wolfgang – ed.] Mexico: Cepolcrim, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.

WELZEL, Hans. “Persönlichkeit und Schuld”, in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York: De Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. “Studien zum System des Strafrechts”. In *ZStW*, 1939.

WELZEL, Hans. “Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft”. In *Deutsches Rechtswissenschaft*, 1938.

WELZEL, Hans. “Über die Ehre von Gemeinschaften”. In *ZStW*, 1938.

WELZEL, Hans. “Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels”. In SCHÜR-MANN, Arthur (Compilador). *Volk und Hochschule im Umbruch*. Oldenburg/Berlin: G. Stalling, 1937.

WELZEL, Hans. “Über den substantialen Begriff des Strafgesetzes” in *Probleme der Strafrechtserneuerung: festschrift für Eduard Kohlrausch Zum 70 Geburtstag Dargebracht*. [Paul Bockelmann org.] Berlin: Walter de Gruyter, 1944.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York: De Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1943. WELZEL, Hans. *Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1944.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Manheim-Berlin-Leipzig: Deutsches Druck und Verlagshays GMBH, 1935.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro*. 11a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doctrina penal nazi*. Buenos Aires: Ediar, 2017.



A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DA CULPABILIDADE: UMA QUESTÃO CONTROVERSA

RAFAELA ALBAN¹



RESUMO

o artigo trata da posição sistemática da culpabilidade no Direito Penal, estabelecendo, após um recorte metodológico para delimitação da acepção de culpabilidade a ser discutida, uma revisão acerca do conceito tradicional e da vertente adotada pelo Prof. Dr. René Ariel Dotti.

Palavras-chave: culpabilidade; Direito Penal; conceito analítico de crime.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A Culpabilidade e suas Diversas Acepções no Direito Penal; **2.1.** Culpabilidade como Princípio; **2.2.** Culpabilidade como Medida de Pena; **2.3.** Culpabilidade como Fundamento da Pena: Elemento do Crime X Pressuposto de Pena; **3.** René Ariel Dotti e a Culpabilidade como Mero Pressuposto de Pena; **4.** O Crime Como um Injusto Culpável e a Culpabilidade pela Exigibilidade; **5.** Conclusão; Referências.

¹ A autora é advogada criminalista e professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Possui Graduação em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS), Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Especialização em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE), Mestrado e Doutorado em Direito Público, na linha de pesquisa de Direito Penal, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Possui, ainda, Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela *Georg-August Universität Göttingen* e Aperfeiçoamento em Direito Penal Italiano pela *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*. E-mail: rafaela_alban@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Escrever pela segunda vez para um livro em Homenagem ao Professor Doutor René Ariel Dotti, além de uma grande honra, desperta um novo desafio: a possibilidade de discutir, mesmo que em breves linhas, “a posição sistemática da culpabilidade” no Direito Penal com o autor da obra assim intitulada.

O tema, além de ser considerado com um dos “problemas fundamentais do Direito Penal”, desperta inquietudes acadêmicas dos mais renomados doutrinadores nacionais e internacionais, representando, ainda e simultaneamente, um ponto de convergência e divergência entre a autora e o homenageado.

Para a adequada compreensão do debate que será apresentado nas linhas que seguem, traça-se no presente artigo recorte metodológico e panorama geral, a fim de demonstrar os pontos de convergência entre os posicionamentos da autora e do homenageado, acompanhado das razões para a autora, com todo respeito e a devida vênua, discordar pontualmente daquele que é considerado, sem dúvida, um dos mais respeitados pensadores do Direito penal brasileiro.

Para alcançar o objetivo almejado, o presente artigo parte da delimitação do conceito de culpabilidade, demonstrando as diversas facetas assumidas pelo termo no Direito Penal. Em seguida, indica o posicionamento assumido no debate pelo Prof. Dr. René Ariel Dotti. Ao final, apresenta posicionamento pessoal e as razões para as divergências dogmáticas que serão identificadas pelo leitor.

Almeja-se, com a presente abordagem, não a apresentação de uma resposta pronta e acabada para a posição sistemática da culpabilidade no Direito Penal, tampouco o não reconhecimento dos méritos acadêmicos de qualquer uma das diversas percepções dogmáticas. Objetiva-se apenas direcionar os debates para questões menos literalistas e mais afetas à necessária inclusão do autor do fato na sua posição de sujeito de direito, afastando-o da condição de mero objeto de imputação penal.

2 A CULPABILIDADE E SUAS DIVERSAS ACEPÇÕES NO DIREITO PENAL

A culpabilidade não possui um conceito jurídico-penal original, já que é utilizada em outras vertentes das ciências sociais e, até mesmo, na linguagem popular, como indicadora de um juízo de reprovação, censura e responsabilidade em relação à conduta de determinada pessoa².

No âmbito do ordenamento jurídico-penal brasileiro, o termo culpabilidade também possui diferentes acepções e funções. De acordo com Hans Achenbach³, a culpabilidade pode representar um princípio, a medida ou o fundamento da pena, conceitos estes que são essenciais para delimitar o objeto do presente artigo.

2.1 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO

O princípio da culpabilidade advém dos postulados basilares do *nulla actio, nullun crimen, nulla poena sine culpa*, bem como da impossibilidade de a pena ultrapassar a medida da culpabilidade do autor, representando a necessidade de excluir, do âmbito de responsabilidade do agente, todos aqueles resultados que são alheios à esfera de vontade individual.

Por isso mesmo, segundo a primeira premissa do princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*), não é possível considerar a existência de um crime quando não demonstrada a presença do elemento volitivo (dolo ou culpa), analisado, a partir da Teoria Finalista de Hans Welzel, no âmbito da tipicidade penal.

Uma conduta humana, com relevância penal, não pode ser caracterizada de forma dissociada ao elemento psicológico, tendo em vista que “nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão”⁴.

² Segundo Sarrulle, “ese concepto estaba ya en la conciencia social, antes de asumir los caracteres jurídicos que tiene hoy como uno de los elementos de la teoría del delito” (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 17).

³ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2.ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.447.

Em decorrência do princípio fundamental da culpabilidade, a responsabilidade penal deverá ser subjetiva e só será cabível a imposição de uma pena quando o autor do fato o tenha praticado com dolo ou culpa. Revela-se, assim, contraproducente a defesa de uma responsabilidade penal objetiva no ordenamento jurídico pátrio, lastreada na mera existência de um resultado lesivo.

A noção de responsabilidade pessoal advém, inclusive, do art. 5º, XLV, da Constituição Federal, por meio do qual se determina que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, e pode ser tida como consequência lógica da exigência do respeito à dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito.

Afinal, como lembrou José Cerezo Mir⁵, a imposição de uma pena sem culpabilidade – tal qual a medida da pena que ultrapassa a medida da culpabilidade –, supõe a utilização do ser humano como um mero instrumento para a consecução de fins sociais, neste caso preventivos, o que implica num grave atentado a sua dignidade.

Assim, ao considerar a primeira premissa, o princípio da culpabilidade manifesta o seu efeito fundamentador e limitador da pena, porque se deve considerá-lo, neste sentido, como uma exigência irrenunciável na sanção penal de limitar o âmbito do punível⁶.

No que concerne ao segundo postulado, ou seja, à impossibilidade de a pena extrapolar a medida da culpabilidade, verifica-se que o princípio da culpabilidade ainda impõe que seja resguardado um ideal de proporcionalidade entre a dimensão da pena imposta e o grau de culpabilidade do autor da conduta danosa.

O princípio da culpabilidade atua, nesse caso, como critério regulador da pena a ser imposta, já que o julgador, após novo juízo de reprovação do fato lesivo, precisa analisar a culpabilidade do agente para calcular a sanção penal correspondente.

O referido princípio possui, então, tríplice função no Direito Penal, pois deverá fundamentar, graduar e limitar a aplicação da pena. A culpabilidade,

⁵ CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.851.

⁶ SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 17.

como princípio, deverá ser observada em um momento prévio, para a análise da configuração de um crime, e, posteriormente, em sede da Teoria da Pena, na estipulação e medição da sanção adequada ao caso concreto.

Em razão de todas as suas funções, o princípio da culpabilidade, embora não possa ser considerado um princípio constitucional expresso, encontra-se implicitamente disciplinado pela Constituição Federal, nas disposições sobre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), liberdade (art. 5º, *caput*) e individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Ao fornecer relevância constitucional ao princípio da culpabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro impõe que o centro do Direito Penal seja o homem, entendido como um ser livre e racional⁷.

Na Alemanha, o texto constitucional também não faz qualquer referência explícita ao princípio da culpabilidade, o que leva alguns doutrinadores, como Hans-Heirich Jescheck, a considerá-lo um postulado supremo de política criminal⁸, face à sua capacidade de limitar materialmente o *jus puniendi* do Estado e de individualizar a atribuição de sanções penais.⁹

Não se pode negar, de qualquer forma, que, nessa primeira acepção, a culpabilidade deverá ser considerada como um princípio fundamental em todo Estado Democrático de Direito, como um postulado inerente a este modelo estatal, independentemente de qualquer previsão constitucional.

2.2 CULPABILIDADE COMO MEDIDA DE PENA

Ainda segundo Hans Achenbach, deve ser feita a distinção entre a culpabilidade para a fundamentação da pena e a culpabilidade para a

⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.38.

⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.37.

⁹ O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deriva o princípio da culpabilidade do Estado de Direito, contido na Constituição, e, com isso, lhe confere garantias constitucionais (HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho pena, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 136).

medição da pena, notadamente quanto aos seus momentos e pressupostos. Ou seja, a culpabilidade fundamentadora da pena representaria o conceito jurídico-penal de culpabilidade, enquanto a culpabilidade para medição da pena dependeria das condições do suposto fato¹⁰.

Na primeira definição, a culpabilidade aparece como momento essencial em que a imposição da pena ao autor individual ou é justificável ou não. Na segunda, por ele denominada de “*Strafmaßschuld*”, é compreendida como um elemento essencial, de alta relevância, para a medição da pena no caso concreto¹¹.

Ao implantar o conceito de culpabilidade para medição da pena, observa Achenbach que o Código Penal Alemão (StGB), no §46, [1], estabelece que a culpabilidade do autor é base fundamental para a medição da pena¹². Com efeito, nesta etapa, para o exame da culpabilidade, deve ser questionado se o crime doloso tem maior culpabilidade do que o culposo, se o desvalor da ação e o desvalor do resultado possuem importância para a culpabilidade e se a gravidade da culpabilidade também depende de fatores não relacionados imediatamente ao crime¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a culpabilidade como medida de pena encontra previsão legal no art. 59 do Código Penal¹⁴, como circunstância judicial de aplicação da pena, ou seja, como uma circunstância pessoal que fornece uma discricionariedade vinculada ao juiz no momento de medição da pena.

¹⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Tradução de Fernando Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n.11/12, p.7-20, jul/dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 813-814.

¹¹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974, p.4.

¹² No original: “*die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*”.

¹³ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974, p.4.

¹⁴ Art. 59. O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Nesta acepção, não há uma preocupação com os elementos formais e materiais que fundamentam a imposição da pena – encerrada no juízo prévio de configuração de um fato típico, ilícito e culpável –, mas com “uma compreensão da personalidade do delinquente, a fim de determinar o seu desvalor ético-jurídico”¹⁵.

Estabelece-se, deste modo, a necessidade do magistrado, na fixação da pena, analisar a censurabilidade pessoal da conduta ilícita, graduando a pena pelo juízo de censura, que representa a definição de culpabilidade para medição da pena, a qual, assim como o princípio da culpabilidade, não constitui o objeto deste artigo.

2.3 CULPABILIDADE COMO FUNDAMENTO DA PENA: ELEMENTO DO CRIME X PRESSUPOSTO DE PENA

A culpabilidade em debate é aquela considerada como fundamento da pena, relacionada ao sistema da dogmática jurídico-penal, representando um momento essencial de ligação entre o tipo penal e a imposição da pena¹⁶, um juízo de imputação que sofreu diversas modificações ao longo da evolução da teoria do delito.

A culpabilidade como fundamento de pena é deduzida dos elementos de fato exigidos positivamente como pressuposto desta imputação (culpabilidade formal) e do fundamento material desta imputação (culpabilidade material), que, independente da vertente a ser adotada, funcionam como critérios de verificação da responsabilidade do autor pelo resultado danoso e condicionam a aplicação da sanção penal.

Entretanto, é importante observar que, a depender do aporte teórico adotado, o instituto da culpabilidade pode ser considerado como elemento integrante do próprio conceito de crime ou apenas como pressuposto para a aplicação da sanção penal.

No sistema bipartido, a definição analítica do delito é realizada por meio de dois únicos elementos, que podem sofrer variações de acordo com o modelo adotado. A teoria causal-naturalista e as concepções neokantia-

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.184-185.

¹⁶ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974, p.4-5.

nas, por exemplo, adotam o sistema bipartido e não rechaçam o instituto da culpabilidade como elemento integrante, essencial, para a conceituação da ação criminosa. Nesses aportes teóricos, o crime seria formado pelo injusto penal e pela culpabilidade, cada qual com peculiaridades próprias, assim como na perspectiva dogmática adotada pela autora.

Por outro lado, também adotando um conceito bipartido, Damásio de Jesus e o ora homenageado, Prof. Dr. René Ariel Dotti, posicionam-se de forma a excluir a culpabilidade do conceito de crime. Para esses autores, o crime seria um fato típico e antijurídico, cabendo à culpabilidade a condição de mero pressuposto para a imposição da sanção penal, responsável pela correlação do agente à punibilidade e estranho à definição da ação delituosa¹⁷.

No modelo tripartido, disseminado desde a expansão do finalismo e adotado pela maioria da doutrina, também são observadas variações. De um lado, na forma tradicional, o crime é definido como uma ação típica, antijurídica e culpável. Assim, só será possível falar em culpabilidade dentro da conceituação de crime e desde que demonstrada a existência de tipicidade e antijuridicidade, requisitos distintos e autônomos que a antecedem.

De forma distinta, encontra-se o posicionamento que foi adotado por Luiz Flávio Gomes, para o qual, embora seja concebível o sistema tripartido, o conceito de delito seria formado por uma ação típica, antijurídica e punível. A culpabilidade caracterizaria, simultaneamente, um fundamento e um pressuposto da pena, sem, contudo, pertencer à definição de delito. Para o autor, “a culpabilidade, na verdade, não é o vínculo entre o autor e seu ato, sim, é o elo ou vínculo entre o delito e a pena. Sem ela, não existe pena”¹⁸. O exame da culpabilidade, nesta tese, seria pautado na imputação pessoal de um fato punível ao agente e, no âmbito da Teoria Geral do Delito, seria substituído pela punibilidade, por meio da verificação das suas condições objetivas (art. 122 do CP) e das excusas absolutórias (art. 181 do CP)¹⁹.

¹⁷ RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.20.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p.174.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p.209.

Setores mais restritos da doutrina, principalmente italiana, ainda defendem o modelo quadripartido de delito, que tratam da culpabilidade como requisito da conduta criminosa e acrescentam a análise da punibilidade. Crime seria, então, uma ação típica, ilícita, culpável e punível. Além disso, ainda são encontrados defensores de um sistema quintupartido, que sustentam a apreciação do delito por meio de cinco elementos: conduta, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Essa vertente não questiona a posição da culpabilidade como requisito do conceito de crime, mas, além de incorporar a punibilidade no conceito de crime, atrai a conduta para a sua definição, o que não parece apropriado, tendo em vista que a conduta, comissiva ou omissiva, é, na verdade, um antecedente necessário à análise de qualquer delito.

Como se nota, a posição sistemática da culpabilidade – da culpabilidade entendida como fundamento da pena e objeto do presente trabalho – depende do modelo dogmático adotado, especialmente do conceito analítico de crime que venha a ser defendido, no que a autora e o homenageado convergem (por considerá-lo de forma bipartida) e simultaneamente divergem (quanto aos seus elementos e respectivos fundamentos).

3 RENÉ ARIEL DOTTI E A CULPABILIDADE COMO MERO PRESSUPOSTO DE PENA

Em sua obra “A posição sistemática da culpabilidade”, o Prof. René Ariel Dotti, aqui homenageado, defende o conceito bipartido de crime, mas exclui a culpabilidade da configuração da conduta delituosa, que passa a ser considerada a partir da reunião de dois elementos: tipicidade e antijuridicidade.

Neste aporte teórico, também seguido por Damásio de Jesus, a tipicidade será vislumbrada quando houver possibilidade de subsunção do fato perpetrado à norma penal incriminadora e a antijuridicidade caracterizar-se-á como juízo de valoração do comportamento humano como ato ilícito. A culpabilidade, por sua vez, será pressuposto de aplicação da pena – não elemento do crime – e deverá ser averiguada na Teoria Geral da Pena, não mais no campo da Teoria Geral do Delito.

A justificativa apontada para a mencionada conclusão é a opção legislativa pela adoção de determinadas expressões (interpretação literal da norma jurídica). Segundo os seus defensores, o legislador ordinário teria utilizado os termos “não constitui crime” e “não há crime” na indicação de causas de exclusão da tipicidade e de causas justificantes, ao passo que empregaria as terminologias “é isento de pena” e “não se pune” nas hipóteses exculpantes²⁰.

Não parece, contudo, suficiente e, até mesmo, adequado estipular a disposição do instituto da culpabilidade dissociado da Teoria do Delito, com fundamento em termos legislativos, notadamente face à “falta de sistemática e a notória imprecisão técnica do legislador brasileiro no que tange à terminologia utilizada na legislação penal pátria”²¹.

A fim de constatar o descabimento daquela “lógica”, bastaria analisar que as excusas absolutórias deveriam ser consideradas como causas de exclusão da culpabilidade, em razão da preferência legislativa pela expressão “é isento de pena” e que o art. 20, §1º do Código Penal Brasileiro, que se vale da expressão “é isento de pena” para estabelecer uma hipótese de erro sobre as discriminantes putativas fáticas, trata-se de aparente causa de exclusão da tipicidade²².

Nesse sentido, defender a tese de exclusão da culpabilidade do conceito de crime, lastreada no fundamento exposto (interpretação literalista), culminaria na conclusão de que o elemento tipicidade também representa um pressuposto da aplicação da pena, extrínseco à definição do crime, que acabaria sendo formado apenas pela antijuridicidade.

A alegação de que há crime sem tipicidade, indubitavelmente, caracteriza uma violação ao princípio da legalidade, com expressa previsão no art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, no

²⁰ DOTTI, René Ariel. *A posição sistemática da culpabilidade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p.13-16; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.455-456.

²¹ RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.21.

²² A doutrina é controversa em relação à natureza do erro sobre discriminantes putativas fáticas e o aponta ora como erro de tipo, ora como erro de proibição ou, ainda, como uma modalidade híbrida de erro. Entende-se ser mais plausível considerá-lo como um erro *sui generis*, devido à existência de características híbridas, ou seja, a estrutura do erro de proibição – por afetar a consciência da ilicitude – em conjunto com as consequências do erro de tipo.

art. 1º do Código Penal Brasileiro, bem como no §103 II da Constituição Alemã (GG)²³ e no §1º do Código Penal Alemão (StGB)²⁴.

Nesse aspecto, além de constituir um grave equívoco, a discussão de René Ariel Dotti e Damásio de Jesus parece desnecessária. Ao afastar a culpabilidade do conceito de crime, suprime-se o juízo que permite analisar a pessoa do autor e a sua reprovabilidade pessoal, maximizando a objetivação do ser humano em oposição ao postulado da dignidade. Além disso, a tese carece de utilidade, na medida em que todos os requisitos do fato punível são pressupostos da aplicação da pena, em consonância com a premissa da *nulla poena sine crimen*. Afinal, se o legislador houvesse descrito uma determinada ofensa a um bem jurídico e não cominasse nenhuma sanção criminal, isso se transformaria em mera recomendação moral, pois a efetividade do delito depende, necessariamente, da cominação de pena²⁵.

Destarte, examinada a insubsistência de um aporte teórico que considere a culpabilidade como mero pressuposto de imposição da pena com fundamento em interpretação literal, passa-se a observar a importância de uma adequada posição sistêmica da culpabilidade para fins de aproximação do Direito Penal ao modelo de Estado de Direito adotado pela maioria dos países ocidentais.

4 O CRIME COMO UM INJUSTO CULPÁVEL E A CULPABILIDADE PELA EXIGIBILIDADE

Recentemente, a autora publicou a obra “Exigibilidade e Teoria do Delito”²⁶, fruto de pesquisas em sede de doutoramento, por meio da qual,

²³ §103 II, GG: Um crime poderá ser punido somente quando sua punibilidade se encontrava legalmente estabelecida, antes dele vir a ser praticado. No original: “§ 103 II, GG. Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

²⁴ §1º, StGB: Nenhuma pena sem lei. Um crime poderá ser punido somente quando sua punibilidade se encontrava legalmente estabelecida, antes dele vir a ser praticado. No original: “§ 1º, StGB. Keine Strafe ohne Gesetz. Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 207.

²⁶ ALBAN, Rafaela. *Exigibilidade e Teoria do Delito: uma releitura dos elementos do fato punível*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

adotando um conceito bipartido de crime – em oposição à doutrina tradicional –, defendeu a necessidade de releitura da exigibilidade e, conseqüentemente, da culpabilidade penal.

A premissa é que a exigibilidade precisa atuar como critério interpretativo (função geral de princípio) e como o fundamento das chamadas “permissões fortes” e das “permissões fracas” (função específica de regra), sem que seja convertida numa cláusula aberta de insegurança jurídica.

Ao ocupar seu adequado espaço de relevo na seara jurídico-penal, a exigibilidade irá impor a revisitação do conceito analítico de crime e a adoção de um sistema bipartido, no qual a reprovabilidade fática será apreciada no injusto e a reprovabilidade pessoal na culpabilidade, de modo a transformar o segundo elemento do crime – a culpabilidade – num verdadeiro limite de interferência penal.

Isso porque, uma vez concluída pela efetiva reprovabilidade do fato – decorrente de uma conduta, dolosa ou culposa, antinormativa e antijurídica – e afirmada a existência de um injusto penal, deve ser analisado se seria possível asseverar a reprovabilidade pessoal para um sujeito concreto que foi responsável pela prática daquele fato.

A culpabilidade, dessa forma, irá traduzir a ideia de exigibilidade dirigida ao autor concreto. Nesta categoria, inquestionavelmente pertencente ao conceito de crime, será preciso identificar, numa situação concreta, a possibilidade (ou não) de exigir-se do autor que se tivesse se comportado conforme o direito, o que, na linha defendida, irá compor, especificamente, o fundamento material daquele juízo de censura pessoal. Desta forma, os elementos identificados para o juízo de reprovação pessoal irão decorrer da premissa fundamental de que a ordem jurídica pode exigir da pessoa comportamento diverso que se compatibilize com as expectativas sociais de boa convivência²⁷.

Como a exigibilidade é determinada pelo ordenamento jurídico e dele provém qualquer causa de inculpabilidade²⁸, como fundamento da culpabilidade, a exigibilidade dispensa uma prévia comprovação empírica, na medida em que advém da essência do Direito e do estabelecimento de uma ordem jurídica para a regulação das relações sociais, que apenas

²⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.418-419.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIS, 1988, v.IV, p.71.

pressupõe a existência de um dado antropológico fundamental: a liberdade humana.

Dessa forma, é também promovida uma revisão do fundamento e dos elementos da culpabilidade à luz do quanto esta categoria se propõe: encontrar um autor capaz de ser reprovável e justificar a reprovação pessoal da conduta injusta diante de um contexto comunicativo de interação social.

A questão é que, com as atenções voltadas às terminologias legais, à busca de uma solução para o “poder atuar de outro modo” e à constatação de que o conceito finalista de culpabilidade “não responde à pergunta sobre a legitimidade da imposição da pena a um indivíduo concreto”²⁹, olvidou-se, em geral, de analisar a compatibilidade – ou não – dos elementos da culpabilidade com o próprio juízo de reprovação pessoal. Isso culminou, além de numa incompatibilidade sistêmica, na minimização da importância do conceito de culpabilidade e na deturpação da sua função limitadora do *ius puniendi* e maximizadora da dignidade humana no sistema jurídico-penal.

5 CONCLUSÃO

A partir das considerações suscitadas, por meio de um exame conjunto de questões materiais e processuais do sistema jurídico-penal, chega-se às seguintes conclusões:

1. O termo “culpabilidade” possui diversas acepções na dogmática penal, podendo ser interpretado como princípio, fundamento ou medida de pena, sendo a segunda forma (culpabilidade como fundamento da pena) um dos problemas fundamentais do Direito Penal.
2. A posição sistemática da culpabilidade – entendida como fundamento da pena – depende da vertente dogmática adotada, podendo vir a ser considerada como elemento do crime ou mero pressuposto para aplicação de uma sanção criminal.

²⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 177.

3. O Prof. Dr. René Ariel Dotti, especialmente na sua obra “A posição sistemática da culpabilidade”, adota um posicionamento pessoal, também abracado por Damásio de Jesus e fundado nas opções terminológicas do legislador, no sentido de defender um conceito bipartido de crime, formado pela tipicidade e antijuridicidade, conduzindo a culpabilidade a um exame externo à Teoria do Delito, como simples pressuposto de pena.
4. Os constantes erros terminológicos no Código Penal, associados aos problemas do método interpretativo literal e aos riscos da desvalorização do instituto da culpabilidade, inviabilizam a concordância com aquela tese, apesar de ser considerada adequada a opção doutrinária por um conceito bipartido de crime.
5. De fato, encontra-se na culpabilidade, o exame da reprovabilidade pessoal do sujeito de direito pelo injusto praticado, sendo este, conseqüentemente, o sítio mais seguro de aproximação do Direito Penal com a realidade social (em constante evolução) e com a imperiosa consideração do autor do fato como sujeito de direito (não mero objeto sobre o qual deverá recair a imputação criminal).

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974.

ALBAN, Rafaela. *Exigibilidade e Teoria do Delito: uma releitura dos elementos do fato punível*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ALBAN, Rafaela. Uma dissociação entre a culpabilidade material e a inexigibilidade de conduta diversa. In: MELLO, Sebastián (org.). *Culpabilidade no pós-finalismo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

AMBOS, KAI. 100 años de la “teoría del delito” de Beling. Tradução de Ana Maria Garrocho Salcedo. Disponível em: www.criminet.ugr.es/recpc. Acesso em: 18 fev. 2016.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. 3.ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria geral do delito. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DOTTI, René Ariel. A posição sistemática da culpabilidade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.
- DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 2.ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho pena, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.129-146.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.
- LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal. 1.ed. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t.I.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, Frederico. A instituição do Júri. São Paulo: Saraiva, 1963, v.1.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

MERKEL, Adolph. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Berlag von Ferdinand Ente, 1889.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Ricardo Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: B de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón; MIR PUIG, Santiago. *Introducción*. In: UREBA, Alberto Alonso. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.26-29.

PIERANGELI, José Henrique. Escritos jurídico-penais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 5.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 3.ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposos. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3.ed. Belo Horizonte: Dew Rey, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. Direito Penal. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



QUESITAÇÃO SOBRE CULPA OU DOLO: CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

RODRIGO FAUCZ PEREIRA E SILVA¹



RESUMO

O tribunal do júri é competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Quando o debate entre a acusação e defesa versar sobre o elemento subjetivo do crime, tanto o magistrado (na primeira fase do procedimento), quanto os jurados (na segunda fase do procedimento, após decisão de pronúncia), deverão decidir se o acusado agiu com dolo ou imprudência. No entanto, na doutrina clássica, para identificar o elemento subjetivo, faz-se necessário ter acesso à mente do agente no momento do delito, o que, resta cientificamente impossível. A teoria significativa da ação propõe analisar os indicadores objetivos demonstrados pelo acusado e pelas circunstâncias do delito. A interpretação de indicadores objetivos permite extrair a comunicação da intenção, possibilitando identificar a vontade ou não de cometer o crime contra a vida. Para a decisão pelo tribunal do júri, os jurados decidem por intermédio da quesitação, fase na qual são realizadas perguntas simples e afirmativas. Como o Conselho de Sentença decide por íntima convicção, faz-se fundamental a correta redação dos quesitos legitimação do sistema decisório. Sendo assim, as perguntas precisam refletir aqueles indicadores objetivos de forma que transmita o sentido do elemento subjetivo do crime, afastando falsas presunções de acesso à mente do acusado, para se alcançar um resultado processualmente justo.

Palavras-chave: Elemento subjetivo do crime; teoria significativa da ação; tribunal do júri; quesitação.

¹ Pós-Doutorando em Direito na UFPR. Doutor em Neurociências pela UFMG. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil). Professor de Processo Penal da FAE Centro Universitário e do Programa de Mestrado em Psicologia Forense da UTP. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Tribunal do Júri (NUPEJURI). Advogado criminalista e parecerista. E-mail: rodrigo@faucz.com.br

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Elemento Subjetivo; **3.** Decisão pelo Tribunal do Júri.
5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tribunal do júri possui gênese constitucional e tem seus princípios próprios explícitos no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República. Um desses princípios prevê a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O que, aparentemente, denotaria uma regra simples de competência processual penal, ganha contornos complexos quando da discussão sobre a intenção do acusado na ocasião do cometimento do delito.

Assim, a partir do momento em que a acusação e a defesa discordam sobre o dolo do acusado, isto é, quando a acusação requer a condenação por homicídio doloso – independentemente de se tratar de dolo direto ou eventual – e a defesa sustentar tese desclassificatória, dois serão os momentos decisórios sobre a questão. Na primeira fase do procedimento o magistrado deverá decidir se encaminha o acusado ao tribunal do júri (decisão de pronúncia) ou se remete o caso a outro juiz que seja competente (decisão de desclassificação). Em segundo lugar, caso a decisão do juiz togado seja pronunciar o acusado, os jurados precisam definir, ao final da sessão em plenário, qual a pretensão subjetiva de ilicitude.

Tendo em vista que o foco do presente artigo é o julgamento na segunda fase do procedimento, um fator que precisa ser analisado é o atual modelo de julgamento. O sistema decisório adotado é o da íntima convicção, o qual, a princípio, inviabiliza o debate adequado sobre os elementos e os indícios do dolo. Assim, no momento da decisão, a quesitação precisa funcionar como forma de extrair adequadamente o veredicto do Conselho de Sentença.

A fase de quesitação é um dos assuntos mais complexos no Tribunal do Júri, não obstante ter ocorrido, em 2008, uma considerável simplificação no seu processo de elaboração. A redação atual dispõe que o Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser

absolvido (*caput* do art. 482, do CPP)². Deste modo, o elemento volitivo da ação consubstancia um dos elementos que os jurados precisam decidir. Face este quadro, a pergunta elaborada pelo juiz para compreender a decisão do Conselho de Sentença apresenta-se como fundamental, eis que obrigatoriamente deverá expressar o que se entende por dolo na situação em concreto.

Contudo, a doutrina penal adotada em nosso Código Penal entende ser imperativa a comprovação do dolo pelo seu aspecto psicológico, inviabilizando o seu reconhecimento pelo prisma prático, pois não há qualquer possibilidade científica de se ter acesso à mente do acusado (ainda mais o acesso à mente do acusado no momento em que o fato delitivo teria ocorrido).

Neste diapasão, a teoria significativa da ação, tendo como base a filosofia da linguagem, promove ferramentas que permitem decisões condzentes com os elementos objetivos produzidos durante a instrução, vez que os jurados não teriam que decidir sobre um elemento mental do acusado. Conforme ensina Paulo Cesar Busato³, “o dolo não existe, se atribui”. No entanto, para atribuir o dolo “é necessário o estabelecimento de critérios que possam ter mais validade que aqueles obtidos pelas teorias subjetivas ou ontológicas do dolo”^{4,5}. José Antonio Ramos Vázquez, no

² O parágrafo único do art. 482 fornece informações que precisam ser seguidas pelo magistrado no momento da elaboração da quesitação. Os quesitos deverão ser redigidos de forma simples, facilmente compreensíveis, evitando-se proposições ambíguas. Ademais, tem de ser preparados com expressões afirmativas e distintas.

³ BUSATO, Paulo Cesar. Dolo e Significado. *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. (Coord. Paulo Cesar Busato). 3a. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 98/99.

⁴ Idem.

⁵ Gabriel Péreza Barberá também trata o dolo como atribuição. Veja-se, por exemplo, sobre o conceito de dolo: “Pues ‘dolo’ no es una propiedad empírica (psíquica) que se atribuye a una persona. Lo que se atribuye a una persona, en todo caso, es la posesión de determinados estados mentales al momento de la acción, como, v.gr., conocimiento, intención, etc. Pero ninguno de esos estados mentales es el dolo. Ellos, simplemente, contribuirán a conformar el caso individual (ocurrido en el mundo) a subsumir en un caso genérico doloso (previsto en una norma), siempre y cuando el concepto que dé contenido semántico al dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar a tales datos como relevantes: per se, la presencia o ausencia de conocimiento y/o de otros datos empíricos no dice nada acerca de la presencia o ausencia de dolo” e, na sequência, “por otra parte, que el autor individual ostente ciertos atributos psíquicos no significa que ‘tenga’ dolo, sino que es posible atribuirle algunas disposiciones consideradas empíricamente relevantes por el dolo en tanto propiedad que define el caso genérico para habilitar la subsunción”. In: BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Concepto de Dolo en el Derecho Penal. Hacia un Abandono Definitivo de la Idea de Dolo como Estado Mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. n. 6. p 17-18. Disponível em: [Http://www.usergioarboleda.edu.co/De](http://www.usergioarboleda.edu.co/De)

mesmo sentido, atesta que o querer não é um processo interno, mas sim um conjunto de circunstâncias comprováveis.⁶

Considerando que os jurados não fundamentam suas decisões, faz-se imprescindível aprimorar a maneira pela qual o veredicto é extraído. As circunstâncias inseridas na elaboração do quesito precisam transparecer os indicadores objetivos para que se possa atribuir ao acusado ter agido com dolo ou com imprudência.

Neste artigo, discutir-se-á como a teoria da ação significativa pode fornecer bases para auxiliar que os jurados decidam a partir do significado da conduta do acusado, sem a necessidade de imaginar os processos cognitivos daquele no momento do crime. Ao criar bases práticas e objetivas, as decisões se afastam da (inviável) busca da verdade, procurando uma pretensão de justiça. A teoria deve corresponder à práxis, senão, a *contrario sensu*, o julgamento pelos jurados será, em última análise, uma ficção, vez que haverá uma incompreensibilidade entre o fato, a norma e suas consequências.

2 ELEMENTO SUBJETIVO

O art. 18, inciso I, do Código Penal, com base no conceito ontológico do crime, positiva o crime doloso como “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”⁷. Para René Ariel Dotti, “o dolo é o reconhecimento dos elementos que integram o fato típico e a vontade de praticá-lo ou, pelo menos, de assumir o risco de sua produção.”^{8/9}

recho_Penal/Cuadernos-De-DerechoPenal/Cdp6/Perez-Gabriel-Dolo-No-Estado-Mental.Pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁶ VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. Los Ángeles Contra Los Que Combatía Wittgenstein y La Metodología del Derecho Penal. *A Linguagem do Direito Penal*. Org. Paulo César Busato. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 37.

⁷ De acordo com Pedro Jorge Costa, “a doutrina brasileira contemporânea adota a tripartição do dolo e a entende com o Código Penal pátrio. A previsão do querer o resultado do art. 18, I, do Código Penal, abrangeria o dolo direto e não direto de primeiro grau e o dolo direto de segundo grau. A parte final dessa regra, a assunção do risco, por sua vez, conteria o dolo eventual”. COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2008. p. 466.

⁹ “O dolo pressupõe conhecimento e vontade (intenção) de realizar o fato injusto. Portanto, uma pessoa atua dolosamente quando conhece o que está fazendo e, ademais,

Indo além, por mais que a condenação por dolo direto ou dolo eventual gere praticamente a mesma consequência prática para o acusado, sua discussão não pode ser desprezada¹⁰. E isso importa, pelo aspecto processual, desde o início, eis que os fatos descritos na denúncia estabelecem e vinculam os parâmetros defensivos¹¹. Ou seja, existe uma correlação entre os fatos que a acusação sustenta desde o princípio contra o agente e as circunstâncias que serão objeto de defesa, bem como entre aquela (a denúncia) e a decisão do magistrado¹².

Neste sentido, Gustavo Badaró explica que “na busca da correlação entre acusação e sentença no procedimento do Tribunal do Júri, entre os extremos da denúncia e da sentença, situa-se a pronúncia. Assim, a pronúncia deverá estar de acordo com a denúncia, e a sentença estará limitada pela pronúncia. A correlação, contudo, continua a ser estabelecida entre a denúncia e a sentença, inserindo-se, entre esses dois momentos, a decisão de pronúncia.”¹³

Assim, na hipótese exemplificativa de homicídio por dolo eventual, deve a acusação descrever as condutas e circunstâncias que apontem para esta conclusão. Dito de outro modo, para depreender que o acusado agiu com dolo, precisa-se indicar que levava a sério, a nível intelectual, a possível produção do resultado típico e, a nível psicológico, conformava com

quer fazê-lo. O dolo, em seu conceito vulgar, é querer o que se faz e saber o que se quer. Assim, tradicionalmente o dolo ostenta dois elementos: primeiro, o elemento intelectual, que se refere ao conhecimento do fato. E, em segundo lugar, o elemento volitivo, pois uma vez que o sujeito sabe o que faz, tem que o querer, ou seja, deve atuar intencionalmente, aceitando as consequências que resultem de sua conduta”. In: CUSSAC, José Luis González. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. BUSATO, Paulo César. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. Tirant lo Blanch. 2017. p. 295.

¹⁰ Sobre o assunto, de maneira resumida, Pedro Jorge Costa explicita que inexistente consenso doutrinário sobre o dolo eventual. Complementa o autor que o “único ponto de coincidência está na aceitação de que os elementos psicológicos, o conhecimento e a vontade, para quem os adota como elementos do conceito, encontram-se debilitados relativamente às demais modalidades do dolo”. COSTA, op. cit., p. 43.

¹¹ De acordo com Aury Lopes Jr., “a regra de correlação é, antes de tudo, uma imposição do contraditório, para assegurar o direito de informação e participação das partes como fator legitimante da própria função jurisdicional”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1431.

¹² RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 153-154.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 193-195.

a eventual produção do resultado¹⁴ ou assentiu com o risco criado. Na fase instrutória, a acusação, cumprindo com seu ônus probatório, deve comprovar, além da dúvida razoável, ter o acusado previsto e adotado uma posição de indiferença frente ao resultado.

Já na hipótese de homicídio por dolo direto, a acusação precisa relatar na denúncia quais os fatos que deverão ser provados (no decorrer da instrução) e evidenciem que o acusado, a nível intelectual, sabia do risco da sua ação e, a nível psicológico, queria que o resultado ocorresse.

Como se pode perceber, tais possibilidades são impraticáveis, eis que cientificamente resta inviável adentrar na mente do acusado para saber qual foi o seu pensamento no momento do fato. Deste modo, o apontamento de Rodrigo Cabral, reconhecendo que: “o que ‘ocorre internamente na mente da pessoa’ jamais poderá ser efetivamente utilizado em um processo penal, o que acaba por retirar toda a plausibilidade e utilidade do uso de um conceito psicológico para o elemento volitivo”.¹⁵

Por outro prisma, pela teoria significativa da ação, analisam-se as manifestações do acusado na direção do compromisso de atuar daquela forma¹⁶. Desta maneira, faz-se fundamental refletir sobre o contexto em que a conduta está inserida¹⁷.

De acordo com Vives Antón,

¹⁴ Neste sentido, por exemplo, o magistério de Juarez Cirino dos Santos (*In*: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007. p. 140).

¹⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem*: Rumo a uma Nova Gramática do Dolo a Partir da Filosofia da Linguagem São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 190.

¹⁶ Confira-se a lição de Paulo Cesar Busato apontando “que em termos normativos, há tanto casos imprudentes quanto dolosos, sendo que o que identifica estes últimos – por certo – normativamente, é a expressão de sentido que se traduz no compromisso com a produção do resultado típico, que não ocorre na imprudência”. BUSATO, Paulo César. O Giro Linguístico e o Direito Penal. *Revista Duc in Altum*. v. 7, n. 12, 2015. p. 142-143.

¹⁷ “Na Concepção Significativa, a ação passa por um processo de objetivação, com independência da intenção subjetiva, ao ser entendida ‘como significado atribuído socialmente – juridicamente – a certos movimentos corporais ou certas ausências deles’. A capacidade de coordenar os movimentos corporais mediante ideias é imprescindível para a ação significativa, com a capacidade de ação sendo adquirida ao longo da vida social por meio da linguagem.” ZINI, Júlio César Faria. A omissão penalmente relevante e o sentido. *In*: BUSATO, Paulo César. A linguagem do direito penal. *Anais do 1º Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem*. Tirant lo Blanch. 2018. p. 112-114.

para determinar si ha habido un compromiso (una intención) concreta, v.g., el de matar a otro, habremos de examinar las reglas de toda índole (sociales y jurídicas) que definen su acción como una acción de matar y ponerlas en relación con las competencias del autor —con las técnicas que domina—. De este modo, y no a través de la indagación de inasequibles y poco significativos procesos mentales, podremos determinar lo que el autor sabía,

explicando em seguida que

sólo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción.^{18/19}

Diferentemente da doutrina tradicional, analisam-se os indicadores objetivos demonstrados pelo acusado e pelas circunstâncias, não uma (falsa) percepção de acesso à sua mente²⁰.

A interpretação de indicadores objetivos permite extrair a comunicação de uma intenção, isto é, o conjunto de dados levantados no decorrer da investigação e do processo podem significar a indicação da vontade ou não de cometer o crime contra a vida. Rodrigo Cabral assevera que é necessário adotar “uma concepção do dolo composto pelos elementos cognitivo e volitivo, porém o elemento intencional não pode ser com-

¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos Del Sistema Penal - Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. 2ª ed.. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 252-253.

¹⁹ Perceba-se, também, o escólio de Nicolás Oxman: “Debido a que no podemos saber lo que el sujeto pensaba al momento de la realización de la acción. El significado intencional podría determinarse por la valoración ex post de las acciones desde el punto de vista de la tercera persona, esto es, conforme a una adscripción que supone inferir el aspecto subjetivo de la misma, en el caso concreto, en relación con determinadas normas de prohibición o mandato conminadas con una pena”. OXMAN, Nicolás. Norma Acción e Intención. In: BUSATO, Paulo César. *A linguagem do direito penal. Anais do 1º Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem*. Tirant lo Blanch. 2018. p. 68.

²⁰ A partir da interpretação da ação significativa, sustenta José Antonio Ramos Vázquez que “la mente no reside em la cabeza, sino el la acción”. VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la Acción y Teoría Jurídica del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch. València. 2008. p. 301.

preendido como um elemento psicológico. O que se deve seguir, nos parece, é uma concepção do dolo como intenção significanda de acordo com os critérios existentes no contexto do ato e com uma expressão de sentido intersubjetivamente construída²¹.

Ainda, importa destacar que Ragués i Vallés advoga pela necessidade de se determinar se o agente conhece, em abstrato, o risco criado com a sua conduta e se é possível atribuir a ele o conhecimento das circunstâncias em que atuava. Explica que para encontrar a solução é necessário se valer de regras sociais de experiência e, ao final, que a representação de risco precisa ser percebida *“mediante signos externos durante la realización de la conducta típica [...]”*²².

Ressalta-se que não se trata de descobrir a verdade do fato (eis que impossível, independentemente da teoria adotada), mas sim de alcançar um resultado que seja mais justo e garantidor ao acusado, pois o julgamento será baseado em elementos que indicam o sentido de sua conduta, sem valorações fictícias ou falso acesso à mente²³.

No procedimento bifásico do tribunal do júri cabe às partes demonstrar indicativos externos objetivos que traduzam se o acusado agiu com dolo ou culpa. Deve-se buscar circunstâncias a partir da investigação de fatos antecedentes, consequentes, contextuais e da própria explicação do agente²⁴. Esses dados poderão concluir por determinado significado da ação.

²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: *Dolo e Direito Penal: modernas tendências* (Coord. Paulo Cesar Busato). 3a. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 243.

²² RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Consideraciones Sobre la Prueba del Dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 4. 2004. p. 23-24

²³ Pertinente a explicação de Vázquez neste sentido: *“Lo que en modo alguno cabe hacer es acudir a inverificables procesos mentales que residen – según la concepción cartesiana de la mente en el fondo del alma pues nada está aquí oculto y la intención, como todo proceso interno, necesita criterios externos”*. *Op. Cit.* p. 37. Na mesma direção Cabral: *“Buscar o dolo na cabeça do agente ou identificá-lo com estados mentais leva o jurista à ingrata missão de identificar fisicamente algo que não existe no mundo, como objeto físico”* (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Articulando Razões para a Adoção do Dolo Significativo. A Linguagem do Direito Penal* [Org. Paulo César Busato]. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 46).

²⁴ Também importa a posição de Pedro Jorge Costa, que assevera que historicamente os principais meios de prova para os componentes mentais do dolo *“foram o recurso a ciências empíricas, a confissão, as presunções e os indícios”*. COSTA, Pedro Jorge. *op. cit.* p. 170.

Rodrigo Cabral²⁵, ao citar Glock, aponta “três critérios fundamentais que servem para a demonstração do ‘interno’ e que podem ser perfeitamente adotados como critérios para a prova da intenção dolosa: (i) o contexto; (ii) as explicações e (iii) as confissões”, complementando posteriormente que

para a identificação das intenções do agente se deve levar em conta as manifestações que expressa antes (v.g. se conta para alguém que vai matar, roubar, estuprar, etc.), durante (v.g. se fala para a vítima ‘isso é um assalto’, ‘eu vou te matar’, ‘eu vou te estuprar’) e depois (v.g. se grita matei, estuproi, consegui assaltar) do fato. Assim como suas reações, se chora, ri, comemora o fato, fica triste, desesperado, impaciente, insensível, etc. Por fim, é importante considerar as confissões do autor, que constituem a forma de manifestação explícita do autor sobre os fatos, como o autor admite, explica, apresenta as razões sobre o significado da ação e de suas intenções.

Em suma: (i) na primeira fase do procedimento, a acusação precisa fornecer subsídios concretos que denotem uma atribuição do elemento subjetivo do agente. A defesa, por outro lado, em respeito ao sistema acusatório, *poderá* também contribuir com a produção probatória. O magistrado, ao final da primeira fase, decidirá se há elementos suficientes que comuniquem o sentido do cometimento de crime doloso contra a vida – sendo inviável a exploração da mente do acusado –, ocasião na qual pronunciará o acusado, caso positivo; (ii) durante jogo cênico e dialético do Tribunal do Júri, as partes não devem se centrar na pesquisa e explicação da mente do acusado no momento do fato delitivo. A acusação e, subsidiariamente, a defesa, devem fornecer elementos fáticos que caracterizem a atribuição do elemento subjetivo do réu. Em seguida, no momento decisório, os jurados precisam considerar as circunstâncias indicadas pelas partes que comunicam o sentido de intenção do agente. Como o Conselho de Sentença não fundamenta seus veredictos, esses indicadores objetivos precisam estar incluídos no processo de tomada de decisões e, conseqüentemente, no modelo de extração desta decisão.

²⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo...*, op. cit., p. 222-225.

3 DECISÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Conforme explicitado anteriormente, o Tribunal do Júri é o único órgão do Poder Judiciário no qual a jurisdição é exercida por cidadãos escolhidos a partir da comunidade local. Os jurados são investidos do poder de julgar crimes dolosos contra a vida de maneira sigilosa, soberana e sem fundamentar suas decisões.

A ausência de fundamentação das decisões do Conselho de Sentença é um tema discutível. Para James Tubenchlak, “(...) [o Júri] não se submete à imposição constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, IX, da CF); é órgão político, como afirmara Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os Jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do exercício do voto.”²⁶

Por outro lado, Aury Lopes Jr.²⁷ e Lenio Streck²⁸, por exemplo, sustentam que a carência de fundamentação afeta diretamente a constitucionalidade do sistema da instituição. Neste sentido também a crítica de Paulo Rangel.²⁹

²⁶ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri. Contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 09.

²⁷ Para o autor, “o jurado decide sem qualquer motivação, impedindo o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porque da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional.” LOPES JR., op. cit, p. 1345.

²⁸ Lenio Streck, em recente artigo, sustenta que a íntima convicção é “um conceito sem uma epistemologia própria que lhe anteceda e dê significado. É por isso que cabe qualquer coisa na íntima convicção. E é nesse ‘qualquer coisa’ que reside o (inconstitucional) porém dessa democrática cláusula pétrea: dentro do paradigma constitucional pós-88, nenhuma decisão sem controle intersubjetivo, sem *accountability*, sem critérios pode ser uma decisão *jurídica*. Porque contrária *ao direito*.” STRECK, Lenio Luiz. A inconstitucionalidade da íntima convicção. In: SAMPAIO, Denis. *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: Emais, 2021. p. 65-68.

²⁹ “O sistema da íntima convicção é o que há de mais retrógrado no júri, pois o acusado e a sociedade não sabem os motivos daquele ato de império, seja absolvendo ou condenando. (...) na sociedade atual não mais há espaço para uma decisão sem arrimo e justificativa em qualquer meio idôneo de prova, razão pela qual se deve refutar o siste-

De todo modo, a adoção do modelo da íntima convicção não significa que os jurados poderão julgar como bem entenderem, havendo a necessidade de decisão de acordo com os ditames legais.³⁰

Considerando também a incomunicabilidade entre os jurados³¹, o sistema de extração de suas decisões se caracteriza por regras específicas (estabelecidas no art. 482 e seguintes do Código de Processo Penal). Entretanto, por conta da impossibilidade de previsão de todas as situações passíveis de ocorrer, trata-se de matéria que suscita profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A fase de quesitação é conceituada como “o conjunto de perguntas (quesitos) dirigidas aos jurados que integram o Conselho de Sentença, destinadas à coleta da decisão”³². Almeida Junior, por sua vez, considera quesito como “a forma extrínseca e interrogativa das questões de fato, que têm de ser propostas pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri ao Conselho de Sentença”³³.

A expressão “quesitação” advém do latim, de “*quaesitum*”, que exprime “pergunta, ponto a que se tem de responder, questão interrogativa sobre que se há de emitir julgamento, parecer, voto ou opinião”³⁴.

ma da íntima convicção”. RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁰ Perceba-se que não apenas o juramento feito pelos jurados prevê que eles deverão “proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça” (CPP, art. 472), como que o próprio sistema recursal possibilita a anulação de julgamentos cujas decisões sejam absolutamente contrárias às provas dos autos (CPP, art. 593, III, d).

³¹ Ponto que também é objeto de discussões, eis que a deliberação entre os jurados poderia aumentar a qualidade das decisões do Tribunal do Júri. Conforme sublinhava o professor René Ariel Dotti, a incomunicabilidade dos jurados na sala especial de votação corresponde a um “anacronismo de nosso sistema que não mais se justifica em face dos tempos modernos que exigem o debate de infinitas questões de interesse público e quando os meios de comunicação e o exercício da liberdade de informação permitem que os jurados tomem conhecimento antecipado de muitos detalhes do processo que irão examinar”. DOTTI, René Ariel. A publicidade dos julgamentos e a “sala secreta” do júri. *Revista dos Tribunais*, vol. 81, n. 677, p. 330-337, mar.1992, p. 330-331.

³² PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários*. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 151.

³³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 402.

³⁴ ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao código de processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 571.

A Lei n. 11.689/2008 implementou importante simplificação no sistema de quesitação. Antes desta reforma, os jurados “precisavam responder longas séries de perguntas que detalhavam todo o raciocínio jurídico envolvendo a apreciação do fato criminoso e suas circunstâncias”³⁵, o que gerava uma quantidade bastante elevada de nulidades³⁶.

Posto isto, desde 2008 o modelo brasileiro de tomada de decisão dos jurados se aproximou ao modelo inglês, buscando uma melhor racionalidade na formulação das perguntas ao Conselho de Sentença como forma de aumentar a segurança na aferição da vontade dos julgadores e maior legitimidade do sistema.

O CPP, ao prever que os jurados devem apreciar os fatos, assegura a capacidade de que pessoas leigas possam, a partir de uma análise da realidade, decidir sobre como se deu a conduta do acusado. Dentre as circunstâncias objeto de análise, o Conselho de Sentença é competente para julgar se o acusado agiu com dolo ou imprudência.

Como já dito alhures, o procedimento bifásico do tribunal do júri designa que o magistrado, primeiramente, decida se há elementos de provas que indiquem se o acusado agiu com dolo para encaminhá-lo a julgamento pelo júri. Se houver elementos neste sentido, a segunda fase do procedimento resulta no julgamento em plenário, onde os jurados expõem suas decisões por intermédio dos quesitos que são respondidos ao final da sessão.

O modelo mais comum para se perguntar se o acusado agiu com dolo é com a seguinte redação: “O acusado, de maneira livre e consciente,

³⁵ PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. *Manual do Tribunal do Júri*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 445.

³⁶ Conforme lição do Prof. René Dotti (DOTTI, René Ariel. Esboço para a reforma do júri. *Revista Forense*, vol. 322, ano 89, Rio de Janeiro, p. 77-95). Na verdade, a complexidade do sistema constituía uma das principais críticas ao próprio Instituto: “diante da abertura permitida na lei para a redação das perguntas e da dificuldade prática de separar o fato, como fenômeno do mundo natural, do Direito, enquanto cientificação, dogmatização e classificação dos acontecimentos, para efeito de tipificação e enquadramento legal, surgiu justa crítica à instituição como um todo, ao prever a submissão aos jurados – que se pretende sejam juízes leigos – a teses jurídicas complexas, apresentadas pelas partes, por intermédio de um questionamento de difícil elaboração e entendimento, em significativo número ou percentual, a decisão dos jurados, decidindo pela absolvição quando sua intenção ou sentimento interno era condenar, ou condenando, certos e seguros de que estavam absolvendo”. (STOCO, Rui. Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001. *Revista Jurídica*, vol. 302, ano 50. Porto Alegre, dez. 2002, p. 55-96. p. 82.

assumiu o risco de causar a morte da vítima?”³⁷. Ou, ainda, desdobrando em dois quesitos sucessivos: “O acusado quis matar a vítima?”³⁸ e “O acusado assumiu o risco de matar a vítima?”³⁹.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça determinou o desdobramento do quesito relativo ao elemento subjetivo do crime, perguntando-se tanto se o acusado agiu com dolo direto, como se agiu dolo eventual⁴⁰. Assim, a tese desclassificatória teria êxito caso os jurados julgassem de forma negativa ambos os quesitos.

³⁷ GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 334.

³⁸ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁹ Variação da pergunta proposta por Cunha Campos. (CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2018).

⁴⁰ “PENAL E PROCESSO PENAL. (...) 2. HOMICÍDIO DOLOSO. TESE DEFENSIVA DE AUSÊNCIA DE DOLO. QUESITO QUANTO AO DOLO EVENTUAL. ART. 482, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPP. NECESSIDADE DE QUESITAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE DOLO DIRETO. DESCLASSIFICAÇÃO. PRESENÇA DE DOLO EVENTUAL. INCOMPETÊNCIA DO JUIZ PRESIDENTE. PERPLEXIDADE JURÍDICA. 4. CONDUTA DOLOSA. DOLO DIRETO E DOLO EVENTUAL ENGLOBALADOS. EQUIPARAÇÃO QUE DECORRE DO TEXTO LEGAL. 5. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE DESDOBRAMENTO DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO DIRETO E DOLO EVENTUAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. (...) 2. A formulação de tese defensiva de negativa de dolo (desclassificatória) autoriza a formulação de quesito referente tanto ao dolo direto quanto ao dolo eventual, consoante redação do art. 482, parágrafo único, do CPP. De fato, a competência constitucional do Tribunal do Júri, ao referir-se aos crimes dolosos contra a vida, abrange tanto aqueles cometidos com dolo direto, como os praticados com dolo eventual. Dessa forma, necessário indagar sobre as duas modalidades de dolo, antes de se proceder a eventual desclassificação. 3. A ausência de dolo direto não pode, de plano, ensejar a desclassificação da conduta, porquanto, acaso configurado o dolo eventual, o juiz presidente não será competente para julgar o crime, a despeito da desclassificação, e o Conselho de Sentença não terá tido oportunidade de se manifestar a respeito, uma vez que desclassificada a conduta apenas com a quesitação do dolo direto. 4. Não se pode descurar, ademais, que a imputação de conduta dolosa engloba tanto o dolo direto quanto o eventual, não se verificando, dessarte, ofensa ao princípio da congruência. Aliás, a equiparação entre o dolo direto e o dolo eventual decorre do próprio texto legal, não se revelando indispensável apontar se a conduta foi praticada com dolo direto ou com dolo eventual, “tendo em vista que o legislador ordinário equiparou as duas figuras para a caracterização do tipo de ação dolosa” (HC 147.729/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 20/06/2012). 5. Não há nulidade, portanto, no desdobramento do quesito relativo ao elemento subjetivo do tipo em dois, para aferir a natureza do dolo, pois a desclassificação da conduta, por ausência de dolo, conforme sustentado em plenário pela defesa, demanda encaminhamento de quesito acerca do dolo direto bem como do dolo eventual. 6. Agravo

No entanto, algumas críticas precisam ser apontadas, eis que: (a) os jurados julgam matéria de fato e não de direito (CPP, art. 482, *caput*)⁴¹. Perguntas alternativas deveriam trazer subsídios fáticos incompatíveis entre si, o que viola o princípio da plenitude de defesa; (b) o desdobramento do dolo em dois não está previsto no Código de Processo Penal, além de ser inconciliável com o espírito legislativo de simplificação da quesitação trazida na reforma de 2008; (c) questionar sobre se o acusado agiu com dolo direto e, posteriormente, dolo eventual constitui inconsistência insanável com o parágrafo único do art. 482 do CPP, vez que os quesitos precisam ser redigidos em proposições afirmativas e simples; (d) perguntar sobre dolo direto e, na sequência, eventual, é prejudicial à defesa, desrespeitando o princípio da plenitude de defesa; (e) pelo aspecto do direito penal, perguntar aos jurados sobre dolo direto e dolo eventual é indiferente, pois ambos são modalidades de dolo (o que importa apenas no momento da sentença, especificamente para a dosimetria da pena⁴²).

Desta forma, fugiria à esfera dos jurados realizar esta distinção⁴³ sem os dados empíricos respectivos (pois, repita-se, sequer na doutrina penal os contornos de distinção estão pacificados); (f) na hipótese de que a pronúncia tenha admitida a acusação por dolo direto, questionar

regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no REsp 1658858/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 18/06/2019).

⁴¹ Trata-se de uma diretriz do legislador para que os quesitos, abordem questões *de fato* e não *de direito*. No entanto, relevante a crítica de Paulo Rangel: “Quando se diz matéria de fato, não se quer dizer que os jurados não julgam o direito. Julgam, claro que julgam. Quando são indagados sobre se o réu deve ser absolvido, isso é matéria de direito, pois envolve a punibilidade, ou seja, o direito de punir do Estado. Quando são indagados sobre uma qualificadora do crime de homicídio, isso também é matéria de direito. Jurados julgam, portanto, tanto o fato como o direito.” RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6^a. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴² Note-se o magistério de Paulo César Busato: “(...) é possível afirmar que o dolo direto de primeiro grau é a forma mais grave de dolo, seguida pelo dolo direto de segundo grau e, finalmente, pelo dolo eventual. Assim, o grau de reprovabilidade dos feitos estará associado às diferentes valorações dolosas para fins de aplicação da pena”. BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 421.

⁴³ Assim como não se deve questionar aos jurados sobre a espécie de dolo, tampouco importa perguntar sobre a espécie de culpa. Aliás, pela teoria da ação significativa, a partir do “momento em que se acolhe que nem o dolo nem a imprudência são categorias cujo conteúdo é passível de definir a partir de processos mentais, é obrigatório o reconhecimento de que não tem mais cabimento falar de uma sub-classificação de tais categorias segundo precisamente tais elementos”. BUSATO, Paulo César. A Imprudência a partir do Conceito Significativo de Ação. *Revista de Estudos Criminais*. v.10, n.36, p. 73.

sobre dolo eventual não apenas caracteriza grave ofensa ao princípio da congruência, como também ao princípio constitucional da plenitude de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Reverenciando a teoria da ação significativa como proposição que melhor compatibiliza a evolução da dogmática com a realidade, a especificação de indicadores objetivos fáticos na própria quesitação se torna essencial. Assim, a pergunta “se o acusado quis matar” ou se o “acusado assumiu o risco de matar”, com a respectiva complementação sobre os indicadores fáticos que sustentam a narrativa acusatória, permite que os jurados decidam a partir de elementos concretos e não meramente jurídicos.⁴⁴

De maneira exemplificativa, se o acusado foi pronunciado por agir com dolo eventual por ter assumido o risco de matar a vítima ao dirigir embriagado e em alta velocidade, o quesito precisará abranger tais circunstâncias. Consequentemente, terá que ser redigida da seguinte forma: “o acusado agiu com dolo ao assumir o risco de matar a vítima por ter dirigido embriagado e em alta velocidade?”; ou “ao dirigir embriagado e em alta velocidade o acusado agiu com dolo, assumindo o risco de matar a vítima?”.

Se a resposta da maioria dos jurados for “sim”, estar-se-á reconhecendo que o acusado agiu com dolo eventual, confirmando que se tratou de crime doloso. Caso o resultado da contagem seja “não”, o Conselho de Sentença estará adotando a tese que o acusado agiu de maneira imprudente, passando a competência para o julgamento pelo juiz presidente.

4 CONCLUSÃO

Parte da doutrina reprova o Tribunal do Júri por conta de algumas de suas particularidades, as quais, em tese, inviabilizariam a adequada

⁴⁴ Sem fazer a correlação com a teoria significativa, defendi anteriormente a necessidade de se perguntar “se o acusado agiu com culpa” como melhor maneira de se quesitar a desclassificação para crime que não seja doloso contra a vida. (PEREIRA E SILVA; AVELAR, op. cit., p. 288). No entanto, não há como afastar a pergunta sobre “se o agente agiu com dolo”, tendo em vista que: (a) resta inviável perguntar os indicadores objetivos relacionados à culpa (apenas os indicadores em relação ao dolo); (b) os quesitos precisam descrever os termos admitidos na decisão de pronúncia (decisão que julga procedente a pretensão acusatória) que, por sua vez, relaciona-se com os termos da denúncia; (c) ao indicar os elementos concretos que se coadunariam com o dolo, os jurados têm como, ao votar “não”, rejeitar ou o dolo em si ou qualquer um dos seus indicadores fáticos.

análise das situações jurídicas⁴⁵. Dentre as críticas, ecoa o posicionamento de que os jurados, ao desconhecerem as normativas legais, não seriam aptos a decidir sobre teses complexas. Entretanto, não há qualquer comprovação que aponte que os juízes profissionais julgam melhor ou de forma mais justa que os jurados leigos⁴⁶.

A (complexa) discussão sobre a decisão em relação ao elemento subjetivo do acusado deve ser pautada pelas regras do sistema acusatório constitucional. Isto é, apenas quando a acusação comprovar com subsídios concretos é que os julgadores poderão concluir que o *standard* probatório para a condenação foi atingido⁴⁷.

O presente estudo, utilizando as bases da teoria significativa da ação, demonstrou que quesitar se o acusado agiu com culpa – por mais que em um primeiro momento aparente simplificar a quesitação⁴⁸ – é incorreto e incoerente, pois as manifestações externas do acusado na direção de buscar o resultado apenas podem ser expressas pelas circunstâncias descritas na acusação e admitidas pela decisão de pronúncia. Por conseguinte, caso o Conselho de Sentença reconheça que os elementos objetivos são suficientes para atribuir à conduta do acusado que ele agiu com a espécie de dolo admitida na pronúncia (votando “sim”), estar-se-á

⁴⁵ Cita-se como exemplo a opinião de Aury Lopes Jr. que reconhece o papel do Tribunal do Júri para superação do sistema inquisitório no passado, mas que hoje perderia para o modelo de julgamento por juízes profissionais. (LOPES JR., op. cit. p. 1339).

⁴⁶ BINDER, Alberto M. Crítica a la Justicia Profesional. *Revista Derecho Penal*. Ano I, n 3. p. 61-67.

⁴⁷ A crítica realizada pelo Prof. René Dotti pela impossibilidade do reconhecimento de “dolo eventual por mera presunção” continua atual: “A classificação da conduta como eventualmente dolosa na falta de comprovação do consentimento tem orientado lamentáveis precedentes de jurisprudência guiados pela presunção contrariando norma secular do Código Criminal do Império (1830): ‘Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para imposição de pena.’ (art. 36). Tal distorção é rotineira quando o magistrado deserta do dever de apreciar mais detidamente o elemento subjetivo do tipo penal para submeter o acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Uma transferência de responsabilidade que invoca a passagem bíblica do *lavar as mãos* na reencarnação de Pôncio Pilatos.” DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2008. p. 466.

⁴⁸ Como disse anteriormente, defendi essa posição em obras recentes, como no “Plenário do Tribunal do Júri” (PEREIRA E SILVA; AVELAR, op. cit., p. 288). Da mesma forma o parecer de Gustavo Badaró: “Diante do propósito de simplificação dos quesitos, que inspirou a reforma do CPP, não será necessário indagar a modalidade de culpa em sentido estrito invocada pela defesa, bastando a pergunta genérica sobre ter o acusado agido com culpa (...).” BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 828.

julgando procedente a pretensão acusatória. Para isso, não se pode esquecer que os indicadores objetivos permitidos na decisão de pronúncia deverão ser descritos no quesito, mesmo que de maneira resumida.

Reafirma-se que a acusação deve descrever na denúncia os fatos que estão sendo imputados ao acusado. Em seguida, a decisão de pronúncia funcionará como um filtro, fixando os limites da acusação em plenário e os termos da quesitação⁴⁹. Não pode se admitir uma sustentação acusatória fora dos parâmetros admitidos na decisão de pronúncia⁵⁰. A sustentação ampliada por parte da acusação ou a quesitação para além da baliza da pronúncia prejudica frontalmente o próprio direito de defesa.⁵¹⁻⁵²

⁴⁹ “(...) a partir do momento em que a pronúncia deve se limitar aos fatos narrados na denúncia, as perguntas dos jurados tampouco podem se afastar daquilo que esteja descrito na decisão de pronúncia. Sendo assim, constitui-se a necessidade de correlação entre a denúncia, a pronúncia e os quesitos.” (PEREIRA E SILVA; AVELAR, op. cit., p. 455).

⁵⁰ Veja-se, por exemplo a doutrina de Renato Brasileiro: “é possível falar-se agora em princípio da correlação entre pronúncia e quesitação, significando dizer que teses não abordadas especificamente na decisão de admissibilidade da acusação, ligadas ao tipo penal incriminador, não poderão ser trabalhadas em plenário pelo órgão acusatório”. (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*, 2ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 1302-1303).

⁵¹ PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. (...) INOVAÇÃO NA TESE DA ACUSAÇÃO DURANTE OS DEBATES EM PLENÁRIO. PRÁTICA DO CRIME A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. NULIDADE CONFIGURADA. DENÚNCIA E PRONÚNCIA QUE IMPUTAM AO ACUSADO A PRÁTICA DE CRIME DE HOMICÍDIO COM DOLO DIRETO. APRESENTAÇÃO DE PROPOSIÇÃO NOVA PELA ACUSAÇÃO. TESE DE DOLO EVENTUAL INCLUÍDA NA ELABORAÇÃO DOS QUESITOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PLENITUDE DE DEFESA E DA CORRELAÇÃO. JULGAMENTO NULO. (...) 4. Segundo entendimento desta Corte Superior, o princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que assegura que apenas podem fazer parte da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória, de forma a garantir a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos novos, não descritos na denúncia. 5. Na espécie, houve quebra dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre a denúncia, a pronúncia e os quesitos, na medida em que o Parquet sustentou, em Plenário, proposição nova, não defendida anteriormente - imputação de prática do crime com dolo eventual -, tendo até mesmo sido elaborado quesito a esse respeito, o que constitui, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, nulidade absoluta, não estando sujeita à preclusão. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, a fim de, reconhecendo a existência de nulidade absoluta, nos termos do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal, anular o julgamento às fls. 423/431 e determinar que o recorrente seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. (STJ, REsp 1678050/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. em 14/11/2017).

⁵² (...). 1. O Juiz-Presidente, ao elaborar os quesitos, deve se ater aos termos da pronúncia, sendo imperiosa a estrita correlação entre estes, sob pena de nulidade absoluta do

Enfim, impossível negar a complexidade da questão, ainda mais quando confrontada com as possibilidades que a realidade pode apresentar. Assim sendo, ressalta-se a importância da atuação do juiz presidente, o qual, no momento da votação, pode e deve explicar o significado de cada um dos quesitos, bem como as suas consequências. Desta forma, o magistrado poderá afastar eventual carga eminentemente dogmática e contribuir para que a decisão dos jurados reflita a real intenção de cada um deles.

Por derradeiro, jamais se pode olvidar que o Tribunal do Júri está sistematicamente posicionado na Constituição como uma garantia do acusado. E, neste sentido, não se pode falar de um julgamento justo quando as decisões são tomadas a partir de falsas presunções de acesso à mente do acusado⁵³. Apenas quando as teorias aplicadas se coadunam com a realidade prática, respeitando uma pretensão de justiça, é que a decisão e o próprio julgamento se tornam legítimos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4^a. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8^a. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Concepto de Dolo en el Derecho Penal. Hacia un Abandono Definitivo de la Idea de Dolo como Estado Mental. *Cuadernos de Derecho Penal*. n. 6. p 17-18. Disponível em: Http://Www.Usergioarboleda.Edu.Co/Derecho_Penal/Cuadernos-De-DerechoPenal/Cdp6/Perez-Gabriel-Dolo-No-Estado-Mental.Pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

juízo pelo júri, consoante exegese filológica e sistemática dos arts. 476, caput, e 482, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, conjugada à redação do art. 566, segunda parte, do referido diploma. (...) (STJ, 5^a. Turma, AgRg no AREsp. n. 955.249/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 25/09/2018).

⁵³ Como na lição de Paulo Busato: “uma vez que o estabelecimento de um sentido depende da validade do processo de comunicação, e isso, por seu turno, depende de basear-se em regras compartilhadas, determinadas pela inclusão de todos no discurso, fica claro que a opção pela linguagem como mecanismo de legitimação da atribuição de um sentido doloso de uma conduta figura como uma proposta humanista e respeitosa à ideia de alteridade”. (BUSATO, 2015, op. cit., p. 416).

BINDER, Alberto M. Crítica a la Justicia Profesional. *Revista Derecho Penal*. Ano I, n 3. p. 61-67.

BUSATO, Paulo César. A Imprudência a partir do Conceito Significativo de Ação. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 36.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: *Dolo e Direito Penal*: modernas tendências. (Coord. Paulo César Busato). 3a. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BUSATO, Paulo César. O Giro Linguístico e o Direito Penal. *Revista Duc in Altum*. v. 7, n. 12, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Articulando Razões para a Adoção do Dolo Significativo. In: *A Linguagem do Direito Penal*. (Org. Paulo César Busato). 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem*: Rumo a uma Nova Gramática do Dolo a Partir da Filosofia da Linguagem São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. *Dolo e Direito Penal*: modernas tendências. (Coord. Paulo Cesar Busato). 3a. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri*: teoria e prática. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

CUSSAC, José Luis González; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; BUSATO, Paulo César. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. Tirant lo Blanch. 2017.

DOTTI, René Ariel. A publicidade dos julgamentos e a “sala secreta” do júri. *Revista dos Tribunais*, vol. 81, n. 677, p. 330-337, mar. 1992.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2008.

DOTTI, René Ariel. Esboço para a reforça do júri. *Revista Forense*, vol. 322, ano 89, Rio de Janeiro.

GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio*: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 334.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*, 2ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OXMAN, Nicolás. Norma Acción e Intención. In: BUSATO, Paulo Cesar. A linguagem do direito penal. *Anais do 1º Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem*. Tirant lo Blanch, 2018.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. *Manual do Tribunal do Júri*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. *Plenário do Tribunal do Júri*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários*. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Consideraciones Sobre la Prueba del Dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 4. 2004. p. 23-24

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Inocência Borges da. *Comentários ao código de processo penal*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007.

STOCO, Rui. Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001. *Revista Jurídica*, v. 302, ano 50. Porto Alegre, 2002 (dez), p. 55-96.

STRECK, Lenio Luiz. A inconstitucionalidade da íntima convicção. In: SAMPAIO, Denis. *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 65-68.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri*. Contradições e soluções. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la Acción y Teoría Jurídica del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. Los Ángeles Contra Los Que Combatía Wittgenstein y La Metodología del Derecho Penal. In: BUSATO, Paulo Cesar. A linguagem do direito penal. *Anais do 1º Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos Del Sistema Penal - Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. 2a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

ZINI, Júlio César Faria. A omissão penalmente relevante e o sentido. In: BUSATO, Paulo Cesar. A linguagem do direito penal. *Anais do 1º Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.



OMISSÃO DE SOCORRO: PARECER JURÍDICO

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA¹

LUIGI GIUSEPPE BARBIERI FERRARINI²



RESUMO

O presente artigo consiste na adaptação de um parecer jurídico ofertado, por meio do qual buscava-se responder se, em determinado caso concreto, estaria configurado o delito de omissão de socorro em uma relação entre um médico e sua paciente. Dessa forma, partindo de um breve resumo fático-processual, passa-se a uma digressão sobre os crimes omissivos, com o objetivo de esclarecer quais são suas principais características e quais são os requisitos que devem estar necessariamente presentes para que se pense em eventual responsabilização penal. Em seguida, busca-se integrar o conteúdo da dogmática penal com pareceres ofertados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, assim tornando claras as particularidades dos delitos de omissão de socorro no âmbito da relação médico-paciente, o que, por fim, permite a elucidação do caso concreto trazido à baila.

Palavras-chave: omissão de socorro; crimes omissivos; relação médico-paciente.

SUMÁRIO

1. Parecer; **2.** Descrição Fático-Processual; **2.1.** Do Trâmite Processual; **2.2.** Dos Fatos; **3.** Do Delito de Omissão de Socorro; **3.1.** Breve Digressão sobre o Crime de Omissão De Socorro; **3.2.** Dos Pareceres do Conselho Regional de Medicina do Estado De São Paulo; **4.** Notas Conclusivas; Referências.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: shecaira@uol.com.br.

² Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini – Doutorando e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: luigigbarbieri@hotmail.com.

1 PARECER

E. L. P., ilustre advogado militante no foro da Capital do Estado de São Paulo, apresenta-me cópia integral de Inquérito Policial, em trâmite pelo ... Distrito Policial da Capital e que foi relatado e remetido ao Juizado Especial Criminal do Foro Central da Comarca da Capital, tendo sido autuado sob número Referidos autos têm como interessado C. M., brasileiro, casado, médico psiquiatra, residente e domiciliado ..., e que supostamente teria praticado o crime previsto no artigo 135 do Código Penal.

Segundo pude ver dos autos, o ilustre causídico obteve em sede liminar uma ordem de habeas corpus deferida pela insigne Magistrada F. A. A., nos seguintes termos: *DEFIRO o provimento cautelar para afastar a habilitação dos genitores da vítima como Assistentes de Acusação e para suspender a realização da audiência preliminar designada para o dia ... até julgamento do mérito do presente habeas corpus.*

Indaga-me se é possível, à luz da prova dos autos e da melhor doutrina, ser C. M. (de ora em diante assim designado) responsabilizado por algum crime, em especial aquele previsto no artigo 135 do Código Penal. Aduz-me o douto consultante que usará o presente parecer para instruir seus memoriais junto ao Colégio Recursal Central da Capital, onde tem trâmite o remédio heroico.

Por uma questão de método, desdobrarei o presente parecer em distintas partes. Na primeira delas, farei uma descrição dos fatos narrando o desenrolar das circunstâncias que ensejaram o presente caso; depois farei uma descrição jurídico-dogmática fundamental ao deslinde desta opinião jurídica; atentarei, na sequência, para algumas consultas similares apresentadas ao CREMESP — Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo — e que têm aplicação aos fatos aqui narrados. Ao final, darei minha opinião sobre o que verte da causa.

2 DESCRIÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL

2.1 DO TRÂMITE PROCESSUAL

Conforme documentação que me foi apresentada, o Inquérito Policial foi instaurado em ... por Portaria do Sr. Delegado de Polícia, H. P. B.,

para apurar o óbito de “B. M. B., por estar com a saúde mental debilitada com diagnóstico de borderline, esquizofrenia e depressão e que resultou em tirar a própria vida ao projetar o corpo do andar em que se encontrava para cair no jardim do Edifício F., cuja natureza e sede das lesões foram a causa determinante de sua morte”. O óbito, segundo a ocorrência levada ao Sr. Delegado de Polícia, deu-se por volta das 8:45 h. do dia 19 de outubro de 2018.

C. M., em sede do inquérito policial, foi ouvido na condição de testemunha em 4 de dezembro de 2018. No relatório final do inquérito policial, do dia 11 de fevereiro de 2019, não se logrou identificar qualquer ilícito, bem como nenhum autor que pudesse ter concorrido para o resultado morte.

Todavia, em 14 de fevereiro de 2019, por meio de seu advogado, os genitores de B. M. B. apresentaram petição na qual imputam ao interessado C. M. o cometimento do delito de omissão de socorro, na forma descrita no artigo 135, parágrafo único do Código Penal. Em apertada síntese, sustentam: *a)* que C. M. negou atendimento a B. quando esta, em meio a um surto psicótico, entrou em contato telefônico, além de não haver orientado seus familiares sobre como proceder naquela situação; *b)* que C. M. interrompeu de forma abrupta seu atendimento a B., não mais procurando a paciente ou passando orientações aos seus genitores; *c)* que havia uma relação de confiança entre o médico e sua paciente, que se dava sem a intervenção dos pais de B..

Encaminhados os autos à Promotoria de Justiça do II Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, requereu-se o arquivamento do inquérito policial no tocante à suposta ocorrência de crime doloso contra a vida, e sua remessa ao Juízo Criminal do Foro Regional de Santana para apuração de eventual responsabilidade criminal residual, conforme indicado na petição interposta pelos genitores de B., pedidos que foram acatados pela ilustre magistrada da ...^a Vara do Júri do Foro Central Criminal de São Paulo.

Em nova petição encaminhada à Promotoria de Justiça da Vara Criminal do Foro Regional de Santana, os genitores de B., por meio de seu advogado, indicaram que o transtorno afetivo bipolar que lhe acometia possuía como característica a súbita variação de humor, o que deveria ser

considerado por C. M. ao abandonar sua paciente, não atendê-la após ligação telefônica e tampouco indicar aos seus genitores o modo de proceder, tendo consciência do quadro clínico de B. e encontrando-se em posição de garantidor. Ademais, afirma-se que, por não haver C. M. respondido ao contato do genitor de B., já estaria configurada a omissão de socorro por se tratar de delito de mera conduta, além de que a negativa de atendimento pessoal violaria o artigo 3º, inciso V, da Lei Antimanicomial.

Após requisição de remessa dos autos ao Juizado Especial do Foro Central da Barra Funda, por se mostrar aquele competente para julgamento do caso ora analisado, manifestou-se o *Parquet* no sentido de se designar audiência preliminar com a intimação dos genitores da vítima para a eventual realização de composição civil de danos e, caso esta não ocorresse, para que fosse oferecida transação penal consistente na prestação de serviços à comunidade e doação de R\$ 20.000,00 ao Centro de Valorização da Vida.

Neste ponto, manifestou-se o advogado de C. M., requerendo o arquivamento liminar do inquérito policial pelo reconhecimento de ausência de justa causa, uma vez que o interessado não foi ouvido na qualidade de investigado, e por haverem os denunciantes omitido diversos fatos em suas petições.

Entretanto, em nova petição, o douto representante dos genitores de B. requereu que estes fossem habilitados nos autos como assistentes de acusação, que seu patrono fosse habilitado no sistema E-Saj para ter acesso às movimentações processuais, bem como para que designasse a audiência preliminar requerida. Em resposta, o representante de C. M. solicitou a produção e juntada de provas, dentre as quais se encontra parecer médico acerca da conduta profissional do investigado, no qual a psiquiatra forense L. M. O. concluiu que não houve qualquer tipo de omissão de socorro por parte de C. M..

Após novas manifestações dos genitores de B., entendeu o nobre magistrado, Dr. J. Z. C., por designar audiência preliminar para o dia ... de junho de 2019, bem como por deferir o ingresso dos genitores como assistentes de acusação, decisão contra a qual a defesa de C. M. interpôs pedido de reconsideração pleiteando a suspensão da audiência preliminar, a oportunização de produção de provas pelo acusado, e o afastamento da admissão dos genitores de B. como assistentes de acusação.

Diante da manutenção da decisão de fls. ..., a defesa de C. M. interpôs *Habeas Corpus* perante o Colégio Recursal Central da Capital, em razão do qual a ilustre magistrada F. A. A. deferiu, em sede de liminar, a suspensão da audiência preliminar, além de afastar a habilitação dos genitores da vítima como assistentes de acusação.

Em nova manifestação, os genitores de B. requereram que fossem retirados dos autos os diálogos particulares cujo sigilo fora quebrado, e que fosse acolhido o parecer do Ministério Público acima mencionado.

2.2 DOS FATOS

Dos diversos documentos colacionados aos autos, verifico que o investigado C. M., por uma única vez, atendeu presencialmente B. e sua genitora, D., na data de 20 de setembro de 2018. Nesta oportunidade, após a formulação das hipóteses diagnósticas, C. M. prescreveu a redução da medicação utilizada por B., e que fora receitada por outro psiquiatra que lhe acompanhara anteriormente, assim como recomendou que iniciasse o tratamento psicoterápico, inclusive com indicação de profissional da área.

Conforme se verifica pelas conversas via *whatsapp* colacionadas aos autos, no dia 23 de setembro de 2018, B. entrou em contato com C. M. para lhe informar que, logo após a consulta do dia 20 de setembro, sua mãe “parecia arisca e resistente ao tratamento novo”, determinando que B. passasse alguns dias na casa de sua avó, de quem não gostava. Assim, relatando que quase “enlouqueceu” no período de estadia com sua avó, e narrando que seus pais abusavam quando ninguém os “olhava” (sic), foi para um hotel para dormir e se tranquilizar. No mesmo dia, C. M. foi também contatado pela genitora de B., afirmando que sua filha não estava bem e que tinha ciência da comunicação entre ambos daquela manhã; nesse mesmo dia C. M. ligou para D., sem lograr êxito em encontrá-la.

Já no dia 25 de setembro de 2018, mais uma vez D. contatou C. M., informando-o que B. estaria em crise por haver engordado, desejando ir para um spa. Questionando o médico qual seria sua opinião, foi-lhe respondido que preferia falar diretamente com B. para ouvir suas próprias palavras; então, novamente, C. M. tentou contato telefônico, sendo respondido por D. que naquele momento B. dormia, mas que haviam reser-

vado o spa entre os dias 28/9 e 16/10/2018, sendo novamente solicitado pelo médico que sua paciente entrasse em contato consigo.

Posteriormente, no dia 28 de setembro de 2018, B. comunicou-se com C. M. via *whatsapp*, ocasião na qual afirmou que era sua a decisão de ir para o spa; no dia seguinte, narrou que estaria contente com o tratamento recebido no local, onde gostaria de ficar por dois meses. Como resposta, C. M. disse que não via problemas, mas recomendava que B. iniciasse o tratamento psiquiátrico imediatamente, ainda que por meio digital.

Em 03 de outubro de 2018 D. informou a C. M. que B. ficaria no spa até 03 de novembro; porém, no dia seguinte, B. comunicou ao seu médico que desejava ir embora do local por sentir-se enganada e banida, tendo um desentendimento com o endocrinologista, mas não obtendo permissão de seus pais. Na mesma data, a genitora de B., mais uma vez pelo *whatsapp*, relatou que sua filha estava violenta em razão de seu descontentamento, mas iria ao local consultar-se com o endocrinologista. Afirmando que B. não teria condições de deixar o local, obteve concordância de C. M., ao afirmar que deveriam esperar a “poeira baixar” e, então, decidir o que seria feito.

Já em 07 de outubro de 2018, D. contou a C. M. que B. havia jogado seu celular no lago, e que a diretoria do spa havia se reunido, decidindo que sua paciente não mais poderia permanecer naquele local. Neste momento, C. M. indicou à genitora de B. dois profissionais especialistas em casos como o dela, mas afirmando que deveria ser avisado à paciente que permanecia à disposição, para que não se sentisse rejeitada.

Em continuidade, no dia 11 de outubro de 2018, C. M. buscou contato com D., questionando se haviam conseguido atendimento com algum dos profissionais que indicara. Respondendo-o, D. afirmou que foi ao spa passar a semana com B., bem como que o psiquiatra do estabelecimento havia reduzido a medicação anteriormente prescrita por C. M..

Ademais, extrai-se dos autos que no dia 17 de outubro de 2018 B. tentou o suicídio pretendendo pular da janela de seu apartamento, sendo impedida por seu genitor — R. B.. Nada há no feito que indique que o psiquiatra tenha sido comunicado desta tentativa de suicídio. C. M., como se verá adiante, conversa com B. (em 18/10) e ela não lhe menciona

o episódio. Sabe-se, outrossim, que a avó de B., em depoimento prestado na delegacia de polícia em 26/11/2018, mais de um mês após o suicídio da neta, afirmou: “na data de 17/10/18, a sua neta teve um surto psicótico intenso dentro de seu lar, inclusive ela tentou se suicidar pulando da janela, fato esse que foi impedido pelo seu genitor, R. R. B.” (fls.67).

B. não manteve contato com C. M. entre os dias 05 e 18 de outubro, quando então ligou para seu médico, informando-o que havia saído do spa e queria retornar imediatamente, desejo que não era respeitado por seus pais. Conforme relatado pelo próprio investigado, foi respondido que aquela seria uma decisão familiar, mas que havia indicado dois profissionais especializados no auxílio de conflitos familiares para atuarem no caso. Ao ser questionado por B. se estaria sendo dispensada, narra C. M. haver afirmado **que não estava sendo dispensada e que a relação entre ambos permanecia como sempre fora**. Destaque-se que em momento algum B. lhe afirmou que teve um surto ou qualquer outro problema de maior gravidade, além daqueles que eram conhecidos pelo psiquiatra.

Note-se que de acordo com as manifestações dos genitores de B., no dia 18 de outubro, a filha teve um “episódio de descontrole e agressividade”, razão pela qual seus pais pediram que ligasse a C. M.. Continuando com as atitudes de descontrole e agressividade após o telefonema, seus pais acionaram a Polícia Militar pelo número 190. Vendo o conflito familiar, os milicianos orientaram B. a sair do local, razão pela qual pegou um táxi para a casa de sua avó. Daquilo que se extrai dos autos, tampouco esta situação foi comunicada a C. M., quer por B., quer por D. ou R.. D., R. e M. (a avó de B.) em suas manifestações no inquérito, silenciaram sobre a comunicação de todo este episódio ao psiquiatra C. M..

Ainda no dia 18 de outubro, mas no período noturno, mais exatamente às 22:00 h., C. M. recebeu duas mensagens de áudio do pai de B., nas quais imputava ao médico um suposto abandono de sua filha em meio a um surto psicótico e solicitando a devolução do valor pago pela consulta realizada quase um mês antes.

Às 6 horas e 9 minutos do dia 19 de outubro, C. M. enviou uma mensagem à mãe de B., informando-a que recebera mensagens de cunho agressivo de seu marido, mas novamente questionando se haviam procu-

rado algum dos profissionais que havia indicado para manejar a situação. Em resposta, às 6 horas e trinta e seis minutos do mesmo dia, D. pediu desculpas por “atitudes alheias”, narrando que o dia anterior havia sido muito difícil, e que B., após a ligação telefônica com C. M. ocorrida na véspera, passou a culpá-la por invadir e estragar a relação paciente-médico. Entretanto, ressaltou que sabia não ser aquela a intenção de C. M., consignando que procurariam ajuda, ao que o ora investigado respondeu que sua participação era importante e não invasiva, estando disposto a conversar com B. quando esta quisesse (conforme conversa do *whatsapp* de fls. 266).

Porém, às 9 horas e dezenove minutos, por mensagem de áudio, D. comunica o suicídio de B..

Estes os fatos que afloram dos autos.

Talvez fosse despidendo mencionar todas as comunicações existentes entre a paciente, sua mãe e o psiquiatra. Mas por amor à verdade, um breve retrospecto aqui se faz necessário. Entre a consulta de 20 de setembro e o suicídio ocorrido 29 dias depois, foram feitos vários contatos, ora por telefone, ora por mensagens de texto enviadas pelo aplicativo *whatsapp* ou, ainda, pelo envio de áudios. O primeiro destes contatos após a consulta foi no dia 23/9 com B. e com D.. Novamente, no dia 25, dois novos contatos com mãe e filha. No dia 28, contato pelo *whatsapp*. No dia 29, dois novos contatos pelo aplicativo. No dia 3/10, tanto D. quanto B. falam com C. M. e, ainda, enviam mensagens de texto. No dia 7/10, C. é procurado pelo *whatsapp* e imediatamente responde pelo aplicativo. No dia 11/10 C. envia mensagem a D. e ela o responde. No dia 18/10 C. M. fala com B. e recebe duas mensagens do pai. Portanto, tiveram algum tipo de contato entre 20/9 e 18/10, dezessete vezes e em nenhum momento comunicou-se ao médico que B. teve um surto, tentou agredir os pais e tampouco que tentara o suicídio. C. M. fez-se presente e disponível, mesmo tendo somente feito uma consulta, na qual recomendou terapia com um psicólogo, bem como, posteriormente, um tratamento mais aprofundado com um médico especialista em conflitos familiares, indicando dois profissionais. Em todos esses dias, tais recomendações não foram observadas por B. ou seus familiares. C. M. esteve pessoalmente com B. uma única vez, vinte e nove dias antes do suicídio e não teve conhecimento

de qualquer surto no dia 18/10 ou mesmo da tentativa de suicídio do dia 17/10. Com esses lapsos de informação, poderia ser atribuída qualquer responsabilidade a título de omissão de socorro por parte do facultativo? Para responder a essa indagação, far-se-á um estudo detalhado do delito de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal no próximo tópico deste parecer.

3 DO DELITO DE OMISSÃO DE SOCORRO

3.1 BREVE DIGRESSÃO SOBRE O CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO

Ainda que no direito romano fosse ordenado que, em situações excepcionais, haveria o dever de evitar que se praticasse um delito contra alguém, ou que no direito canônico se impusesse uma prescrição geral de solidariedade humana, segundo o magistério de Hungria, pode-se dizer que foi com a ampliação do conceito de incriminação nas modernas codificações penais iluministas que, em 1853, surge no Regulamento Toscano de Polícia Punitiva a figura do dever jurídico de assistência para aquele que se encontrasse em perigo. Nesta senda, mesmo que o Código republicano brasileiro de 1890 determinasse, em seu artigo 293, § 2º, a punição daquele que, encontrando recém-nascido exposto ou menor de sete anos abandonado em local ermo não os apresentasse ou avisasse à autoridade pública, a conduta prevista no tipo de omissão de socorro passou a ser efetivamente considerada pelo ordenamento pátrio somente com o Código Penal de 1940, no qual, até os dias atuais, resta estabelecida como crime em seu artigo 135, a conduta de *“deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”*.³

Tratando-se de uma figura que está presente de forma análoga à encimada nos modernos códigos penais – como, por exemplo, no artigo 593 do Código Penal Italiano, no artigo 195 do Código Penal da Espanha ou no artigo 220 do Código Penal de Portugal –, leciona o ilustre mestre

³ Conforme HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. vol. V. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955. p. 428-429.

Magalhães Noronha que se pretende por meio de referido mandamento legal estimular a solidariedade humana, por ser de interesse do Estado a segurança do indivíduo quanto à sua vida e saúde.⁴ Logo, como indicado por Manzini, a conduta típica de omissão de socorro não se trata de uma proibição, mas sim de um mandamento de auxílio àquela pessoa que se encontre em perigo conhecido ou presumido, havendo um “interesse público que se persegue mediante a imposição de uma obrigação geral, comum a todos”.⁵

Atentando-me às classificações doutrinárias dos delitos de omissão, vê-se que a figura típica descrita no artigo 135 do Código Penal trata-se de um crime de *omissão própria*. Sendo os delitos de omissão aqueles em razão dos quais se impõe um dever de agir, de acordo com o magistério de Heleno Cláudio Fragoso, dá-se a transgressão quando não se realiza um comportamento pela “abstenção da atividade devida”, o que, de acordo com a classificação doutrinária, pode ocorrer de duas diferentes formas: deixando-se de executar um comando legislativo de agir, como no caso do crime de omissão de socorro, configura-se a *omissão própria*; mas quando o resultado de um fato punível é obtido pela omissão do agente, violando-se um dever jurídico de impedi-lo, constitui-se a *omissão imprópria*,⁶ ao exemplo doutrinário da mãe que deixa de amamentar seu filho para, assim, matá-lo.

Fato importante a ser destacado é que a consumação dos delitos de *omissão própria*, em sentido diverso daqueles de *omissão imprópria*, dá-se independentemente do resultado da omissão. Portanto, consuma-se o delito no momento no qual se desobedece o comando de agir, sendo, como bem definido por Luciano Anderson de Souza, uma obrigação “de agir, não de evitar o resultado”, mas desde que tal exigência não represente risco ao próprio indivíduo sob o qual se impõe o dever legal, e encontre-se efetivamente possibilitado de atuar⁷ - imposição esta que, segundo Ma-

⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 4. ed. vol. 2. Saraiva: São Paulo, 1967. p. 112.

⁵ MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*. 3. ed. vol. 2. CEDAM: Padova, 1955. p. 321.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 227-230.

⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 228-229.

galhões Noronha, pode ser advinda de diferentes fontes, dentre as quais encontra-se a aceitação particular do dever, que se dá, por exemplo, em razão de uma profissão ou de relação contratual.⁸

Mas para além de se exigir a efetiva possibilidade de atuar, como vivamente destacado pelo insigne Juarez Tavares em monografia que trata exclusivamente dos delitos de omissão, deve estar necessariamente presente a *situação típica omissiva*, consistente nos elementos e pressupostos que fundamentam o dever de agir. Assim, trazendo como exemplo justamente o crime de omissão de socorro, afirma o nobre jurista que, para sua configuração, deve obrigatoriamente haver uma pessoa inválida ou ferida, que se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo; do contrário, não haveria que se falar na figura típica. Nas palavras do autor:

o tipo de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso, há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam.⁹

Desta forma, como magistralmente ressaltado por Juarez Tavares, é evidente que no delito de omissão de socorro a *situação típica omissiva* somente estará configurada quando houver, efetivamente, *perigo*. Tal dado é essencial para que se possa falar em omissão de socorro; é o que torna exigível do indivíduo seu atuar para prestação de assistência. Pondere-se, neste passo, que o perigo mais do que uma existência abstrata está na capacidade cognitiva por parte do autor da conduta. É dizer: em não havendo conhecimento do fato típico omissivo, não será exigível qualquer atuação em conformidade com a lei, porquanto inexistente o dolo. Ou, trocando em miúdos, se um médico não sabe de fatos por não lhe terem

⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 2. ed. vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1963. p. 145.

⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 355.

sido comunicados pela família ou pela paciente, não lhe será exigível o ato em conformidade com a ética.

Na mesma toada, Bento de Faria também indica que a omissão de socorro somente se dá quando há perigo para a vida ou à incolumidade física daquele que se encontra ferido ou em grave e iminente perigo, tanto que “sem esse perigo não haveria razão para – a assistência.”¹⁰ Reforçando tal entendimento, Hungria consigna que fundamental à caracterização do delito é a pessoa inválida ou ferida estar “em *grave e iminente perigo*”, sendo “grave e iminente o perigo que ameaça atualmente a vida da pessoa ou, de modo notável, a sua incolumidade física ou fisiológica.”¹¹

Compreendendo-se que para concepção da tipicidade objetiva do crime de omissão de socorro deve imprescindivelmente estar presente uma situação de perigo¹², cabe observar que, de acordo com o entendimento pacificado na doutrina, sua tipicidade subjetiva será consistente no *dolo*. Destarte, é vital que haja vontade livre e consciente de não prestar socorro ao indivíduo que esteja naquelas condições estabelecidas no artigo 135 do Código Penal; deve estar presente um elemento volitivo, um *querer não agir*.¹³ É preciso que haja uma recusa do indivíduo em realizar o mandamento legal que sobre ele recai; de modo contrário, nas bem lançadas palavras de Rogério Greco, “se não houve recusa, característica do elemento subjetivo exigido pelo tipo, ou seja, o dolo, o fato não poderá ser atribuído ao agente a título de omissão de socorro, não se admitindo, pois, sua responsabilidade penal a título de culpa.”¹⁴ **Ressalte-se: tratando-se de delito que exige o dolo do agente, não se pode falar**

¹⁰ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. 2. ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Record, 1959. p. 139.

¹¹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. vol. V. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955. p. 431.

¹² “Trata-se de um *crime de perigo*, caracteristicamente tal: a ocorrência do *eventus periculi*, ora presumido pela lei, ora devendo ser reconhecido *in concreto*, basta para que se apresente o *summatum opus*.” HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. vol. V. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955. p. 428-429.

¹³ Neste sentido, vale atentar aos ensinamentos de Aníbal Bruno, presentes em: BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 312.

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 7. Ed. vol. 2. Niterói: Impetus, 2010. p. 352.

em omissão de socorro caso inexista recusa. Tampouco há recusa quando o imputado autor desconhece o perigo ou este não lhe é noticiado.

Por se apresentar o dolo como elemento vital para caracterização da omissão de socorro, é também indiscutível na doutrina a compreensão de que o indivíduo sobre o qual recai o dever de agir tenha consciência de que o agente passivo se encontre em alguma das situações periclitantes descritas no artigo 135 do Código Penal. Do contrário, não há que se falar em dolo e, por consequência, em omissão de socorro; o desconhecimento das circunstâncias que permeiam aquele a ser assistido torna a conduta do omitente em fato atípico. Assim posiciona-se Magalhães Noronha: “trata-se de omissão dolosa de assistência ou de pedido de socorro, e, conseqüentemente, consciência e vontade de se subtrair à obrigação legal. **Tal implica no conhecimento por parte do agente da situação do sujeito passivo.**”¹⁵ (negrito por mim)

Cláudio Heleno Fragoso, ao definir o tipo subjetivo do crime aqui analisado, ressalta que deve “o agente ter consciência de que a vítima se encontra numa das hipóteses previstas pela lei. O erro quanto à situação ou condição perigosa da vítima, exclui o dolo”¹⁶; por sua vez, Vincenzo Manzini, ao debater a conduta descrita no artigo 593, do Código Penal Italiano, destaca que o “*elemento psíquico* do crime é constituído pelo dolo, isto é, da voluntariedade da omissão acompanhada da consciência das situações e condições indicadas no art. 593”.¹⁷

Corroborando tal afirmação, cumpre aqui destacar as contemporâneas lições de Pierpaolo Cruz Bottini, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que, ao tratar dos delitos de omissão em geral, consigna que “a ausência de *cognoscibilidade* do contexto fático do qual deriva o *dever de atuar* exclui a *tipicidade* da omissão”, de modo que “a ausência de *capacidade física* ou da *cognoscibilidade* do contexto fático diante do qual se exige a atuação afasta a incidência da *norma*, que,

¹⁵ Grifos meus. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 4 ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 116.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 169.

¹⁷ MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*. 3. ed. vol. 2. CEDAM: Padova, 1955. p. 322.

apesar de vigente, deixa de ser *aplicável* ao agente concreto”.¹⁸ Portanto, é de extrema necessidade o conhecimento sobre o contexto fático que teoricamente exigiria uma ação em obediência a um mandamento jurídico, para que, desta forma, fosse controlado o perigo ou empreendido o devido salvamento.

Para a análise do contexto fático, deve aquele que quer apurar o suposto fato típico efetuar uma *prognose objetiva posterior*; ou seja, colocando-se em local do omitente, verificará se, naquele contexto, seria possível conhecer ou ao menos suspeitar do contexto fático, dando-se, assim, a cognoscibilidade. **Do contrário, será atípica a conduta do omitente.** O que se busca, ao final, é verificar se aquele “contexto típico seria percebido por alguém na mesma situação do omitente, com seus conhecimentos especiais – é suficiente para que se *espere* o comportamento previsto, ou seja, basta para a *frustração da expectativa* e para a caracterização da *omissão relevante*, ainda que apenas a título de culpa”.¹⁹

Logo, inexistindo consciência sobre as circunstâncias fáticas, não há que se falar em delito; e, como afirmado por René Ariel Dotti, o mero *dever de conhecer* a situação típica não é suficiente para que se queira responsabilizar o omitente.²⁰ Em outros termos, retornando às lições de Juarez Tavares, para além da situação típica omissiva só haverá dolo se o indivíduo possuir “consciência quanto à possibilidade do agir, à necessidade da ação e à projeção de que, caso não atue, o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza.”²¹

¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 31.

¹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 27-28.

²⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 450.

²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 393-394. Hungria igualmente traz-nos tal ensinamento: o “erro exclui o dolo: se as circunstâncias são de molde a impedir o conhecimento da situação do periclitante (fazendo o agente supor, v. g., que se trata, não de uma pessoa inanimada ou abatida por ferimento, mas a repousar ou a dormir tranquilamente), nenhuma é a responsabilidade de quem passa sem acudi-la.” HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. vol. V. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955. p. 433.

Portanto, apesar de prescindirem de resultado, os delitos omissivos próprios não prescindem de resultado de perigo ao bem jurídico. Todas as teorias normativas, como a adotada no CP de 1984, autorizam dizer que todo crime tem um resultado, senão naturalístico, ao menos um resultado jurídico que é o de pôr em risco um bem jurídico tutelado pelo Estado.

O dolo deve estar vinculado ao resultado de perigo ou de dano ao bem jurídico e não, simplesmente, a circunstâncias de perigo que fundamentam a situação típica. Essa consideração é importante para poder caracterizar a imputação subjetiva nos delitos omissivos próprios, que aparentemente prescindem de um resultado de dano, mas não de um resultado de perigo ao bem jurídico. Em se tratando de omissão, em que o processo causal não se desenvolve mecanicamente, toda a argumentação em torno do dolo e de seus elementos deve ter por base o juízo normativo incidente sobre a ação devida e seus elementos típicos. Por outra parte, como o dolo deve ter por objeto a relação entre a ação devida necessária e o resultado provável nos limites da certeza, torna-se inviável admitir-se, aqui, um dolo eventual.²²

A título de conclusão provisória, sem prejuízo dos argumentos expendidos no próximo tópico, mais do que a iminente e candente necessidade de uma intervenção médica, ela só será exigível se compreendida como pelo facultativo como precisa, quando vivenciando ou sendo comunicado do fato. C. M. monitorava o desenrolar de um atendimento feito em consulta 29 dias antes da tragédia. Ele o fazia por diálogos telefônicos e mensagens de *whatsapp*. Não mais esteve com B. e tampouco foi comunicado de fatos posteriores ao seu atendimento. Recomendou uma terapia que não foi feita. Encaminhou B. para especialistas que não foram consultados. Sua medicação indicada foi modificada pelo médico do spa, em conversa verificada entre D. e C. M.. Enfim, não obstante C. M. estar atento — sempre se dispondo a atender B., se necessário fosse — não tinha como imaginar o surto na presença dos pais e a tentativa de suicídio evitada pelo genitor na véspera da tragédia consumada. Sua atuação de-

²² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 394.

pendia de comunicação da paciente ou de seus genitores e mesmo todos tendo falado com C. M. em inúmeras oportunidades, não comunicaram o essencial a ele. **Como dele se exigir algo que desconhecia?**

3.2 DOS PARECERES DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, CREMESP, autarquia federal sem fins lucrativos, fundada em 30 de setembro de 1957, cumpre importante função na supervisão da ética profissional médica por meio de diversas ações, regulamentadoras e fiscalizadoras. No âmbito da fiscalização, exerce relevante trabalho de estabelecimento de regramentos das condições de trabalho médico em instituições de saúde. Naquilo que mais nos interessa ao caso em tela, exerce função regulamentadora, com a formulação de resoluções e pareceres aplicáveis aos casos submetidos ao seu conhecimento administrativo sancionador. Tal atividade permanente busca a defesa e garantia do exercício ético da medicina, permitindo a criação de padrões sobre vários temas concernentes à prática cotidiana da medicina. Este relevante trabalho acaba por estabelecer quais condutas devem ser imperiosamente observadas no exercício da medicina em atenção às situações apresentadas, formando um banco de pareceres hábeis a permitir sua consulta para elucidação de casos como o ora analisado.

Partindo da descrição fática apresentada no tópico *I, b*, deste parecer, entendo que algumas questões merecem especial exame sob a ótica do banco de consultas do CREMESP, assim possibilitando a avaliação das condutas de C. M. na perspectiva da ética médica, sob a quais opinarei mais adiante. Nunca é demais remarcar que a riqueza de tais consultas e opiniões convergem com as opiniões da doutrina penal, constituindo-se em grande repositório prático de situações que são recorrentes no âmbito administrativo, mas que nem sempre vêm a ser observados em comentários doutrinários que são mais teóricos e abstratos.

Considerando que a relação de C. M. com B. originou-se de uma única consulta médica, parece-me acertado atentar à opinião do CREMESP ao definir tal evento:

1. A consulta médica é o ato médico mais importante da Medicina, pois é o marco inicial da relação médico-paciente e dela se originam todos os outros atos médicos.
2. A Consulta Médica compreende a anamnese, o exame físico, formulação de hipóteses diagnósticas, solicitação e/ou avaliação de exames subsidiários quando necessários, estabelecimento de prognóstico e prescrição terapêutica.²³

Daquilo que reverbera dos autos, parece-me, em comparação ao conteúdo encimado, que C. M. cumpriu todas as exigências ético-profissionais na única consulta realizada com B. Como visto, C. M. formulou as devidas hipóteses diagnósticas, prescreveu a redução da medicação anteriormente utilizada por B. e ainda recomendou a realização de tratamento psicoterápico, com indicação de profissional da área.

Ademais, ainda que tenha sido realizada uma única consulta médica, percebe-se que C. M. permaneceu em contato com B. e D. através de ligações telefônicas e *whatsapp*, constantemente relembando-as da necessidade de tratamento psicoterápico e, ao ser atualizado do quadro de B., recomendar à sua mãe que buscasse dois profissionais especializados, com o particular cuidado de permanecer à disposição da paciente para que não se sentisse rejeitada.

Portanto, parece-me que a conduta de C. M. enquanto médico de B. atende plenamente ao comportamento esperado segundo recomendação do CREMESP: realizou-se uma única consulta médica, na qual foram formuladas hipóteses diagnósticas, com a prescrição de um tratamento; houve constante acompanhamento da paciente, seja por meio de contatos diretos através do *whatsapp* e ligações telefônicas, ou por meio de D., sua genitora; quando atualizado da situação de B., C. M., sempre cuidando para que sua paciente não se sentisse rejeitada, por mais de uma vez recomendou o tratamento psicoterápico e com profissionais médicos

²³ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 53136, de 09 de abril de 2007. *Definição entre “consulta” e “consulta ambulatorial”*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=7088&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E%20Paulo&numero=53136&situacao=&data=06-06-2007>. Acesso em: 11 out. 2021.

especializados – o que, diga-se, não foi seguido, inclusive havendo a interferência de outro profissional enquanto B. encontrava-se em um spa, momento no qual a medicação prescrita por C. M. teve sua dose reduzida.

Ademais, tratando-se do principal tema discutido nos autos, acusa-se o investigado C. M. de haver cometido o delito de omissão de socorro por, supostamente, negar atendimento à sua paciente em meio a um surto psicótico; logo, cabe atentar ao entendimento do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo sobre as circunstâncias que, caso presentes, amoldariam a conduta médica a referido crime.

Na consulta de nº 16.211/94, solicita-se ao CREMESP que conceitue e defina a abrangência da omissão de socorro, ao que se inicia seu parecer pelo destaque da íntima relação que tal conduta mantém com os conceitos de *urgência* e *emergência médica*. Seguindo o Manual de Urgências Médicas do CREMESP, editado em 1991, consigna-se que:

Genericamente, emergência é toda situação crítica, incidente, acontecimento perigoso ou fortuito; por sua vez, a urgência é a qualidade de tudo que exige uma ação imediata ou indispensável.

Sempre que o médico constatar a possibilidade de risco à saúde ou à vida do paciente, e que suas ações e especialmente suas omissões poderão ocasionar sequelas irreversíveis, saberá estar diante de uma urgência médica.

(Manual de Urgências Médicas – Aspectos Éticos e Legais – CREMESP 1991)

À vista disso, assinala-se que caberá ao médico avaliar o paciente e considerar as consequências que podem resultar de suas ações ou omissões, não podendo recusar atendimento para aquele que buscar seus serviços quando estiver em horário de plantão ou seja o único profissional disponível no local. Logo, haverá omissão de socorro quando existir *urgência/emergência* médica sem a devida assistência, deixando o médico de realizar uma ação imediata e indispensável à preservação da saúde e da vida do paciente.²⁴ Mas para além disso, para que se fale em omissão de

²⁴ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 16.211, de 30 de julho de 1994. *Esclarecimento sobre o conceito e a abrangência da omissão de socorro*. Disponível

socorro, é firme o entendimento de que, diante de uma situação de urgência ou emergência, o médico, em sua vontade livre e consciente, **deve decidir por não efetuar o atendimento dele exigido.**

Como destacado na consulta de nº 9.685/99, “o delito de omissão de socorro exige para sua configuração a vontade livre e consciente do agente de não prestar assistência a quem sabe estar necessitando. Pressupõe, portanto, a vontade de que a pessoa em perigo não seja salva”²⁵. O parecer em tela também indica que referido delito encontra correspondência no antigo artigo 58 do Código de Ética Médica — atualmente, artigo 33 —, em que, especificamente no capítulo que trata sobre a relação com pacientes e familiares, dá-se a proibição de “deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”. Portanto, dá-se a omissão de socorro somente quando se mostrar como um ato de vontade do médico, que escolhe não obedecer ao mandamento legal de auxílio àquele que esteja em situação de urgência ou emergência; como indicado na consulta nº 106.056/03, **a omissão de socorro pressupõe a recusa de atendimento médico.**²⁶

Diante de tais esclarecimentos sob o ponto de vista da ética médica, retorno ao conteúdo dos autos para análise de eventual conduta de omissão de socorro perpetrada por C. M.. Em idêntico sentido àquele apontado pelas lições doutrinárias trazidas à baila no tópico anterior deste parecer, para configuração da omissão de socorro, segundo o CREMESP, deve haver uma situação de **urgência/emergência**, ou seja, de *perigo iminente*;

em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=4505&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=16211&situacao=&data=00-00-1994>. Acesso em: 11 out. 2021.

²⁵ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 9.685, de 09 de abril de 1999. *Omissão de socorro*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=4805&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=9685&situacao=&data=00-00-1999>. Acesso em: 11 out. 2021.

²⁶ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 106.056, de 03 de fevereiro de 2004. *Obrigatoriedade de atender paciente em situação de emergência, fora das instalações do PS*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5943&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=106056&situacao=&data=00-00-2003>. Acesso em: 11 out. 2021.

e, utilizando-me da linguagem jurídica, também segundo o entendimento de referido Conselho, verifico que deve haver *dolo* na conduta do médico ao optar por omitir-se diante de uma situação que represente risco à saúde ou à vida do paciente. No caso em tela, daquilo que se extrai dos autos de investigação, constato inexistir qualquer momento de recusa de atendimento emergencial por parte do médico C. M., até mesmo porque este **nunca foi informado das circunstâncias que poderiam permitir a constatação de uma eventual urgência**, tal como o suicídio tentado por B. dois dias antes de seu trágico falecimento.

Relembre-se: é inconteste que B., em meio a uma discussão com seus pais no dia 18 de outubro, entrou em contato com seu médico por meio de uma ligação telefônica. Nesta, segundo o acusado, B. o informou que desejava retornar imediatamente ao spa no qual havia passado alguns dias, mas seus pais discordavam dessa decisão. Como resposta, C. M. afirmou que aquela seria uma escolha familiar, mas ressaltou que havia indicado à sua genitora dois profissionais especializados em casos como o dela, ainda tomando o cuidado de dizer a B. que a relação médico-paciente permanecia, com o fim de que não se sentisse rejeitada. Em seguida, permanecendo B. violenta com seus pais, decidiram estes por chamar policiais militares que, diante da situação, aconselharam B. a se dirigir para a residência de algum parente. Então, tomando um táxi, B. foi para a casa de sua avó, onde manteve conversas com esta até acalmar-se e, em seguida, dormir, dando-se a fatalidade somente no dia posterior.

Diante de mensagens enviadas no período da noite por R., no mesmo dia em que B. conversou com seu médico — nas quais limitou-se o genitor a acusa-lo de haver abandonado sua paciente, requerendo a devolução dos valores pagos na única consulta efetuada —, C. M., na manhã seguinte, entrou em contato com D. por mensagem de *whatsapp*, informando-a do teor das conversas com seu marido e novamente questionando se haviam entrado em contato com os profissionais especializados por ele indicados. Como resposta, também por mensagem de *whatsapp*, D. efetuou um pedido de desculpas pelas atitudes de R., ainda agradecendo o médico por sua conduta, afirmando ter certeza que o comportamento de B. após a ligação telefônica certamente não seria sua culpa. Neste passo, faço questão de transcrever o diálogo entre psiquiatra e a genitora de B., travado duas horas e treze minutos antes do fatídico suicídio:

C. M. (06:09 h): *Bom dia D.. Recebi aqui duas mensagens de cunho bastante agressivo de seu marido, de seu celular e do dele. Imagino que as coisas não devem estar muito fáceis por aí. Gostaria de saber se vc procurou algum dos profissionais que indiquei para manejar a situação.*

D.: (06:36 h.) *Antes de mais nada, peço desculpas pelas atitudes impensadas alheias. De fato ontem foi muito difícil por aqui, após ela ter falado com você, passou a me culpar, dizendo que eu “estraguei e invadi” a relação com você. Foi gasolina no fogo.*

Mas tenho certeza que não foi sua intenção. Obrigada por tudo, mas naquela primeira consulta, tentei te falar como ela me agride fisicamente. Nem tudo é decorrente da dinâmica nas relações, não sei o que é, mas vamos procura ajuda.

Portanto, em momento algum foi solicitado a C. M. que prestasse assistência emergencial; tampouco foi-lhe informado sobre a tentativa de suicídio ocorrida no dia anterior; ou mesmo que B., após a ligação telefônica, comportou-se de forma violenta, por quê decidiu-se por chamar a polícia militar e, em seguida, permitiu-se que fosse para a casa de sua avó, com a qual não mantinha bom relacionamento. Certamente, caso todas essas circunstâncias fossem informadas a C. M., nele despertariam a indicação de outras atitudes a serem seguidas, seja por B., seja por seus genitores.

Houve, sim, uma conversa entre B. e C. M., mas nunca um pedido de atendimento de urgência; houve, sim, o envio de mensagens de R. para o médico, mas que limitaram-se à acusação de uma suposta negativa de atendimento em meio àquilo que descreveu como um “surto psicótico”, com o pedido de devolução de valores pagos, mas inexistindo uma requisição de socorro; houve, também, contato que partiu de C. M. com D., no dia seguinte à ligação telefônica de B., no qual, por mais uma vez, não ocorreu qualquer solicitação de socorro diante de eventual circunstância de perigo, tampouco informou-se sobre a recente tentativa de suicídio. Destarte, em tal quadro seria ultrapassar qualquer limite de razoabilidade exigir que C. M. prestasse atendimento médico emergencial a B. Não havia conhecimento da situação típica sob a qual ela se encontrava; não havia como efetuar — valendo-me novamente das palavras de Pierpaolo

Cruz Bottini — uma *prognose objetiva posterior*, pois a situação emergencial não foi, em qualquer momento, noticiada.

Inclusive, neste ponto cumpre notar que o patrono dos genitores de B. utiliza-se da consulta do CREMESP de nº 62.212/10 para sustentar que a conduta de C. M. se amoldaria ao tipo descrito no artigo 135 do Código Penal, já que, segundo a ementa deste parecer, “a recusa de atendimento psiquiátrico de urgência no domicílio poderia caracterizar a omissão de socorro”.

Todavia, o nobre causídico não se atenta a alguns pressupostos básicos expostos em referida consulta: trata-se de situação na qual a coordenadora de atendimentos de urgências psiquiátricas de um plano de saúde questiona se haveria omissão de socorro ao deixar de prestar o atendimento psiquiátrico de urgência à domicílio, *quando solicitado por um familiar do paciente*. Assim, segundo o parecer, é premissa para caracterização da omissão de socorro que tenha havido um *pedido de atendimento emergencial*, que deverá ser *recusado* pelo médico.²⁷ No caso dos presentes autos, sequer houve pedido de ajuda ao médico C. M., de modo que, logicamente, não ocorreu qualquer recusa de sua parte. Observe-se que pouco mais de duas horas antes do falecimento, fez-se um contato com a genitora que não só não comunicou o ocorrido na véspera, como ainda agradecia a prontidão com que o médico a atendera, ressaltando não ter sido intenção de C. M. qualquer atitude errônea.

Por fim, tomando como certo, segundo os pareceres do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, que a omissão de socorro somente se caracteriza em contextos de **urgência/emergência** – o que pode ser aqui compreendido como a *situação típica omissiva*, nos termos acima expostos de Juarez Tavares –, no caso em tela, faz-se imperativo questionar a própria existência de quadro emergencial a ser supostamente assistida por C. M., de modo que, se ausente, torna-se impossível falar na figura típica descrita no artigo 135, do Código Penal.

²⁷ Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 62.212, de 01 de fevereiro de 2011. *Atendimento psiquiátrico de urgência e internação involuntária*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=9863&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=62212&situacao=&data=01-02-2011>. Acesso em: 11 out. 2021.

Por mais uma vez, retomo aqui alguns fatos já destacados em diversos momentos ao longo desse parecer, mas que merecem ser repisados para que se alcance sua exaustiva compreensão: no dia em que B. e C. M. conversaram por telefone — 18 de outubro —, segundo o acusado, foi-lhe externado somente um cenário de conflitos familiares ante o desejo de retorno ao spa; após a ligação, conforme descrito por D. nas mensagens enviadas pelo *whatsapp* a C. M., B. passou a culpá-la por interferir na relação que tinha com seu médico; diante de tal quadro, os genitores de B. ligaram para a polícia militar que recomendou que B. se dirigisse à casa de algum parente, razão pela qual foi para a casa da avó, onde dormiu; R., durante a noite do dia 18 de outubro, mandou mensagens de áudio que acusavam C. M. e solicitavam a devolução de valores pagos pela única consulta realizada; no dia seguinte, pela manhã, C. M. contatou D., informando-a do contato de R. e novamente questionando se houve a procura dos profissionais indicados, obtendo como resposta um pedido de desculpas e agradecimento “por tudo”, mas sem qualquer solicitação de atendimento emergencial.

Portanto, **nota-se que as próprias condutas adotadas pelos genitores de B. não indicam que esta encontrava-se, efetivamente, em estado de perigo**: caso estivesse em meio a um episódio psicótico *naquele momento*, ou mantivesse qualquer atitude que pudesse representar dano à sua vida, a atitude de maior razoabilidade esperada seria a de que **os genitores** contatassem o médico solicitando ajuda e, diante da eventual recusa de C. M. — inexistente, como visto acima —, buscassem outro serviço emergencial, caso se apresentasse B. em iminência de perigo. Ao contrário, optou-se por chamar a polícia militar e permitir que B. fosse para a casa de sua avó, com a qual não matinha boa relação, de acordo com o teor das mensagens trocadas entre a paciente e seu médico – fatos todos que, repare-se, sequer foram comunicados a C. M..

Por oportuno, note-se que, apesar de R. afirmar que sua filha estava em meio a um “surto psicótico”, o parecer da médica psiquiatra e clínica forense carreado aos autos é firme ao concluir que

Desta forma, nada indica que B. se encontrava em meio a um “surto” psicótico — podendo estar agressiva com os pais, é verdade — tanto que conversou normalmente com seu médico por meio de

ligação telefônica, informando-o somente sobre o conflito familiar que circundava seu retorno ao spa.

Sendo um episódio psicótico caracterizado por delírios, alucinações e perda de contato com a realidade, C. M., com sua experiência e qualificação médica, certamente haveria percebido que B. se encontrava em tal estado; B. não teria travado diálogo com os policiais militares, informando-os do conflito familiar que se passava, tampouco teria seguido o conselho dos milicianos ao ir para a residência de algum parente; e, seguramente, não teria conversado normalmente com sua avó, acalmando-se, conforme depoimento. Neste contexto, resta-me somente encampar o Parecer Médico colacionado: **o suicídio de B. não mantém qualquer nexos causal com as condutas de C. M.**, sendo possível até mesmo questionar a ocorrência de emergência a ser atendida. Caso houvesse um surto psicótico, o indivíduo com maior aptidão a avaliá-lo seria C. M., que, além de não verificar qualquer indicativo de tal quadro na ligação telefônica que recebeu, também não foi em momento algum comunicado da tentativa de suicídio ocorrida no dia 17 de outubro.

4 NOTAS CONCLUSIVAS

De tudo o quanto se disse e sendo os fatos incontrovertidos, o que permite fazer uma apreciação da prova com absoluta certeza, pode-se concluir que o psiquiatra **C. M. não praticou o delito de omissão de socorro previsto no artigo 135 do Código Penal, tampouco cometeu qualquer tipo de ilícito administrativo que justifique a abertura de processo administrativo no âmbito do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.**

C. M. não foi comunicado de qualquer emergência médica que justificasse, por exemplo, uma internação involuntária.

Ausente a cognoscibilidade do contexto fático do qual derivaria o dever de atuar do médico, à evidência está excluída a tipicidade da omissão de socorro, não incorrendo o facultativo, tampouco, em qualquer outra figura típica prevista em nosso ordenamento pátrio.

O dolo, em crimes de perigo, deve estar vinculado ao possível resultado de perigo ou de dano ao bem jurídico tutelado pelo Estado e não simplesmente a circunstâncias de perigo que fundamentam a situação típica, sem a concorrência de qualquer situação fática a justificá-la. Nada mais evidente do que a inexistência de dolo, declarada pela mãe da vítima, ao asseverar, depois de desculpar-se pelas atitudes impensadas alheias e agradecer o empenho do médico, que tinha certeza não ter tido C. M. a intenção de causar qualquer mal a sua filha.

Não havendo dolo, não há que se falar em crime, sendo, pois, o fato atípico nos presentes autos, estando a merecer o provimento jurisdicional compatível com o reconhecimento de inexistência de crime, o que se constata *primo ictu oculi*.

É o meu parecer.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 16.211, de 30 de julho de 1994. *Esclarecimento sobre o conceito e a abrangência da omissão de socorro*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=4505&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=-16211&situacao=&data=00-00-1994>. Acesso em: 11 out. 2021.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 9.685, de 09 de abril de 1999. *Omissão de socorro*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=4805&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=9685&situacao=&data=00-00-1999>. Acesso em: 11 out. 2021.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 106.056, de 03 de fevereiro de 2004. *Obrigatoriedade de atender paciente em situação de emergência*,

fora das instalações do PS. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5943&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=106056&situacao=&data=00-00-2003>. Acesso em: 11 out. 2021.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 5316, de 09 de abril de 2007. *Definição entre “consulta” e “consulta ambulatorial”.* Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=7088&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=53136&situacao=&data=06-06-2007>. Acesso em: 11 out. 2021.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 62.212, de 01 de fevereiro de 2011. *Atendimento psiquiátrico de urgência e internação involuntária.* Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=9863&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=62212&situacao=&data=01-02-2011>. Acesso em: 11 out. 2021.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral.* 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado.* 2. ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal.* Parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial.* 7. Ed. vol. 2. Niterói: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. vol. V. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1955.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Penale Italino.* 3. ed. vol. 2. CEDAM: Padova, 1955.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal.* 4. ed. vol. 2. Saraiva: São Paulo, 1967.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos.* São Paulo: Marcial Pons, 2012.

A portrait of an elderly man with white hair, wearing a dark suit jacket, a light-colored shirt, and a dark tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is slightly blurred, showing what appears to be an office or library setting with bookshelves.

3

DIREITO
PROCESSUAL PENAL



CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO ESTADO DE SÃO PAULO: O ITINERÁRIO DA PERSISTÊNCIA

FAUZI HASSAN CHOUKR¹



RESUMO

O presente texto busca resgatar as tentativas de federalização dos códigos de processo penal dentro do marco constitucional de 1891 focando, em particular, a experiência de São Paulo. Com esse recorte histórico são buscadas pontes para compreender o processo político de formação da codificação da legislação processual penal unificada e sugerir aspectos de reflexão para a expansão de mecanismos reguladores desse campo legislativo fora do marco do processo legislativo ordinário.

Palavras chave: codificação – estado federado – processo penal

SUMÁRIO

1. De volta ao começo: O PLC 87 /2007;
2. Sombras de um passado: o caminho das Codificações Estaduais na Constituição da República de 1891;
3. O Código de Processo Penal de São Paulo: a locomotiva estacionada;
4. A persistência da vocação unitarista; Referências.

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (2013). Doutor (1999) e Mestre (1994) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College, 1996) e em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla la Mancha (2007). Coordenador da APCN do PPGD da Facamp – Faculdades de Campinas. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (1989). E-mail: fhchoukr@gmail.com.

1 DE VOLTA AO COMEÇO: O PLC 87 /2007

Animado pela recorrente afirmação da necessidade de uma reforma global do Código de Processo Penal e a reconhecida dificuldade histórica de construir-se, via Parlamento, uma legislação nacional adequada aos fundamentos jurídicos e culturais da Constituição, o Brasil re-constitucionalizado em 1988 abriu as portas por via de lei complementar – que viria a fazer o papel da delegação aos estados-membros – da competência exclusiva da União em matéria processual, implicando na estadualização do modelo processual penal ou, ao menos de parte dela, a partir de seus “pontos específicos”.

Essa possível estadualização não haveria de se tratar da construção de um “relativismo sábio”, a dizer, o fácil discurso das diferenças regionais, das especificações locais como arrimo para a construção de uma realidade estadualizada da legislação processual penal. Daí o papel da lei complementar como uma verdadeira delegação não apenas da competência para legislar, mas dos patamares mínimos a serem contidos nas legislações estaduais.²

Vencia-se assim, ao menos no texto constitucional, a resistência à ideia pela fracassada experiência ocorrida entre a Constituição de 1891 e a unificação legislativa em 1941, fragmentação estadual dos Códigos que teve terreno árido para sobreviver e não conseguiu fazê-lo.

E essa possibilidade legislativa introduzida pela CR de 1988 teve eco na iniciativa política. Com efeito, o Projeto de Lei Complementar n. 87/07, da autoria do Deputado Federal Leonardo Picciani (PMDB-RJ) enfrentou a questão, dispondo que

Art. 2º - Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a legislar sobre questões processuais penais relativas aos delitos enumerados no art. 1º.

Este, por sua vez, dispõe que

Art. 1º. Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a tipificar condutas como crime ou contravenção, cominando as respectivas pe-

² Art. 22 e art. 24, §1º da CR.

nas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, nos casos de: I - crimes contra a vida; II - crimes contra a pessoa; III - crimes contra o patrimônio; IV - crimes contra a liberdade sexual; V - crimes contra a incolumidade pública; VI - crimes contra a Administração Pública estadual; VII - crimes contra a Administração Pública Municipal; IX - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; X - comércio, posse, transporte e utilização de arma de fogo e respectiva munição.

Essa verdadeira aventura legislativa – a de possibilitar a codificação processual para partes das condutas típicas, apenas – teve, na Comissão de Constituição e Justiça, parecer favorável emitido, sendo de particular destaque um dos fundamentos empregados quando se afirma que

“Tendo isso em vista, creio que somente com a descentralização será possível a Estados como Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo e etc. oferecer respostas adequadas a verdadeira crise de segurança pública que se instalou em seus principais centros urbanos. Não tem mais cabimento que a legislação penal do Rio de Janeiro, por exemplo, seja idêntica a de Estados que possuem baixas taxas de violência”³

Arquivado em 31/01/2011, passou por sucessivos desarquivamentos e arquivamentos⁴ até que, no momento em que o presente texto foi concluído, encontrar-se uma vez mais arquivado.

Nunca houve uma discussão aprofundada do tema que, pela sua dimensão, parece ter realmente desejado se reaproximar de um momento histórico no qual a codificação estadual foi, em si, uma aberta e desejada possibilidade, na esteira de um país que, então, buscava uma caminho para um conceito concreto de “Estado Federado”.

³ Relator Deputado Carlos William (PTC-MG). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=509121&filename=PRL+1+CCJ-C+%3D%3E+PLP+87/2007. Acesso em: 11 out. 2021. Com voto contrário da então Deputada SANDRA ROSADO (PSB/RN), disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=553589&filename=VTS+1+CCJ-C+%3D%3E+PLP+87/2007. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358999>. Acesso em: 11 out. 2021.

Oportunidade que, como se verá, poucos Estados realmente usaram e, dentre eles, não figurou o Estado de São Paulo.

2 SOMBRAS DE UM PASSADO: O CAMINHO DAS CODIFICAÇÕES ESTADUAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1891

A possibilidade de os Estados construírem sua própria legislação processual teve seu nascedouro com a Constituição de 1891, a qual facultou àqueles a competência legislativa ao dispor, em seu artigo 34, § 23 entre as atribuições do Congresso, a de “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”, abrindo-se, assim, por exclusão, a legislação estadual.

Ferraz Jr. destaca que o texto constitucional foi debatido em apenas três meses e nove dias⁵, com baixíssimo grau de discussão sobre seus temas dado o desejo de ingressar-se rapidamente em uma nova ordem. Nesse precário contexto foi que

Campos Sales propôs, na constituinte de 1891, que os Estados e a União tivessem justiças e leis processuais próprias. Sua proposta acabaria sendo adotada no texto da nova Constituição, que, assim, se alinhava com o modelo então implantado nos Estados Unidos, onde o direito processual não era unificado, dispondo cada ente federado de sua própria legislação.⁶

Nada obstante, o cenário não era plenamente claro a respeito das codificações estaduais e sua relação com as normas gerais. Nomes de peso na política e cultura jurídica da época destacavam essa dificuldade de harmonização como, por exemplo, Candido de Oliveira, rebatido por João Mendes que via com clareza a atividade supletiva do Estado membro para legislar em termos processuais⁷.

⁵ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. A constituição republicana de 1891. *Revista Usp*, n. 3, p. 19-24, 1989.

⁶ LEITE, Antonio Teixeira. A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 35-50, jul./dez. 2016

⁷ In SCHNEIDER, Marília. “a consagração do ordenamento jurídico do Império na construção da República”. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16754475.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

Talvez por essa razão forma, verdadeiramente foram poucos os Estados que criaram suas próprias legislações, como o pioneiro Rio Grande do Sul, pela Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898, e, depois (por ordem alfabética), Amazonas (Lei nº 920, de 1º de outubro de 1917), Bahia (Lei nº 1.119, de 21 de agosto de 1915), Maranhão (Lei nº 507, de 22 de março de 1908), Minas Gerais (Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926, *ad referendum* da Assembléia), Paraná (Lei nº 1.916, de 23 de fevereiro de 1920), Pernambuco (Lei nº 1.750, de 04 de junho de 1925), Rio de Janeiro (Lei nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912) e Santa Catarina (Lei nº 1.526, de 14 de novembro de 1925).

As críticas à estadualização foram sentidas ao longo dos anos, e acentuadas após a reunificação de 1941⁸ como se vê, por exemplo, na afirmação que “essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal” (FREDERICO MARQUES: 1949, p. 119).

Desde já é forçoso destacar que, observadas a partir de um ponto de vista retrospectivo, tais leis não foram suficientes para consolidar uma cultura Republicana, cabendo compreender que “Cultura compõe-se de um conjunto de arquétipos de conduta explícitos e implícitos, adquiridos e transmitidos mediante símbolos que representam os logros típicos de cada um de seus grupos humanos, inclusive suas técnicas materiais.”⁹

A pulverização cultural num momento de reestruturação dos valores fundantes do Estado brasileiro claramente demonstrava que os ideais republicanos apenas estiveram presentes formalmente naquela quadra de nossa História, e não foram suficientes para evitar os reflexos autoritários já existentes e os que ainda estavam por vir.

Ademais, deve ser destacado, no que toca ao processo penal em particular, que largos segmentos da comunidade acadêmica e política se

⁸ É fato que não foi pacífica a trajetória da reunificação processual como demonstra Stricker, Gabrielle (do Valle) *Uma história da cultura jurídica processual penal brasileira (1930-1945)* / Gabrielle Stricker do Valle; orientadora: Clara Maria Roman Borges; coorientador: Luís Fernando Lopes Pereira. – Curitiba, 2018. 215 p. Especialmente pgs. 109 e seguintes

⁹ CAUBET, Yannick. *Constituição como produto de um sistema cultural e o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida na UFSC –Florianópolis. 2003. Informações em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/85969>. Acesso em 11 out. 2021.

davam por satisfeitos com o Código Criminal do Império, de 1832, mesmo após suas radicais transformações pelas reformas de 1841 e 1871 que desnaturaram aspectos fundamentais.¹⁰

Por isso, pode-se afirmar que o processo penal não foi um instrumento legal que tenha causado preocupação quando das violências do Estado Novo (assim como não o seria ao longo do século que se seguiria) e a unificação promovida tornou apenas mais dócil a administração desse aparato legal.¹¹

Ainda, essa fragmentação na verdade demonstrava muito mais a ausência de uma harmonia cultural, pois Estados como São Paulo, Mato Grosso, Pará, Alagoas e Goiás jamais abandonaram o Código Imperial.

E, rigorosamente falando, nenhum deles se afastou do pensamento dominante daquilo que se poderia chamar, na letra de hoje, de um “sistema penal”, projetando para o processo penal os valores políticos de uma forma de ser do Direito Penal e da funcionalidade que lhe era tida como própria.

Neste sentido, as codificações estaduais, com pontuais exceções, materializaram o que se pode denominar de “a consagração do ordenamento jurídico do império na construção da república”¹², mantendo as bases processuais anteriores ao passo que, em algumas matérias, o Direito material era republicano (v.g., Código Penal de 1890).

3 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE SÃO PAULO: A LOCOMOTIVA ESTACIONADA

Na Primeira República, a forma com que a imagem paulista foi construída pode ser identificada em vários chavões e um deles, talvez o

¹⁰ SCHNEIDER, op. cit.

¹¹ Para uma discussão sobre a fragilidade da construção republicana das bases do Poder Judiciário atuante mesmo perante os poucos Estados que criaram seus códigos de processo penal ver COLUSSI, E. L. . Justiça criminal no contexto da república e das autonomias regionais. In: XXV Simpósio Nacional de História, 2009, Fortaleza - Ceará. *XXV Simpósio Nacional de História - História e Ética: simpósios temáticos e resumos*. Fortaleza - Ceará: Fortaleza: Editora, 2009. v. 1. p. 331-331.

¹² SCHNEIDER, Marília. “*a consagração do ordenamento jurídico do Império na construção da República*” Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16754475.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

mais pejorativo para o resto do país, era que “São Paulo era uma locomotiva que puxava vinte e um vagões vazios”. Esta, inclusive, impulsionou a denominada “revolução constitucionalista”, em 1932¹³, e é alegadamente atribuída a Artur Neiva¹⁴.

Para o que importa ao presente texto deve-se destacar que a locomotiva paulista ensaiou um movimento rápido e promissor e, sob o ímpeto republicano, deu os passos iniciais para implementar seu código processual penal.

Para tanto, já em 1892, sob a égide da igualmente recém proclamada Constituição Estadual¹⁵, o Senado paulista editou a Lei 55, de 13 de agosto de 1892¹⁶ autorizando “o Presidente do Estado a contratar com algum ou alguns juriconsultos do Estado ou da União a elaboração das leis do processo, determinada pela constituição estadual”.¹⁷

Seu texto, curto e direto, dispunha:

O dr. José Alves de Cerqueira Cesar, Vice-presidente do Estado de São Paulo :

Faço saber que o Congresso Legislativo do Estado decretou e eu promulgo a lei seguinte:

Artigo 1.º - E' auctorizado o Presidente do Estado a contractar com algum ou alguns juriconsultos do Estado ou da União a elaboração das leis do processo, determinada pela Constituição estadual.

Artigo 2.º - Poderá, em remuneração do serviço de codificação, despende até a quantia de setenta contos de réis (70:000\$000), que serão pagos no acto da entrega dos projectos por parte do seu auctor.

¹³ Por todos, DE OLIVEIRA ANDRADE, Manuel Correia. *As raízes do separatismo no Brasil*. Unesp, 1998, p. 112.

¹⁴ ARRUDA, Silvio Ferraz de. (1947). *Frases Célebres notáveis*. 2 ed. Nobel: São Paulo, 1998, p. 151.

¹⁵ Passada em 14 de Julho de 1891.

¹⁶ SÃO PAULO. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. *Diário Oficial*, 18/08/1892, p.3859. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1892/lei-55-13.08.1892.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹⁷ Atendendo ao disposto no art. 20 da CE: Art. 20.º Compete ao congresso, alem da atribuição geral de fazer leis, suspendê-las, interpretá-las e revogá-las: 8.º) decretar: b) a organização judiciária e leis do processo;

Artigo 3.º - No contracto, que para esse fim fôr celebrado, será estipulado o prazo para a entrega dos projectos de codigos, não podendo esse prazo exceder a dous annos, contados da data desta lei.

§ unico. - O codigo do processo criminal deverá ser apresentado a este Congresso na sua sessão legislativa de 1893.

Artigo 4.º - Revogam-se as disposições em contrario.

O Secretario de Estado dos Negocios da Justiça o faça executar.

Palacio do Governo do Estado de S. Paulo, aos 13 de Agosto de 1892.

J. A. DE CERQUEIRA CEZAR.

M. P. de Siqueira Campos.

Publicada na Secretaria dos Negocios da Justiça do Estado de S. Paulo, em 13 de Agosto de 1892.-O director geral, Joaquim Roberto de Azevedo Marques Filho.

O que essa técnica legislativa revela de plano é o apego a um determinado modelo de produção de leis que abandona(va) o Parlamento em nome de um tecnicismo apregoadamente neutro e, portanto, imune a interferências políticas, movimento que se consolidaria nas primeiras décadas do século XX e seria particularmente usado em regimes autoritários dos quais, pela herança política direta, releva o italiano.¹⁸

Essa aventada neutralidade técnica, no caso do CPP de São Paulo diferenciava-se do modelo comparado mencionado em alguns aspectos, sendo um dos mais significativos a inexistência de uma *delegação legislativa* aqui compreendida como parâmetros mínimos a serem obedecidos pelo técnico (jurista) contratado.

Em sendo assim, essa contratação de um particular para produzir um texto legal destacava uma outra situação: a da vinculação entre a vida profissional jurídica – acadêmicos, práticos – e a vida política. Ou, num

¹⁸ Para uma análise comparada entre esses países, ainda que com foco específico para o Direito Penal no fascismo – mas que aqui se aplica nas suas linhas gerais – ver NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 153-180, 2016.

salto ousado de abordagem, a vinculação entre uma determinada elite intelectual e o poder.

No ano seguinte foi nomeado Dr. João Monteiro¹⁹, lente catedrático na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (atual Faculdade de Direito da USP), onde “Por decreto de 24 de janeiro de 1893, foi nomeado vice-diretor [...], tomando posse em 7 de março do mesmo ano. Pelo decreto de 7 de fevereiro de 1896, foi nomeado catedrático de Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal e Prática do Processo.”²⁰

Merece um destaque específico seu comportamento acadêmico assim reportado:

Ao entrar no atrio da Academia, João Monteiro era outro homem; respondia com seccura a qualquer pergunta, mal olhava, ao entrar, para os estudantes, limitando-se a corresponder-lhes friamente ás saudações. Fácil era, por cousa minima, passar-lhes uma reprehensão severa. O estudante perdoava-lhe de boa mente estas mutações e esperava ancioso ser discípulo de João Monteiro, de cujas aulas os seus alumnos contavam tanta cousa interessante. (RFD, 1904, VOL 12, p.4)

21

O anteprojeto foi concebido e encaminhado para o conhecimento da Câmara dos Deputados paulista. Dos documentos mantidos oficialmente pelo governo estadual persiste uma emenda redigida por Alfredo Pujol sobre as custas processuais e seu destino que entendia ser o correto, a dizer, para os cofres da municipalidade onde efetivamente ocorrera o crime e não a sede da comarca, compreensão dominante pela legislação então vigente.²²

¹⁹ Vide anexo I.

²⁰ Informações disponíveis em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67192/69802/88604>. Acesso em: 22 nov. 2021.

²¹ DINIZ, Mariana Ferreira et al. “*O poder mental das sociedades*”. Uma análise da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo entre os anos de 1893 e 1913. 2019. Tese de doutorado. P. 73.

²² A ver em https://www.al.sp.gov.br/repositorioAH/Acervo/Alesp/Republica/C_014/0076_1894.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

Uma crítica ao anteprojeto foi feita por CASTRO²³, esboço legislativo que não vingaria perante o Congresso Paulista que passou as décadas seguintes até que, em 1931, redigiu-se outro sob a lavra de Almeida Pires²⁴ nos mesmos moldes do esboço legislativo anterior, a dizer, pela delegação.

Assim, o governo paulista confiou aos catedrático da Faculdade de Direito da USP²⁵ e magistrado criminal, José Soares de Mello²⁶ e Abeilard de Almieda Pires da comarca da capital e ao advogado Alvaro de Couto Brito construindo um anteprojeto de 433 artigos que, “devido à conturbada situação política da época, não chegou a converter-se em lei.”²⁷

4 A PERSISTÊNCIA DA VOCAÇÃO UNITARISTA

A ilusão de um regime democrático com a “revolução de 1930” desfez-se rapidamente com o desvelamento do Estado-Novo e o autoritarismo que lhe foi próprio. Cercado das ideias de poder então dominantes, seu reflexo no sistema penal foi imediato e, dentro dele,

o código de processo penal era uma necessidade, haja vista que a constituição de 1891 deixara a lei processual a encargo de cada unidade da federação. Com a mudança de regime, uma nova codificação que desse um sentido único – a “defesa social” – era objetivo do governo²⁸

²³ CASTRO, Clementino de Souza e. *Analyse do projecto do Código do Processo Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo: Typographia Salesiana, 1895.

²⁴ PIRES, Almeida et al. *Projecto do Código do Processo Penal do Estado de São Paulo*. 1931.

²⁵ Sobre sua vida acadêmica ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O centenário do professor Soares de Mello. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 93, p. 525-529, 1998.

²⁶ Nasceu em Monte Alto, São Paulo, em 07.07.1898. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920. Foi Comissário de Delegado de Polícia. Foi Promotor Público Interino da Capital. Exerceu diversas funções no Executivo até ser nomeado, em 1934, Juiz Presidente do Tribunal do Júri. Em 04.08.1951, passou a integrar o Tribunal de Alçada. Em 1955, foi promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça. Aposentou em 18.01.1955. Faleceu em 22.11.1971. informações disponíveis em <https://www.tjsp.jus.br/Download/Biblioteca/Curriculum/Curriculum.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

²⁷ SILVEIRA, op. cit.

²⁸ NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 153-180, 2016, p. 167.

Essa

“visão de mundo” foi capaz de congregiar muitos juristas, simultaneamente críticos ao liberalismo e ao socialismo, pela defesa dos interesses coletivos face aos individuais; pela relativização de direitos antes absolutos; pela crítica do uso de modelos jurídicos estrangeiros e; conseqüentemente, pela necessidade de promover reformas legais que fossem adequadas à “realidade nacional”²⁹

Assim, partiu-se rapidamente rumo à reunificação legislativa que persiste em suas bases essenciais quase oitenta anos após a promulgação do código Varguista, nada obstante as reconstitucionalizações democráticas em 1946 e 1988 e, no marco desta última, a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos e, amplamente falando, do sistema interamericano que deveria se projetar em uma nova ordem normativa.

Desse breve percurso histórico desponta, quando menos, um aspecto evidente: a inexistência de um conceito consolidado de federação com seus impactos políticos, sociais e normativos o que, em sentido complementar, acarreta a vocação centralizadora de poder que caracterizou significativa parte dos discursos que aderiram à reunificação legislativa.

Ao seu lado, um tema que perpassa, desde a fundação da República, as inquietações conceituais e normativas: os limites entre codificação *de processo* e de *organização judiciária*, algo que se sentiu na CR de 1891 e que voltou a ganhar vida com a de 1988, a qual, empregando uma distinção nominal entre ambas, acabou dando margem colateralmente à produção normativa por via de *softlaw*: Resoluções de Cortes e Conselhos Nacionais que, inexistentes no passado, hoje agigantam-se na regulação processual sob o manto, não raras vezes, de disciplinarem aspectos organizacionais.

²⁹ SILVEIRA, M. de M. “Revistas em tempos de reformas: pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito (1936-1943). Data da defesa: 04/12/13. 394 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, dezembro de 2013 (pdf), apud VALLE, Gabrielle Stricker do. Para uma História da Cultura Jurídica Processual Penal Brasileira (1930-1945). In: IX Congresso Brasileiro de História do Direito, 2017, Rio de Janeiro. Caderno de Resumos do IX Congresso Brasileiro de História do Direito, 2017.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Silvio Ferraz de. (1947). *Frases Célebres notáveis*. 2 ed. Nobel: São Paulo, 1998.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 87/2007. Relator Deputado Carlos William (PTC-MG). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/prop_mostrarintegra?codteor=509121&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PLP+87/2007. Acesso em: 11 out. 2021.

CASTRO, Clementino de Souza e. *Analyse do projecto doCodigo do Processo Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo: Typographia Salesiana, 1895.

CAUBET, Yannick. *Constituição como produto de um sistema cultural e o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida na UFSC – Florianópolis. 2003. Informações em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/85969>. Acesso em: 11 out. 2021.

COLUSSI, E. L. . Justiça criminal no contexto da república e das autonomias regionais. In: XXV Simpósio Nacional de História, 2009, Fortaleza - Ceará. XXV *Simpósio Nacional de História - História e Ética: simpósios temáticos e resumos*. Fortaleza - Ceará: Fortaleza: Editora, 2009. v. 1. p. 331-331.

DE OLIVEIRA ANDRADE, Manuel Correia. *As raízes do separatismo no Brasil*. Unesp, 1998

DINIZ, Mariana Ferreira et al. “O poder mental das sociedades” Uma análise da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo entre os anos de 1893 e 1913. 2019. Tese de doutorado. P. 73.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. A constituição republicana de 1891. *Revista USP*, n. 3, p. 19-24, 1989.

LEITE, Antonio Teixeira. A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 35-50, jul./dez. 2016.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 153-180, 2016.

PIRES, Almeida et al. *Projecto doCodigo do Processo Penal do Estado de São Paulo*. 1931.

SÃO PAULO. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. Diário Oficial, 18/08/1892, p.3859. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1892/lei-55-13.08.1892.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

SCHNEIDER, Marília. SCHNEIDER, M. H. P. L. ; A consagração do Ordenamento Jurídico do Império na construção da República. *Justiça e História*, Porto Alegre, v. 2, p. 269-304, 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16754475.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SILVEIRA, M. de M. “Revistas em tempos de reformas: pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito (1936-1943). Data da defesa: 04/12/13. 394 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, dezembro de 2013 (pdf), *apud* STRICKER, G. V. Para uma História da Cultura Jurídica Processual Penal Brasileira (1930-1945). In: IX Congresso Brasileiro de História do Direito, 2017, Rio de Janeiro. *Caderno de Resumos do IX Congresso Brasileiro de História do Direito*, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O centenário do professor Soares de Mello. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 93, p. 525-529, 1998.

VALLE, Gabrielle Stricker do. *Para uma História da Cultura Jurídica Processual Penal Brasileira (1930-1945)*. In: IX Congresso Brasileiro de História do Direito, 2017, Rio de Janeiro. *Caderno de Resumos do IX Congresso Brasileiro de História do Direito*, 2017.

ANEXO I³⁰

N.º L. L. nº 274 do protocolo
 Prolegislatura
 N.º 75
 2-5-93
 Secção

Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça

N.º 513. S. Paulo, 29 de Abril de 1893

Endereço: a C. de Justiça
 2-5-93. Livro 100

Seu Ex.º Sr. Presidente da Câmara dos Deputados.



Para dar cumprimento ao disposto no art. 2.º
 §.º 1.º das disposições transitórias da Constituição Estadual
 e ao que prescreve a Lei n.º 55 de 13 de Agosto do an-
 no passado, o Governo celebrou contrato com o
 Contador Manuel Antonio Duarte de Aguiar e João
 Pereira Monteiro, incumbindo-os da confecção e re-
 daccão dos Códigos de Processos Criminal e Civil,
 devendo elles entregar o projecto do primeiro a tem-
 po de ser submettido a apreciação do Congresso na
 sessão actual.

Satisfacendo-se alevantas, fizeram aquelles ju-
 risconsultos a entrega do Projecto já elaborado, que
 foi sujeito ao exame accurado de uma Commissão
 composta de hos. distinctos juristas, a qual firmou
 o Parecer que acompanha o referido trabalho, cujas
 exemplares impressos tenho a honra de vos trans-
 mittir, para sobe elle pronunciarem-se o Poder Le-
 gislativo do Estado.

Saudes e Fraternidade

Guaranduá
 29 de Abril de 1893

1893
 675 0241
 0101

³⁰ Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorioAH/Acervo/Alesp/Republica/C_041/0015_1893.pdf



POR UMA TEORIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL

GUILHERME BRENNER LUCCHESI¹



RESUMO

O presente artigo defende o desenvolvimento de uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. Para tanto, inicialmente situa a problemática à luz do ressurgimento das medidas assecuratórias na prática jurídica, em vista da patrimonialização da repressão criminal. De modo a contextualizar a abordagem, apresenta as medidas assecuratórias típicas previstas no Código de Processo Penal, descrevendo o objeto, a finalidade, os pressupostos e os requisitos do sequestro, do arresto e da especialização da hipoteca legal. Analisando a jurisprudência, pontua a existência de decisões que decretam medidas cautelares patrimoniais amorfas, desvinculadas à forma taxativa prevista em lei, o que obstaculiza o exercício de contraditório na impugnação das medidas. Defende, portanto, o desenvolvimento de uma teoria geral das medidas cautelares no processo penal, sob uma mesma principiologia, de modo a conferir às medidas cautelares patrimoniais o mesmo grau de desenvolvimento teórico-legislativo dedicado às medidas cautelares pessoais.

Palavras-chave: medidas cautelares; tutela de urgência; medidas assecuratórias.

¹ Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Vice-coordenador do Curso de Direito da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws* pela Cornell Law School. Diretor Financeiro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado sócio da Lucchesi Advocacia. E-mail: guilherme@lucchesi.adv.br

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Medidas Cautelares Patrimoniais na Legislação Processual Penal; **2.1.** Sequestro; **2.2.** Arresto e Especialização da Hipoteca Legal; **3.** Medidas Assecuratórias na Prática Judiciária: Bloqueio de Bens e outras Medidas Disformes; **4.** Premissas para uma Teoria das Medidas Cautelares Patrimoniais No Processo Penal; **5.** Homenagem Ao Professor René Ariel Dotti; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A patrimonialização da repressão criminal é tendência consolidada no Brasil, especialmente a partir de megaprocessos voltados ao “combate da corrupção” e a repressão à atuação de organizações criminosas e à lavagem de dinheiro. Esse fenômeno decorre da recente ênfase dada à criminalidade sistêmica, marcada pela cooptação de instituições públicas e privadas por agentes voltados à prática organizada de atos de corrupção, cujas repercussões e danos alcançam cifras por vezes bilionárias. Nesse contexto, a atividade legislativa e a judiciária passaram a empregar esforços para atingir de forma severa os bolsos dos agentes criminosos que porventura acabem sob a mira da persecução criminal.²

Visa-se atingir o patrimônio dos agentes imputados como um fim em si mesmo³, e não mais como um efeito acessório às penas privativas de liberdade. A ideia é que o temor da perda patrimonial seja tamanho, que já seja suficiente para desencorajar a prática delituosa.

Aparentemente, passaram as agências de controle a reconhecer, em alguma medida, a falência das penas de prisão, buscando a crescente utilização de instrumentos processuais penais de natureza patrimonial. Sob

² LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020. p. 737.

³ “Nesse contexto, é somente através da perda dos bens que foram utilizados como instrumentos, produtos ou ainda proveitos do crime, bem como daqueles bens ou valores que são presumíveis terem sido adquiridos por condutas criminosas e do efetivo auxílio mútuo entre países, a possibilidade de mitigar o real poder e reter as atividades das organizações criminosas que, atualmente, são os principais inimigos da sociedade livre.” (LINHARES, Sólon Cicero. *Confisco de bens: Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção*. São Paulo: RT, 2016. p. 96).

a premissa de que o crime não compensa, ou, ao menos, não deveria compensar, a constrição do patrimônio de investigados e acusados tem sido buscada de maneira implacável, provocando no imaginário popular um efeito simbólico de revanche contra a criminalidade. Os “anos de prisão” alardeados nas manchetes de jornal foram substituídos pelos “bloqueios de milhões”.

Nesta persecução penal contemporânea, houve o abrupto resgate das medidas assecuratórias — arresto, sequestro e especialização da hipoteca legal — que, apesar de encontrarem previsão no Código de Processo Penal desde a década de 1940, até recentemente estiveram relegadas ao esquecimento no próprio estudo da disciplina de Direito Processual Penal. Disso decorre, justamente, a assimetria entre o aumento da demanda judicial de tais medidas e a escassa produção doutrinária sobre o tema.

Para além da parca produção intelectual a respeito do tema, a deturpação da natureza cautelar das medidas assecuratórias tem levado à sua utilização como formas de antecipação da punição, privando o acusado de seu patrimônio muito antes de eventual decisão condenatória. Não fosse isso, nem mesmo os parâmetros de imposição destas medidas são claros, em razão da utilização de medidas *amorfas* ou *genéricas* criadas pela prática forense no lugar da aplicação das medidas cautelares típicas estabelecidas pela lei processual penal.

É justamente nesse contexto que o presente ensaio busca resgatar os ensinamentos e o exemplo do Professor René Ariel Dotti. Em toda a sua trajetória profissional e acadêmica, Professor René se destacou pela inovação em suas análises, rompendo com a *penúria intelectual* do que comparou a um “mercado persa” dos comentários à legislação brasileira.⁴ Em homenagem à memória do saudoso Professor, dedico-lhe este ensaio, em crítica ao que se vê sendo reproduzido na prática forense quanto às medidas cautelares patrimoniais. Pretende-se, para tanto, ir além do que se encontra na “editoração desordenada e habitualmente inepta de inúmeras publicações que são oferecidas aos profissionais e aos estudantes”⁵, como se referiu Professor René à manualística penal e processual penal.

⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 21.

⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 22.

Para tanto, inicialmente serão abordadas as medidas cautelares patrimoniais em espécie, distinguindo o sequestro enquanto medida voltada a assegurar a perda do proveito do crime, do arresto e da especialização da hipoteca legal, voltados a assegurar a reparação do dano causado pelo delito. Na sequência, apresenta-se a problemática referente à decretação de medidas cautelares disformes na prática forense, quando se indica apenas o objeto de incidência, sem relacioná-lo aos pressupostos, aos requisitos e às finalidades para a decretação das medidas, violando o devido processo legal. Por fim, são expostas as premissas para o desenvolvimento de uma teoria das medidas cautelares patrimoniais, fundada em uma teoria geral das medidas cautelares processuais penais, reunidas sob uma mesma principiologia e disposições gerais em comum na legislação processual penal.

2 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Como já ensinava o Professor René Dotti, a legislação processual penal brasileira conhece como medidas cautelares patrimoniais o arresto, o sequestro e a especialização de hipoteca legal⁶, denominadas “medidas assecuratórias” pelo CPP. Apesar de alguma confusão de nomenclatura entre o sequestro e o arresto — não apenas por o CPP em sua redação originária empregar uma nomenclatura equivocada, corrigida pela Lei n.º 11.435/2006⁷, como também pela incidência do defasado Decreto-Lei n.º 3.240/1941⁸, que emprega a expressão *sequestro* em sentido diferente do CPP —, a legislação processual penal estabelece parâmetros objetivos

⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 715-716. O autor ainda anota como “medida patrimonial” a busca e apreensão, que apesar das dificuldades de classificá-la propriamente como *medida cautelar*, principalmente em razão das múltiplas finalidades para que seu emprego é previsto na lei processual penal (v. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 277-280), ainda que, tal como o sequestro, também possa vir a incidir sobre bens de procedência ilícita e instrumentos do crime.

⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 715.

⁸ Segundo Dotti, o Decreto-Lei n.º 3.240, de 1941, segue em vigor por força do Decreto-Lei n.º 359, de 1968 (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 716). O tema merecerá reflexão futura em estudo específico dedicado ao sequestro previsto no Decreto-Lei n.º 3.240.

para a incidência de cada medida assecuratória.⁹ O *arresto* e a *especialização da hipoteca legal* buscam garantir a reparação do dano, por meio da constrição judicial de bens de origem *lícita*, sem relação com o crime; o *sequestro* visa à indisponibilidade dos bens adquiridos com a prática do crime, portanto, bens *ilícitos*.

2.1 SEQUESTRO

O *sequestro* está regulamentado nos arts. 125 a 133 do CPP, podendo ter por objeto bens móveis e imóveis “adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”, desde que haja “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (arts. 125 e 126).

O sequestro visa, precipuamente, assegurar o efeito da condenação previsto na alínea “b” do inciso II do art. 91 do CP, que estabelece o perdimento do “produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”, a fim de vedar o indevido locupletamento patrimonial do agente.¹⁰

Na hipótese de o produto do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, o Código Penal permite a decretação de medidas assecuratórias sobre bens lícitos em valores equivalentes (art. 91, §§1.º e 2.º, CP). Trata-se de medida subsidiária, somente cabível se não for possível a efetivação do efeito principal, que é a perda do próprio bem ilícito (art. 91, *caput*, II, b, CP). Para garantir a eficácia de eventual perda de bens por equivalência aos proventos do crime, costuma-se empregar a medida de *sequestro*. Como esta medida é tradicionalmente adotada para assegurar o patrimônio ilícito do agente, classifica-se esta modalidade de sequestro como subsidiária¹¹.

⁹ V. LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1433.

¹¹ ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 1264-1265.

Ademais, haja vista que a sua finalidade é assegurar que o condenado não usufrua das vantagens obtidas com a infração penal, o *sequestro* tem incidência *in rem*, isto é, atinge os bens sobre os quais recaem indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, ainda que sob titularidade de terceiro estranho ao crime. Vale dizer, a medida recai primordialmente sobre o patrimônio do investigado/acusado, mas pode incidir sobre patrimônio de terceiro adquirente de bem cuja proveniência é ilícita (art. 125, CPP)¹².

Os bens atingidos pelo *sequestro* devem corresponder ao proveito (ou produto indireto) do delito — ou seja, ao lucro, vantagem ou bem adquirido a partir do produto que foi obtido imediatamente com a prática delituosa. Enquanto o *produto* do crime consiste no proveito direto e imediato decorrente da prática ilícita (*v.g.* a propina recebida na corrupção passiva), o *proveito* auferido se refere ao benefício indireto ou mediato gerado a partir do produto do crime¹³ (*v.g.* a renda obtida a partir do investimento dos valores recebidos a título de propina). Sobre o *produto* do crime, incide a busca e apreensão¹⁴. Sobre o *proveito* do crime, recai o *sequestro*¹⁵.

Como se viu, é pressuposto para a decretação do *sequestro* a presença de *indícios veementes* de que os bens foram adquiridos com proventos da infração (art. 126, CPP). O Código de Processo Penal, portanto, condiciona o deferimento da medida à demonstração de grave suspeita da proveniência ilícita dos bens. A acusação deve apontar indícios que, embora não tragam certeza, geram uma suposição que a ela se aproxima.¹⁶

¹² LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 313-314.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 730.

¹⁴ Exceto se forem bens imóveis e valores depositados em instituição financeira; nesses casos, ainda que constituam produto direto do crime, recai a medida de sequestro. Nesse sentido, quanto ao sequestro de bens imóveis, *v.* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1265. Já quanto ao sequestro de valores depositados em instituição financeira, *v.* STJ, AgRg no REsp n.º 1.637.352, rel. ministro Felix Fischer, julg. 20 set. 2018; STJ, AgRg na MC n.º 23.145, rel. ministro Nefi Cordeiro, julg. 23 out. 2014; e STJ, RMS n.º 33.149, rel. Adilson Vieira Macabu (des. conv. TJ/RJ), julg. 21 jun. 2011.

¹⁵ Segundo Tourinho Filho, a expressão “proventos” deve ser compreendida em sentido amplo, como quaisquer vantagens econômicas derivadas da prática da infração penal, seja direta ou indiretamente (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49).

¹⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 216.

Então, de modo geral, o *sequestro* depende de um conjunto de informações que permitem ao juízo concluir que há forte probabilidade da (i) procedência da ação principal e (ii) da arguição de proveniência lícita dos bens. Tais circunstâncias, traduzidas na linguagem própria às medidas cautelares penais, referem-se ao *fumus commissi delicti*.¹⁷

Não é suficiente, porém, que o bem sequestrado derive de uma prática delituosa qualquer. Em sendo um instrumento destinado a assegurar o perdimento dos proventos da infração como efeito da condenação (art. 91, II, *b*, CP), a medida somente poderá incidir sobre bens cuja ilicitude se relacione ao objeto da ação penal ou investigação a que está referida.

Em suma, a *referibilidade* como nota característica de qualquer medida cautelar obsta que o *sequestro* recaia sobre bens que, ainda que integrem o patrimônio ilícito do agente, sejam proventos de crime diverso do apurado no processo (ou procedimento) principal. Não é possível que, como medida cautelar decretada no curso do processo de apuração da responsabilidade penal por uma infração, possa o sujeito ter os seus bens sequestrados por supostamente constituírem proveito de outra infração penal.

2.2 ARRESTO E ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

Diante da previsão no inciso I do art. 91 do CP de que um dos efeitos da condenação é “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, o CPP prevê a *especialização da hipoteca legal* e o *arresto*¹⁸ como medidas cautelares a serem decretadas durante o curso processual, a fim de garantir os interesses reparatórios da vítima até a prolação de eventual sentença condenatória.

A hipoteca legal é direito real existente *ope legis*, tratando-se a especialização prevista nos arts. 134 e 135 do CPP de medida que visa assegurar o direito à garantia real prevista no CC. Pode-se dizer, então, que a *especialização da hipoteca legal* consiste em medida processual por

¹⁷ LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 305.

¹⁸ Em verdade, a expressão “arresto” somente se consolidou na legislação processual penal com a Lei n.º 11.435, de 2006, que corrigiu o emprego equivocado da expressão “sequestro” no texto legal quando deveria se referir ao arresto.

meio da qual se realiza o direito de hipotecar imóvel de pessoa acusada em ação penal.¹⁹

O CPP, com fulcro nos incisos VI e VII do art. 827 do CC de 1916²⁰ (que lhe era contemporâneo), dispõe que a *especialização da hipoteca legal* pode ser requerida no processo penal para assegurar a (i) reparação do dano e o (ii) pagamento de despesas processuais e penas pecuniárias (art. 140, CPP).

Ocorre que a atual regulamentação da hipoteca legal não contemplou a hipótese (ii) mencionada. O art. 1.489 do CC de 2002 — reproduzindo o teor do art. 827 do CC de 1916 — excluiu do rol referente à hipoteca legal o pagamento da multa e outras penas pecuniárias decorrentes de eventual condenação criminal transitada em julgado.

Por conseguinte, a *especialização da hipoteca legal* no processo penal passou a ter como única finalidade garantir a reparação do dano provocado pela prática do crime e o pagamento de custas processuais. Não é mais cabível, por falta de previsão legal, a *especialização da hipoteca legal* com o objetivo de assegurar o pagamento de multa ou outra pena pecuniária a ser eventualmente aplicada em édito condenatório.²¹

Frise-se que o art. 140 do CPP não faculta entendimento diverso. Esse dispositivo disciplina medida processual penal acessória, que, no caso da *especialização da hipoteca legal*, depende de previsão do próprio direito material real de garantia a que está referida (não mais existente).²²

Destinada essencialmente à satisfação de reparação do dano causado ao ofendido, a *especialização da hipoteca legal* — no que se contrapõe ao sequestro — incide sobre patrimônio lícito²³, ou seja, bens obtidos

¹⁹ LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 389.

²⁰ “Art. 827. A lei confere hipoteca: [...] VI - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (art. 842, I); VII - à Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, sobre os imóveis do delinquente, para o cumprimento das penas pecuniárias e pagamento das custas (art. 842, II).”

²¹ LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 372-374.

²² LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 374.

²³ LINHARES, Sólón Cicero. *Confisco de bens: Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção*. São Paulo: RT, 2016. p.108.

pelo acusado em circunstâncias desvinculadas dos fatos apurados na ação penal.

O art. 134 do CPP condiciona a *especialização da hipoteca legal* à existência de “certeza da infração e indícios suficientes da autoria”. Portanto, o deferimento da medida depende de um juízo de certeza quanto à materialidade delitiva e da demonstração do vínculo subjetivo do agente com o fato imputado.

Tendo em vista que o procedimento destinado ao registro e à *especialização da hipoteca legal* possui alguma complexidade e, portanto, pode demandar certo tempo — por vezes colocando em risco a eficiência da medida —, há a possibilidade de *arresto prévio* do imóvel destinado à especialização (art. 136, CPP)²⁴. Em suma, a finalidade do *arresto* de bem imóvel é assegurar que o bem não seja alienado enquanto não há elementos suficientes para se requerer a hipoteca legal.

O art. 137 do CPP estabelece mais uma medida de restrição patrimonial: o *arresto subsidiário* de bens imóveis. Fala-se em subsidiariedade, pois, de acordo com o texto legal, a constrição incide sobre bens móveis somente quando o acusado não possuir bens imóveis ou os possuir em valor inferior ao que seria assegurado por meio da inscrição da hipoteca legal.

Em comum à *especialização da hipoteca legal* — o que, aliás, justifica o seu tratamento conjunto no presente tópico — o *arresto* não se destina à constrição de produto ou proveito do crime. Para este, as medidas são outras: a busca e apreensão e o sequestro.²⁵ Além disso, tanto a *especialização de hipoteca legal* como o *arresto* têm como finalidade a garantia de reparação do dano causado pelo delito.

De resto, considerando-se que o *arresto* de que trata o art. 137 do CPP recai sobre bens móveis “nos termos em que é facultada a hipoteca legal”, conclui-se que o deferimento da medida depende da demonstração de todos os requisitos afetos à *especialização da hipoteca legal*, notadamente, a certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

²⁴ LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 411.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

3 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NA PRÁTICA JUDICIÁRIA: BLOQUEIO DE BENS E OUTRAS MEDIDAS DISFORMES

Nos termos da legislação processual penal, o *sequestro*, o *arresto* e a *especialização da hipoteca legal* são medidas cautelares reais *típicas* previstas no CPP, que não se confundem entre si, na medida que comportam pressupostos, requisitos e finalidades diversas. O estudo jurisprudencial demonstra que estas distinções nem sempre são consideradas, levando a uma verdadeira disformidade destas medidas.²⁶

Não é incomum a decretação de medidas *estranhas* às expressamente previstas na lei processual penal — “bloqueio” e “indisponibilidade” — e a invocação do sequestro e do arresto de forma *indistinta* — “sequestro/arresto” e “arresto e sequestro”. O uso de medidas *inominadas* e de medidas *indefinidas* viola a *tipicidade* e a *taxatividade*, atributos inerentes a qualquer medida cautelar penal. Diferentemente do processo civil, a legislação processual penal brasileira não contempla juiz com *poder geral de cautela* que autorize a decretação de medidas constritivas fora das hipóteses previstas em lei²⁷.

Rememorando-se o estabelecido na seção anterior, enquanto o *sequestro* se dirige aos *bens* adquiridos indiretamente por meio da prática delitiva, que poderão até mesmo pertencer a terceiros estranhos ao crime, a *hipoteca* e o *arresto* têm como alvo unicamente o *patrimônio do autor* do fato criminoso, em atenção à sua responsabilidade civil.²⁸

De tudo, registre-se que *não pode o sequestro recair sobre bens de origem lícita, e nem a especialização da hipoteca legal recair sobre bens de terceiro*. Além disso, *somente bens móveis penhoráveis podem ser objeto de arresto* (art. 137, CPP), não estando sujeitos à penhora os bens relacionados no art. 833 do CPC.

A má-técnica na decretação de medidas cautelares patrimoniais debilita o adequado exercício do *contraditório* e à *ampla defesa*, na medida

²⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Medidas assecuratórias patrimoniais: a decretação do “bloqueio” de bens e outras disformidades. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 335-358.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1266.

²⁸ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2020. p. 271.

em que deixa de indicar *qual* é a medida assecuratória típica — dentre as medidas disciplinadas nos arts. 125 a 144-A — a incidir sobre o bem, de modo a obscurecer a discussão jurídico-processual a respeito dos pressupostos, requisitos e finalidade da medida.

Vale dizer, houvesse uma decisão que decretasse a “prisão preventiva e/ou temporária” de todos os investigados, de modo indefinido e sem apontar o fundamento da prisão de cada um, não haveria dúvida quanto à ilegalidade da decretação. Assim como as medidas cautelares pessoais, medidas cautelares de natureza patrimonial demandam a decretação individualizada e a demonstração do preenchimento de seus pressupostos e requisitos legais, com finalidades distintas.

Um dos possíveis argumentos para a disformidade das medidas é a existência de alguma dúvida quanto à origem lícita ou ilícita do bem objeto a ser arrestado ou sequestrado. Esta dúvida por parte das autoridades, contudo, não pode servir de justificativa para a determinação de medidas cautelares de modo ambíguo, sob a forma indefinida do “sequestro/arresto”. O Código de Processo Penal é expresso ao exigir para a decretação do *sequestro* a indicação de indícios *veementes* de que os bens foram adquiridos com proventos da infração (art. 126, CPP), não bastando eventual suspeita. Havendo alguma suspeita quanto à (i)licitude da origem do bem ou dos valores, deve a decisão ser clara e — estando presentes os requisitos legais autorizadores — decretar a medida de *arresto*²⁹.

Diante de eventual situação de dúvida quanto à (i)licitude da origem do bem ou valor, não é possível ao juízo estabelecer alguma condição à defesa de demonstrar a licitude da origem para que possa haver o levantamento da constrição. Diferentemente do que ocorre no recém-criado instituto do confisco alargado — posterior à condenação, e não medida cautelar patrimonial —, a legislação processual penal atribuiu à acusação a carga probatória de apresentar indícios *veementes* da proveniência ilícita do bem a ser sequestrado. Transferir esta responsabilidade à defesa

²⁹ Eventualmente, diante a possibilidade de incidência simultânea de sequestro e arresto e/ou especialização da hipoteca legal, deve-se indicar que parcela do patrimônio está submetida a cada medida assecuratória e sob que fundamento. Neste caso, poderá eventualmente haver alguma sobreposição, que estará devidamente justificada.

configura inversão do ônus da prova, absolutamente incompatível com o estado de inocência que pré-ocupa³⁰ um processo penal democrático.

4 PREMISSAS PARA UMA TEORIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL

Mais uma vez rememorando as lições do Professor René Dotti, é preciso que a doutrina, em vez de se limitar ao “vício aciano de repetir as palavras da lei sob a máscara de interpretação”³¹ passe a pensar efetivamente as medidas cautelares patrimoniais em um mesmo nível de densidade teórica utilizado na análise nas medidas cautelares pessoais, em especial quanto à prisão preventiva. Em menos de uma década, as prisões processuais foram objeto de diversas pesquisas e duas reformas legislativas compreensivas, tanto pela Lei n.º 12.430/2011, como pela Lei n.º 13.964/2019. Em contrapartida, as medidas cautelares patrimoniais seguem praticamente inalteradas desde 1941, com pouca ou nenhuma análise por parte da doutrina.³²

Natural que a importância da liberdade como garantia do acusado confira predominância à preocupação da doutrina com questões afetas à culpabilidade. De fato, na maior parte dos casos, a atenção quanto ao direito de defesa é voltada essencialmente na tentativa de se evitar a condenação e a imposição de pena. Contudo, a presença cada vez mais eloquente da imputação patrimonial no processo penal impõe que a reação defensiva vá além para impedir não só a imposição da pena privativa de liberdade, como também a privação dos bens do acusado.

³⁰ A expressão “pré-ocupação de inocência” é de Augusto Jobim do Amaral (A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013).

³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 21.

³² São importantes exceções: SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. **As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, 2007; AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). *Medidas Assecuratórias no Processo Penal. Série Pensando o Direito*, 25/2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?-filter-name=Thiago+Bottino&sort-order=ASC>. Acesso em: 22 nov. 2021; LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

A ausência de análise doutrinária das medidas cautelares patrimoniais, aliada ao crescente interesse do Ministério Público e do Judiciário na sua incidência, visando à antecipação de efeitos patrimoniais da condenação criminal, tem levado não apenas às disformidades apontadas na seção anterior, como também ao descompromisso na análise das medidas assecuratórias enquanto medidas cautelares do processo penal.

Potencialmente em razão de um descuido do legislador que, ao mesmo tempo em que estabelece critérios controvertidos e conflitantes para a incidência de medidas — tome-se por exemplo a disparidade entre o regime do sequestro previsto nos arts. 125 e 126 do CPP e no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 3.240, de 1941 —, também cindiu o regramento quanto às medidas cautelares. Enquanto as medidas cautelares pessoais estão previstas em título próprio (“Título IX: Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”), as intituladas “medidas assecuratórias” — sequer denominadas como medidas cautelares — estão relegadas ao título dedicado às questões e processos incidentes, ao lado das questões prejudiciais, exceções, incompatibilidades e impedimentos, conflito de jurisdição, restituição de coisas apreendidas e incidentes, tanto de falsidade quanto de insanidade mental do acusado. A mensagem transmitida é que as medidas cautelares — pessoais e patrimoniais — não merecem tratamento uniforme, tampouco seriam gêneros diferentes de uma mesma família.

Não à toa verifica-se na jurisprudência decisões dispensando por completo a necessidade de demonstração de *periculum in mora* para a decretação de medidas cautelares patrimoniais.³³ Ainda que, por exemplo, o art. 126 do CPP não estabeleça expressamente a exigência de *periculum in mora*, este requisito é consectário lógico de toda medida que se apresente como acautelatória.³⁴ Falta ao processo penal um dispositivo específi-

³³ “A jurisprudência deste tribunal é firme no sentido de que, nas medidas cautelares penais típicas, o *periculum in mora* se dá por presunção legal absoluta, prescindindo de demonstração de dilapidação de patrimônio ou má-fé do acusado.” (TRF-4, 7.ª T., ACR 5008581-52.2019.4.04.7000, rel. des. fed. Salise Monteiro Sanchotene, julg. 21 ago. 2019). No mesmo sentido: TRF-4, 8.ª T., ACR 0016641-85.2008.4.04.7000, rel. des. fed. Paulo Afonso Brum Vaz, julg. 4 out. 2011; TRF-4, 8.ª T., ACR 2006.71.00.014967-1, rel. des. fed. Artur César de Souza, julg. 6 ago. 2008; TRF-4, 8.ª T., ACE 2005.70.00.007706-9, rel. des. fed. Cláudia Cristina Cristofani, julg. 13 fev. 2008.

³⁴ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 404. No mesmo sentido: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 86-87.

co, tal como existente no art. 300 do CPC, que exige para a tutela cautelar, para além da demonstração de probabilidade do direito invocado pela parte, também uma demonstração calcada em elementos concretos indicando perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.³⁵

Nesse sentido, e por exemplo, é preciso que se reconheça a natureza *cautelar* do *sequestro*, o que induz à necessidade de demonstração efetiva e a partir de elementos concretos a existência do *periculum in mora*. Ou seja, é preciso que acusação demonstre que o tempo necessário para a prolação do provimento condenatório pode permitir que a situação do acusado ou investigado se altere, gerando o risco de que, quando do provimento final, tal finalidade seja frustrada pela demora processual.³⁶ A mera existência de investigação ou mesmo de ação penal em curso, ao contrário, é insuficiente para fundamentar a excepcionalidade de uma constrição antecipada de direitos que é própria à decretação do *sequestro*³⁷.

Da mesma forma, as mudanças legislativas assistemáticas também promovem confusão diante da ausência de critérios jurídicos claros. Pela característica da referibilidade das medidas, aludida na Seção 2, acima, cada medida cautelar corresponde à tutela de um interesse no plano material. No âmbito dos efeitos da condenação, isto resta demonstrado no que diz respeito ao sequestro, ao arresto e à especialização da hipoteca legal. Contudo, a dita “Lei Anticrime” (Lei n.º 13.964/2019) introduziu no art. 91-A do Código Penal o “confisco alargado” com a condenação, sem prever uma medida cautelar correspondente. Tal espécie de confisco possibilita a perda de bens pertencentes a uma pessoa condenada a despeito de inexistir vinculação entre a aquisição de tais bens e a infração penal pela qual a pessoa foi condenada, tratando-se como se fosse provento do crime o patrimônio real do condenado que seja incompatível com o seu rendimento lícito³⁸.

³⁵ V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992. p. 75-79.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1262.

³⁷ LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 308.

³⁸ Para considerações críticas a respeito da perda alargada, v. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano

À primeira vista, poder-se-ia afirmar a incidência do sequestro como medida cautelar apta a assegurar a “perda alargada”, na medida em que esta consiste em um desdobramento do “confisco clássico” o qual o sequestro visa garantir. Contudo, tal não é o caso, por pelo menos três fundamentos: (i) a *referibilidade* inerente às medidas cautelares, (ii) a inexistência de “poder geral de cautela” no processo penal brasileiro e (iii) a exigência de demonstração de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

No que se refere ao fundamento (i), viola a *referibilidade* decretar o sequestro para garantir a perda alargada, porquanto esta recai sobre bens quanto aos quais se presume derivarem de infração penal *diversa* da apurada na ação penal no bojo da qual aquela medida é decretada.

Quanto ao fundamento (ii), como exposto, a lei processual penal exige para a decretação do sequestro a demonstração de indícios veementes de que os bens constituam proventos do crime objeto da ação penal (art. 126, CPP), o que é diverso da demonstração da incongruência da parcela do patrimônio do acusado com os seus rendimentos lícitos, suficiente para a decretação do confisco alargado.

Por fim, no que se refere ao fundamento (iii), ao instituir o confisco alargado no direito brasileiro, o legislador não criou medida assecuratória³⁹ destinada a tornar indisponível a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, a fim de assegurar a perda alargada disposta no art. 91-A do CP. Pressuposto de qualquer medida cautelar penal é a legalidade e não há poder geral de cautela em sede penal. Portanto, ao juízo é vedado decretar medidas cautelares não previstas em lei ou aplicá-las para finalidades diversas das estabelecidas legalmente.

São confusões como desta natureza que demandam — a fim de honrar a memória, vida e obra do Professor René Ariel Dotti, de modo a perpetuar seu esforço pela *modernização* do ordenamento positivo, com

(org.) *Crime e política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV Editora, 2017. p. 425-428.

³⁹ SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: reformas pontuais e assistemáticas; In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 679.

“soluções modernas que gozam de estabilidade dogmática”⁴⁰ — o desenvolvimento de uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal, fundada em uma teoria geral das medidas cautelares processuais penais.

Inicialmente, partindo já do avanço dogmático quanto às medidas cautelares pessoais, de fundamental importância a reunião das medidas cautelares patrimoniais sob um mesmo título no CPP. Isto implicaria o aproveitamento no exame das cautelares patrimoniais das disposições gerais estabelecidas, como regras de necessidade e adequação (art. 282, CPP), estabelecimento de contraditório prévio (art. 282, § 3.º, CPP), motivação das decisões (arts. 283 e 315, CPP), especificação dos mandados e ordens judiciais (art. 285, CPP) e revisão periódica (art. 316, CPP), dentre outras. Enquanto esta proposta *de lege ferenda* não é implementada, nada impede a aplicação analógica destas disposições relativas às cautelares pessoais — e, em especial, à prisão — às cautelares patrimoniais⁴¹.

Da mesma forma, imprescindível o estudo das medidas cautelares à luz de uma mesma principiologia, reconhecendo às medidas cautelares patrimoniais as mesmas características que marcam a prisão preventiva e outras cautelares pessoais, como a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a provisoriedade, a cognição sumária, a referibilidade, a proporcionalidade e a legalidade.⁴² Atende-se, assim, a outra importante limitação, referente à impossibilidade de antecipação de tutela em sede penal, porquanto tal espécie de medida iria de encontro ao estado de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado.⁴³

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 22.

⁴¹ Nesse sentido: ROCHA, Claudia da; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Medidas Cautelares Reais – reflexões quanto ao Sequestro de bens nos crimes com prejuízo à Fazenda Pública – revogação do decreto-lei nº 3240/1941 – necessária aplicação dos princípios do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 104, p. 49-50, mar. 2021.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1130-1138. V. também RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 86-95.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1140-1144; RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 95. Veja-se, ainda, quanto a este ponto: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43 e seguintes.

5 HOMENAGEM AO PROFESSOR RENÉ ARIEL DOTTI

As breves ideias lançadas neste ensaio, ainda em estágio inicial e norteadoras da pesquisa a porvir por este autor, certamente são insuficientes para homenagear a saudosa e sempre afetuosa lembrança do Professor René Ariel Dotti.

O que se buscou, de todo modo, sempre alicerçado nas lições fundamentais do Professor René, foi colocar em xeque não apenas o funcionamento atual do sistema de justiça criminal — filiando-me, aqui, em todas as suas dimensões, ao *movimento antiterror* lançado pelo Professor René⁴⁴ —, como também o descomprometimento de parcela substancial da manualística no estudo de categorias fundamentais das ciências criminais.

A maior homenagem que poderia prestar ao Professor René, no entanto, não se encontra nestas páginas: presto-a todos os dias, buscando seguir o exemplo acadêmico, profissional e pessoal vivido por René Dotti. Viva o Professor René! Muito obrigado!

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

AMARAL, Thiago Bottino do (coord.). Medidas Assecuratórias no Processo Penal. *Série Pensando o Direito*, 25/2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?filter-name=Thiago+Bottino&sort-order=ASC>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.

DOTTI, René Ariel. *Movimento antiterror e a missão da magistratura*. Curitiba: Juruá, 2005.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. *Movimento antiterror e a missão da magistratura*. Curitiba: Juruá, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LINHARES, Sólon Cicero. *Confisco de bens: Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção*. São Paulo: RT, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.) *Crime e política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV Editora, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Medidas assecuratórias patrimoniais: a decretação do “bloqueio” de bens e outras disformidades. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 335-358.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo penal*. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Claudia da; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Medidas Cautelares Reais – reflexões quanto ao Sequestro de bens nos crimes com prejuízo à Fazenda Pública – revogação do decreto-lei nº 3240/1941 – necessária aplicação dos princípios do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 104, p. 49-50, mar. 2021.

SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, 2007.

SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: reformas pontuais e sistemáticas; *In*: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 665-682.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.



TRIBUNAL DO JÚRI E A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA: UM TRIBUTO A RENÉ ARIEL DOTTI

GUSTAVO BADARÓ¹



RESUMO

O artigo analisa a possibilidade da absolvição por clemência no Tribunal do Júri. Com a reforma de 2008 do Código de Processo Penal e a obrigatoriedade do quesito sobre a absolvição, os jurados passaram a ter o poder de absolver o acusado, inclusive por causa não invocada pela defesa. Embora se defenda que não há incompatibilidade do recurso do Ministério Público, por ser a absolvição manifestamente contrária à prova dos autos, com o sistema de quesitos atual, será defendido que a absolvição por clemência não pode ser objeto de apelação, por não envolver um juízo de fato que possa ser contrário à prova. A clemência é um sentimento de piedade, que não tem relação com questão epistêmica da verdade ou falsidade de uma proposição fática, mas se funda em um juízo de valor, tratando-se de questão puramente axiológica.

Palavras-chave: júri; quesito; absolvição; clemência; apelação.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Histórico e objetivo da reforma do Tribunal do Júri; **3.** Das propostas de simplificação do questionário; **4.** Da nova concepção dos quesitos do Tribunal do Júri na Lei nº 11.689/2008; **5.** Absolvição por clemência no Tribunal do Júri; **6.** Da impossibilidade de recurso no caso de absolvição por clemência. **7.** Conclusão; Referências.

¹ Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Advogado Criminalista e Consultor Jurídico. E-mail: gustavobadaro@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma de 2008 do Código de Processo Penal alterou o procedimento dos crimes dolosos contra a vida e, especialmente, simplificou o sistema de quesitos.

Passaram a ser três os quesitos obrigatórios: o primeiro, sobre a materialidade delitiva; o segundo, sobre autoria; e o terceiro, um quesito específico, indagando se o acusado deve ser absolvido. Diante dessa sistemática, os jurados poderão absolver o acusado por fundamento não invocado pela defesa. Mais do que isso: podem absolver acusado mesmo que neguem a tese defensiva. Por exemplo, a defesa nega autoria, mas os jurados repelem a tese defensiva, respondendo positivamente o segundo quesito. Ainda assim, o Conselho de Sentença absolve o acusado, por clemência.

Não há controvérsia sobre a possibilidade da absolvição por clemência. Mas, nesse caso, se não houvesse fundamento probatório para a absolvição, seria possível o Ministério Público recorrer e o tribunal togado considerar que o veredito absolutório foi manifestamente contrário à prova dos autos?

A resposta a essa questão tem dividido a doutrina e a jurisprudência.

O tema é atual e de relevância indiscutível. O Supremo Tribunal Federal, no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.225.185 RG/MG, por seu plenário, a unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em acordão assim ementado: “Recurso extraordinário com agravo. Penal e processual penal. Tribunal do júri e soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF). Impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (art. 483, III, c/c § 2º, CPP) por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP). Absolvição por clemência e soberania dos veredictos. Manifestação pela existência de repercussão geral”.²

² STF, ARE 1.225.185 RG/MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07.05.2020, v.u. O julgamento originou o Tema 1087: “Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos”. Destaque-se, contudo, que o tema é controvertido no âmbito do STF. A Primeira Turma, por maioria de votos, considera que, na absolvição por clemência é possível o recurso de apelação do Ministério público, se a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Nesse sentido: “2.

Para expor nossa posição sobre a matéria, o presente artigo procurará responder três perguntas. A primeira: se os jurados podem absolver o acusado, por clemência, mesmo que esse fundamento não tenha sido invocado pela defesa? A segunda: se na sistemática de quesitos adotada pela Reforma de 2008 do Código de Processo Penal, com a obrigatoriedade de formulação de quesito sobre a absolvição do acusado, houve restrição à possibilidade de apelação por decisão manifestamente contrária à

A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em ‘um poder incontrastável e ilimitado’. 3. Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes. 4. A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio Júri. 5. Sendo constitucionalmente possível a realização de um novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, dentro do sistema acusatório consagrado pelo nosso ordenamento jurídico como garantia do devido processo legal, não é possível o estabelecimento de distinção interpretativa para fins de recursos apelatórios entre acusação e defesa, sob pena de ferimento ao próprio princípio do contraditório, que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*)” (STF, RHC 170/559, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p. ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.03.2020, m.v.). Por outro lado, a Segunda Turma, também por maioria de votos, tem considerado que: “A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, ‘d’), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, ‘o sigilo das votações’ (CF, art. 5º, XXXVIII, ‘b’), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo ‘Parquet’. Magistério doutrinário e jurisprudencial” (STF, HC nº 178.856/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020, m.v.).

prova dos autos? Com isso, será possível responder à questão principal: no caso de ser afastada a tese defensiva sustentada em plenário, pela resposta positiva ao primeiro e segundo quesitos, mas sendo absolvido o acusado, por clemência, será cabível o recurso do Ministério Público por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos?

Há, porém, um motivo mais gratificante para esse estudo sobre o Tribunal do júri, que a importante discussão acadêmica. Homenagear o Advogado e Professor Renê Ariel Dotti, que sempre mostrou uma especial preocupação com o Tribunal do Júri, seja relatando julgamentos de Júri em seus “Casos Criminais Célebres”, seja trabalhado em comissões legislativas, em diversas oportunidades, para a melhoria do ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria.

Seja para compreender a evolução legislativa sobre o atual quesito do inciso III do art. 483 do Código de Processo Penal, seja para registrar a importante atuação do homenageado nos projetos legislativos sobre o Tribunal do Júri, o trabalho trará, em sua parte inicial, uma breve exposição sobre os trabalhos legislativos recentes que levaram à alteração legislativa do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 11.689/2008.

2 HISTÓRICO E OBJETIVO DA REFORMA DO TRIBUNAL DO JÚRI

É difícil falar do Tribunal do Júri sem provocar discussões acaloradas, a começar pela própria existência do tribunal popular. Esta, contudo, é uma questão que, deliberadamente, não será analisada no presente trabalho. Até mesmo porque o direito ao julgamento pelo Tribunal do Júri, em caso de crime doloso contra a vida, está inserido entre as garantias e direitos individuais, sendo, portanto, cláusula pétrea da Constituição de 1988. Não há, pois, como abolir o Tribunal do Júri, não significando, entretanto, não ser necessário aperfeiçoá-lo.

Com efeito, o Código de Processo Penal, desde que entrou em vigor, em 1.º de janeiro de 1942, havia sofrido poucas alterações na disciplina do Tribunal do Júri,³ até a edição da Lei 11.689/2008.

³ Assim, com poucos anos de vigência do Código de Processo Penal de 1942, a Lei 263, de 23.02.1948, alterou o art. 466, o art. 474, o parágrafo único do art. 484 e o *caput*

No caso do Júri, inúmeros eram os problemas apontados: a demora na realização dos julgamentos, o excesso de formalismo e a prática de atos inúteis, a demora na realização do julgamento, o grande número de processos anulados por questões formais, entre outras. Buscando eliminar tais problemas, elaborou-se um Anteprojeto de Lei que tem como principais objetivos agilizar e simplificar o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Sem retroceder muito no tempo nas últimas tentativas de reforma e elaboração de um novo Código de Processo Penal, pode-se principiar pelas tentativas do final do século passado.

Em 30 de março de 1992, por meio da Portaria nº 145, o Ministro da Justiça, Célio Borja, designou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira para, na condição de Presidente da Escola Nacional da Magistratura, presidir comissões de juristas encarregadas de promover estudos e propor soluções visando à simplificação dos códigos de processo civil e processo penal.

Posteriormente, pela Portaria nº 3, de 10 de junho de 1992, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira instituiu a comissão de juristas para promover estudos e propor soluções visando à simplificação da legislação processual penal. Entre os integrantes da referida comissão estava o professor René Ariel Dotti, que foi incumbido de redigir o texto relativo ao procedimento para os crimes dolosos contra a vida.

O Ministro da Justiça Maurício Corrêa, pela Portaria nº 349, de 1993, instituiu a Comissão para revisão dos anteprojotos de lei que ino-

do art. 492. Posteriormente, outras alterações foram realizadas pela Lei 5.941, de 22.11.1973, conhecida como Lei Fleury, que modificou principalmente os efeitos da pronúncia (art. 408 e seus parágrafos), permitindo que o acusado primário e de bons antecedentes pudesse permanecer em liberdade, ou tivesse revogada a sua prisão cautelar; também reduzindo os prazos para os debates (art. 474). Além dessas mudanças de maior abrangência, outras alterações pontuais foram realizadas pela Lei 6.416, de 24.05.1977, que alterou a redação do art. 453, *caput*; pela Lei 9.033, de 02.05.1995, que alterou a redação do § 1.º do art. 408; e pela Lei 9.113, de 16.10.1995, que alterou a redação do inciso III ao art. 484. Seguiu-se, então, a reforma de todo o procedimento do Tribunal do Júri, com a Lei 11.6890, de 09.06.2008. Por fim, recentemente, a Lei 13.964, de 24.12.2019, que alterou a redação da alínea e do inciso I do *caput* do art. 492 e acrescentou os §§ 3º a 6º do mesmo artigo, para permitir a execução antecipada da pena, ano caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

vavam os procedimentos no Código de Processo Penal. A subcomissão encarregada de revisar os dispositivos relativos ao tribunal do júri foi, novamente, coordenada pelo professor René Ariel Dotti.

A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, em 1994, apresentou os seus trabalhos ao então Ministro da Justiça Alexandre Dupeyrat, que os encaminhou à Presidência da República, tendo redundado no Projeto de Lei 4.900, de 1995.⁴

Posteriormente, a Comissão de 2001, em linhas gerais, manteve o Projeto de 1995, com algumas alterações.⁵ A elaboração do Anteprojeto pela Comissão de 2001, dispondo sobre o Tribunal do Júri, também teve por relator René Ariel Dotti que, posteriormente, renunciou ao cargo, sendo substituído por Rui Stoco, tanto na Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, quanto na relatoria do anteprojeto sobre o Tribunal do Júri.

Na 11ª Reunião da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, realizada no dia 10 de outubro de 2000, no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, foi discutido e aprovado o Anteprojeto final sobre o Tribunal do Júri, já incorporando as sugestões feitas após os debates públicos a que foram submetidas as primeiras versões dos Anteprojetos da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.

O Anteprojeto sobre o júri, juntamente com os demais anteprojetos, foram entregues ao Ministro da Justiça José Gregori, em 6 de dezembro

⁴ A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, em 1994, apresentou os seus trabalhos ao então Ministro da Justiça Alexandre Dupeyrat, que os encaminhou à Presidência da República. O Projeto de Lei foi encaminhado pelo Presidente Itamar Franco para a Câmara dos Deputados e recebeu parecer favorável, pela aprovação do Deputado Ibraim Abi-Ackel da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Posteriormente, já no Governo Fernando Henrique Cardoso, o Ministro da Justiça Nelson Jobim, pela Exposição de Motivos do MJ 237, de 16.05.1996, retirou o projeto da Câmara dos Deputados.

⁵ Segundo Rui Stoco (Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, p. 197), foram as seguintes as alterações básicas, propostas pelo próprio René Ariel Dotti: “Arts. 417 (introdução do parágrafo único sobre prazo do edital); 419 (*caput* e parágrafos, para reintroduzir o libelo); arts. 420 a 422 (*in totum*, sobre o libelo); 423 e 424 (simples renumeração); 425 e 426 (renumeração e nova redação); arts. 427, 428 e 429 (somente ajuste de numeração); art. 455 (inclusão do § 2.º, para regular o prazo de ingresso do assistente do Ministério Público); 474 (nova redação ao § 3.º, para somente permitir a leitura de peças relativas às provas irrepetíveis) e 483 (inversão entre os incs. I e II)”.

de 2000. Remetidos à Presidência da República, foram encaminhados à Câmara dos Deputados em 8 de março de 2001.⁶

Depois de longos anos de tramitação com emendas tanto do Senado Federal,⁷ quanto da Câmara dos Deputados,⁸ que, em alguns pontos, alteraram em muito o projeto de lei original, finalmente foi aprovada a Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou todos os artigos do CPP que

⁶ Encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, teve por relator o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, que, em 20 de dezembro de 2001, apresentou parecer pela aprovação, com uma emenda relativa ao art. 427, sobre o desaforamento. Posteriormente, em 13 de março de 2002, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação opinou unanimemente pela aprovação, com a emenda, do Projeto de Lei 4.203/2001, nos termos do Parecer do Relator. Em 6 de março de 2007, após discussão da matéria em plenário, com aprovação de 5 emendas (a Emenda 1 visava garantir a fundamentação nas hipóteses de manutenção da prisão; a Emenda 2 tratava das hipóteses de absolvição sumária; a Emenda 3 tratava da oitiva de testemunhas por carta precatória; a Emenda 4 tratava de vários aspectos do projeto, visando a aperfeiçoá-lo em relação ao que a CCJ aprovou, extinguindo recursos e formalidade; e a Emenda 5 dispunha sobre a oitiva dos peritos para esclarecimentos, no rito do Tribunal do Júri, desde que houvesse prévio requerimento das partes e deferimento do juiz), foi aprovado Parecer às Emendas de Plenário do Deputado Flávio Dino, pela aprovação parcial das Emendas, na forma da Subemenda Substitutiva Global de Plenário.

⁷ O texto foi encaminhado ao Senado, sendo registrado como Projeto de Lei da Câmara 20, de 2007. Em 26 de dezembro de 2007, o Senado aprovou, em revisão e com substitutivo, o Parecer do Senador Demóstenes Torres, que trouxe 28 alterações ao Projeto de Lei 4.203/2001 aprovado na Câmara, bem como incorporou 10 das 23 Emendas apresentadas na Comissão de Constituição e Justiça, de autoria conjunta da Senadora Ideli Salvatti e dos Senadores Jefferson Péres, Mozarildo Cavalcanti, Pedro Simon, Romeu Tuma e Valter Pereira.

⁸ Diante das alterações do Senado, o Projeto de Lei 4.203/2001 retornou à Câmara dos Deputados. No dia 11 de março de 2008, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou parecer do Deputado Flávio Dino, pela aprovação dos arts. 406 a 429, 431 a 435, 437 a 472, 474 a 480, 482 a 488 e 490 a 497, todos do Código de Processo Penal, constantes do art. 1.º do substitutivo do Senado; e dos arts. 2.º, 3.º e 4.º do substitutivo do Senado; bem como pela rejeição da supressão do § 5.º do art. 426, mantendo-se o § 5.º do art. 426 do texto da Câmara, e rejeição dos arts. 430, 436, 473, 481 e 489, todos do Código de Processo Penal, constantes do art. 1.º do substitutivo do Senado, mantendo-se os respectivos dispositivos do texto da Câmara. No dia 14 de maio de 2008, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou os arts. 406 a 429, 431 a 435, 437 a 472, 474 a 480, 482 a 488 e 490 a 497, todos do Código de Processo Penal, constantes do art. 1.º e dos arts. 2.º, 3.º e 4.º do Substitutivo do Senado, com parecer favorável, para fins de substituição dos mesmos dispositivos do texto da Câmara, exceto o § 5.º do art. 426, que ficou mantido, bem com rejeitou os arts. 430, 436, 473, 481 e 489 do Código de Processo Penal, constantes do art. 1.º do Substitutivo do Senado, ficando mantidos os respectivos dispositivos do texto da Câmara.

disciplinavam o procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida, dando nova feição ao Tribunal do Júri.

3 DAS PROPOSTAS DE SIMPLIFICAÇÃO DO QUESTIONÁRIO

A necessidade de simplificação dos quesitos formulados aos jurados já era uma unanimidade na doutrina. **Não havia, porém, consenso sobre como devia ser feita a simplificação.**

No Projeto de Lei nº 4.900/1995, no ponto que interessa ao presente artigo, o sistema era simplificado, com a previsão de três quesitos básicos: no primeiro, indaga-se sobre a materialidade do fato; depois, os jurados seriam questionados sobre a “autoria ou participação”; por fim, responderiam os jurados “*se o acusado deve ser condenado*” (art. 483, *caput*).

A redação foi criticada por Alberto Silva Franco, fundado na garantia constitucional da presunção de inocência: “Por que, ao invés da indagação: ‘se o acusado deve ser condenado’?, não se propõe a pergunta: ‘se o acusado deve ser absolvido’? Antes de tudo porque se estabelece uma relação correta com o princípio constitucional já referido. Depois, porque, na psicologia do homem comum, é mais fácil pronunciar um sim do que um não e o jurado é, sem dúvida, um popular, não um técnico. Não são, por acaso, frequentes as situações em que se tende para não manter discussão, ou porque não se entendeu os seus termos, dar, ao interlocutor, uma resposta afirmativa para pôr termo ao assunto? Não se correria o risco, diante do quesito proposto no projeto, de formular-se uma resposta sim por ser ela mais confortável? Já, se a indagação for no sentido de ser o acusado absolvido, o não corresponderia, por certo, a uma convicção firme e deliberada do jurado e romperia qualquer possibilidade de uma decisão acomodada. O não mais que o sim sinaliza uma resposta intimamente motivada”.⁹

⁹ Alberto Silva Franco (A proposta de novo questionário no tribunal do júri. *In Boletim do IBCCRIM* n. 24, São Paulo, dez. 1994, p. 3). A crítica já havia sido formulada antes, por James Tubenchlak, *Tribunal do Júri*. Contradições e Soluções, São Paulo: Saraiva, 1994, 170. A objeção recebeu acolhida de René Ariel Dotti (Um novo e democrático tribunal do júri (VI), Tribuna, Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/um-novo-e-democratico-tribunal-do-juri-vi/>. Acesso em: 31 ago. 2010), que assim se manifestou: “Estou de pleno acordo com as lúcidas e experientes observações do nosso mestre [Alberto Silva Franco]. Eu poderia acrescer, ainda, mais um argumento em

No Projeto de Lei nº 4.203/2001, foi mantida a sistemática dos três primeiros quesitos, mas foi alterada a redação do terceiro quesito. Os jurados responderiam: “*se o acusado deve ser absolvido ou condenado*”? (art. 483, *caput*). Para tanto, além das tradicionais cédulas contendo as palavras “sim” e “não”, os jurados receberiam, também, cédulas com as palavras “condeno” e “absolvo” (PL, art. 486).¹⁰

Esclarece Rui Stoco que, diante da proposta anterior – o acusado deve ser condenado – e das críticas, inclusive sugerindo redação oposta – o acusado deve ser absolvido – “como tanto uma como outra indagação sob a forma de quesito iriam gerar discussões e conflitos, buscou-se uma solução intermediária que não prejudicasse o acusado nem favorecesse a defesa ou a acusação, pois a indagação constante deste terceiro quesito tem a virtude de não induzir os jurados à resposta afirmativa ou negativa, como ocorreria caso quesito indagasse, ‘se os jurados condenam’ ou, alternativamente ‘se os jurados absolvem o acusado?’”¹¹

4 DA NOVA CONCEPÇÃO DOS QUESITOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NA LEI Nº 11.689/2008

Antes de analisar o sistema simplificado de quesitação adotado pela Reforma de 2008 do Código de Processo Penal e, notadamente, o quesito que permite a absolvição por clemência, é necessário fazer um esclarecimento sobre a divisão de tarefas no Tribunal do Júri, entre o juiz e os jurados.

Embora seja comum a afirmativa de que, no Tribunal do Júri, o juiz presidente julga as questões de direito, notadamente as relativas à fixação da pena, e os jurados julgam os fatos,¹² tal assertiva é equivocada. Os

favor da proposta que me converteu. Consiste em lembrar que quando o Código de Processo Penal trata da sentença (Tít. XII, do Livro I), ele o faz iniciando pela hipótese de absolvição (art. 386)”.

¹⁰ O terceiro quesito somente seria respondido se a respostas aos dois primeiros fossem afirmativas (PL, art. 483, § 2º). Em caso de resposta negativa a um dos dois primeiros quesitos, o acusado estaria absolvido e a votação seria encerrada (PL, art. 483, § 1º).

¹¹ Stoco, Tribunal do júri..., p. 226.

¹² Aliás, a origem de tal afirmação pode ser encontrada na própria disciplina constitucional do Tribunal do Júri na Constituição do Império de 1824: “Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei” (art. 152).

jurados também decidiam sobre questões de direito, na sistemática anterior, quando, por exemplo, afirmam que a agressão é “injusta”, na legítima defesa, ou que houve “coação moral”. O mesmo continuou a ocorrer no regime simplificado de quesitação, quando se indaga aos jurados, por exemplo, se o crime deve ser desclassificado de doloso para culposo.

Aliás, o fato dificilmente se separa do direito, sendo íntima a relação entre a matéria de fato e a matéria jurídica. Melhor seria, portanto, que o art. 482 do Código, com a redação dada pela Reforma de 2008, dispusesse que jurados serão questionados sobre a existência do crime e a sua autoria, bem como se o acusado deve ser absolvido. Por outro lado, em caso de condenação, ao juiz presidente caberia aplicar a pena ou a medida de segurança.¹³ De qualquer modo, é importante ter a clara noção de que no Júri brasileiro os jurados não decidem apenas sobre os fatos.

A simplificação do questionário do júri tornou-se realidade com a reforma de 2008 do Código de Processo Penal. A redação do art. 483 passou a prever três quesitos básicos:¹⁴ no primeiro, indaga-se sobre a materialidade do fato; depois, os jurados são questionados sobre a “autoria

¹³ Mesmo em relação à aplicação da pena, a atividade do juiz encontra-se, ao menos parcialmente, vinculada à decisão dos jurados. Isso porque, embora caiba ao juiz presidente, segundo os seus critérios, fixar a pena base, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, bem como as circunstâncias agravantes e atenuantes sustentadas em plenário, com relação às causas de diminuição de pena, bem como as causas de aumento de pena e as qualificadoras, o juiz somente poderá considerá-las, se acolhidas pelos jurados em respostas aos quesitos (CPP, art. 483, § 3.º).

¹⁴ Se o acusado for condenado, poderão ser formulados dois outros quesitos sobre “causa de diminuição de pena alegada pela defesa” (art. 483, IV) e “circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação” (CPP, art. 483, V). A simplificação proposta já constava do art. 483 do Projeto 4.900/1995, com exceção do terceiro quesito, que era “se o acusado deve ser condenado”. Não mais há quesito sobre “qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime”, como era previsto no art. 484, *caput*, III, do CPP, em sua redação originária. De se observar que, com relação a circunstâncias agravantes e atenuantes, o novo art. 483 também altera a sistemática anteriormente em vigor, que previa a formulação de quesitos sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 484, parágrafo único), cabendo ao juiz presidente fixar a pena, levando em conta o que os jurados decidissem sobre a existência ou não de tais circunstâncias. Devido à simplificação dos quesitos, e por não mais haver indagação específica aos jurados sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes, a decisão sobre a sua incidência ou não passará para o juiz presidente, no momento de fixação da pena. A reforma volta à sistemática originária do CPP, que previa no parágrafo único do art. 484: “Não serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal”. Posteriormente, con-

ou participação”; por fim, respondem “*se o acusado deve ser absolvido*” (art. 483, *caput*).

Como facilmente se verifica, no processo legislativo, o terceiro quesito foi alterado. No Projeto de Lei nº 4.207/2001 a indagação era: “*o acusado deve ser condenado ou absolvido*”. O dispositivo que acabou sendo aprovado pela Lei nº 11.689/2008 tem redação diversa: “*o acusado deve ser absolvido?*”¹⁵

Nessa sistemática, todas as teses que não envolvam a materialidade (indagada no primeiro quesito) e a autoria (objeto do segundo quesito) devem ser resolvidas neste terceiro quesito sobre a absolvição do acusado. Por exemplo, se a defesa alegar alguma causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade, e se os jurados quiserem acolhê-la, deverão responder “sim” ao terceiro quesito, em que se indaga “*se o acusado deve ser absolvido*”.

O terceiro quesito, contudo, **não deverá mencionar a tese defendida** que pode levar à absolvição. Por exemplo: “3.º O jurado absolve o acusado por ter agido em legítima defesa?”.¹⁶ Ou, que é objeto de análise neste artigo, não se indaga: “O acusado deve ser absolvido por clemência”? Trata-se do único quesito cuja redação é predeterminada pela lei: “*O jurado absolve o acusado?*” (CPP, art. 483, § 2º).

Esse terceiro quesito somente é respondido se as respostas aos dois primeiros forem afirmativas (art. 483, § 2.º). Se houver resposta negativa a um dos dois primeiros quesitos, o acusado estará absolvido

tudo, a Lei 263, de 23.02.1948, alterou o sistema, determinando que as circunstâncias agravantes e atenuantes também fossem objeto de quesitação aos jurados.

¹⁵ Com isto, deixou de ser necessário que os jurados recebessem cédulas especiais com as palavras “absolvo” e “condeno”. Os jurados continuam a receber apenas as cédulas com as palavras “sim” e “não” (CPP, art. 486).

¹⁶ Trata-se, porém, de um único quesito, genérico, sobre a absolvição do acusado. Nesse sentido, afirmando que teses específicas de não devem ser inseridas no terceiro quesito: Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 1134. Na jurisprudência: STJ, HC nº 194.170/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 04.02.2014, v.u. Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha; Luiz Flávio Gomes; Ronaldo Batista Pinto, *Comentários às reformas do CPP e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008, p. 223) entendem que “deve prevalecer a individualização das teses defensivas, levando o Conselho de Sentença a se manifestar sobre cada uma isoladamente (sem desdobramentos outros)”. Tal interpretação, contudo, não encontra amparo na nova redação do art. 483 do CPP e viola o espírito simplificador do questionário, que foi um dos grandes objetivos da Lei 11.689/2008.

e a votação encerrada (art. 483, § 1.º). Por outro lado, se os dois primeiros quesitos receberem respostas afirmativas, a elaboração do terceiro quesito sobre a absolvição do acusado é obrigatória. O § 2.º do art. 483 dispõe que, no caso de resposta positiva aos dois primeiros quesitos, “*será formulado quesito...*”. O quesito sobre absolvição é obrigatório, que deverá ser formulado, mesmo que as teses defendidas em plenário envolvam apenas a materialidade e a autoria, e já tenham sido refutadas pelos jurados, nas respostas positivas aos quesitos anteriores.¹⁷ Por exemplo, a defesa pode ter negado que o acusado foi o autor do homicídio, o que não foi aceito pelos jurados, que responderam positivamente ao segundo quesito, mas também decidiram que o acusado deveria ser absolvido por outro fundamento, ainda que não alegado em plenário, como por exemplo, a legítima defesa ou outra causa diversa.¹⁸ A ausência de formulação desse quesito obrigatório é causa de nulidade absoluta do julgamento.¹⁹

¹⁷ No sentido de que se trata de quesito obrigatório, que será sempre submetido à votação, cf. Guilherme de Souza Nucci, *Tribunal do júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 226; Id., *Código...*, p. 1125; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, p. 240; Eugênio Pacelli; Douglas Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1161. Na jurisprudência: STJ, HC nº 196.966/ES, 5ª Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornick, j. 06.10.2016, v.u.; STJ, AgInt no Resp nº 1.457.251/SC, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. 28.06.2016, v.u.; STJ, AgRg no REsp nº 1.490.467/DF, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2016, v.u.; STJ, AgRg no REsp nº 1.215.688/DF, 6ª Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 13.10.2015, v.u.; STJ, AgRg no REsp nº 1.384.546/PE, 5ª Turma, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. convocado do TJPE), j. 01.09.2015, v.u.; STJ, HC nº 154.700/SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18.11.2014, v.u.

¹⁸ .Nesse sentido decidiu o STJ: “Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o quesito previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, é obrigatório e, dessa forma, não pode ser atingido pela regra da prejudicialidade descrita no parágrafo único do art. 490 do mesmo diploma legal. Precedentes. O fato de a decisão dos jurados se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contrariedade entre as respostas. Eventual discordância da acusação deve ser abordada por meio do recurso próprio, nos termos do art. 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. 3. Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria” (STJ, HC nº 206.008/SP, 5ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.04.2013, v.u.).

¹⁹ .Na jurisprudência: STJ, AgRg no REsp nº 1.113.349/MS, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28.06.2016, v.u.; STJ, HC nº 352.330/PB, 5ª Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornick, j. 28.06.2016, v.u.; STJ, HC nº 273.255/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.09.2014, v.u.; STJ, HC 254.568/PB, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. 12.03.2013, v.u.

5 ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O Júri poderá “absolver o réu por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas”.²⁰ Realmente, não há que se negar tal poder aos jurados.²¹ Aliás, já se afirmou que “julgando de consciência, pela íntima convicção decorrente dos fatos, que conhecem (quer colhidos nos autos, quer *aliunde*), os jurados, na verdade, não julgam um crime, mas sim um criminoso”.²²

Entusiasta do Júri, Roberto Lyra, afirmava: “É exatamente ao Júri que não se pede julgamento técnico-científico e, muito menos, técnico-jurídico, mas, ao contrário, decisões que expressem a Justiça emancipada dos próprios freios jurídicos e legais para os rigores ou as branduras individualizadas, segundo a sensibilidade real do meio e da época”.²³

²⁰ Nucci, *Código...*, p. 1126. O STJ já decidiu que: “4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria” (STJ, HC 350.895/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p. ac. Min. Sebastião Reis Jr., j. 14.03.2017, m.v.). Em sentido contrário, negando tal possibilidade: Renato Brasileiro de Lima, *Manual de Processo Penal*, 8 ed. Salvador: JusPodvm, 2020, p. 1527.

²¹ O STJ já decidiu que: “4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria. 5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão. 6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade”. (STJ, HC 350.895/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p. ac. Min. Sebastião Reis Jr., j. 14.03.2017, m.v.). Como se verá na sequência, por divergir quanto à natureza da absolvição por clemência, discordamos dos posicionamentos adotados nos itens 5 e 6 do voto.

²² Thomaz Carvalhal, *O Tribunal do Jury*, São Paulo: RT, 1935, p. 8.

²³ Roberto Lyra, Introdução. In Barbosa, Ruy, *O júri sob todo os aspectos*. Textos coligidos de Ruy Barbosa sobre a Teoria e a Prática da Instituição. Introdução de Roberto Lyra.

Por tudo isso, não há que se negar ao tribunal do júri ou poder de absolver o acusado por clemência, piedade, compaixão, empatia ou outros sentimentos de natureza semelhante.

Todavia, o efeito da absolvição por clemência irá variar, conforme a tese tenha ou não sido alegada pela defesa. Embora no quesito sobre a absolvição não haja menção a qualquer tese defensiva, a alegação de clemência, pelo advogado em sua oração, ou pelo acusado em seu interrogatório, será aferida pela ata de julgamento (CPP, art. 495, XIV).²⁴

Caso a defesa não tenha alegado a clemência, será necessário distinguir se a tese defensiva poderia ser resolvida no primeiro ou no segundo quesito, de um lado, ou somente no terceiro quesito, de outro.

Se a defesa alega, por exemplo, a negativa de autoria, e essa tese for afastada pelos jurados, ainda assim o terceiro quesito deverá ser formulado, indagando aos jurados se o acusado deve ser absolvido. Evidente que os juízes leigos poderão optar pelo “sim”. Nesse caso, sendo imperscrutável a vontade dos jurados, nunca se saberá a razão pela qual o Conselho de Sentença respondeu sim ao terceiro quesito. Por outro lado, será possível saber que a alegação defensiva que poderia levar à absolvição (negativa de autoria) foi rechaçada, com a resposta positiva ao segundo quesito. Nesse caso, não será possível saber o motivo da absolvição, mas também não se poderá considerar que o veredicto foi manifestamente contrário à prova dos autos. Isso porque, a prova indicava que fora o acusado o autor do crime, e os jurados decidiram de acordo com a prova nesse ponto. Não parece que eventual apelação do Ministério Público possa ser provida, com fundamento na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP, porque o tribunal concluir que não havia qualquer outro fato – além da negativa de autoria – que pudesse levar à absolvição e, mesmo assim, os Conselho de Sentença absolveu o acusado.

Diversa será a situação se a defesa alega, por exemplo, apenas a legítima defesa. Em tal hipótese, não haverá controvérsia que os jurados responderão sim ao primeiro e segundo quesitos. Todo o problema se concentrará no quesito “se os jurados absolvem o acusado”? Se os jurados

Pesquisa, classificação e preparo de Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950, p. 12.

²⁴ Nesse sentido: Stoco, Tribunal do júri..., p. 226-227.

absolverem o acusado, igualmente não se saberá o motivo da absolvição, mas será razoável supor que será o acolhimento da excludente de ilicitude que fora alegada. Se em tal situação, contudo, a prova dos autos for robusta no sentido de que não havia legítima defesa (p. ex.: o acusado reagira a uma agressão pretérita já encerrada), será cabível a apelação do Ministério Público, com fundamento na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP.

Completamente distinta será a situação se a defesa tiver postulado – como tese única ou subsidiária, pouco importa – a **absolvição por clemência**, piedade, compaixão ou outro fundamento semelhante. Isso porque, em tal caso, a **tese defensiva não é baseada em fatos, mas em um sentimento**. Clemência é a qualidade de clemente, de quem tem um sentimento ou disposição para perdoar, minorar o castigo. De modo semelhante, a piedade é um sentimento de compaixão pelo sofrimento alheio, de dó ou misericórdia. Um sentimento não é um fato, isto é, um acontecimento passado que necessite de uma atividade epistêmica destinada a verificar, com base em provas, se uma afirmação é verdadeira ou não. Portanto, se a defesa postula a absolvição por clemência, e os jurados acolhem tal pedido, votando sim à indagação se absolvem o acusado, poder-se-á discordar de tais sentimentos. É possível divergir, entender que os jurados foram piedosos com quem não merecia. Jamais, porém, será possível considerar que tal veredicto é “contrário à prova dos autos”. Não há nem pode haver qualquer prova sobre os sentimentos dos jurados.

Aliás, só se é clemente, ou se perdoa, quem errou, não quem é inocente!

Aproveitando que o homenageado sempre teve predileção por julgamentos históricos,²⁵ notadamente casos do tribunal do júri, cabe lembrar um julgamento retratado por Alfredo Trajan, em seu clássico livro, “A Beca Surrada”, no conto “Madona no Banco dos Réus”.²⁶ Narra o autor um júri em que atuara como assistente de acusação. A acusada tinha 19 anos, linda, e seu amante matara o seu marido. O promotor de justiça dis-

²⁵ René Ariel Dotti, na obra *Casos criminais célebres*. 4 ed. São Paulo, RT, 2021, retrata vários casos de tribunal do júri brasileiro: o caso dos irmãos Naves, o caso Aída Cury I e II, o crime do Sacopã I, II e III e Doca Street: o preço do machismo.

²⁶ Alfredo Trajan, *A beca surrada*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 111-119.

se a Trajan, logo após o interrogatório: “Vamos perder... Ela nega participação no crime; o corréu a inocenta; não há testemunhas... E, agora esse seu jeito de menina desamparada...”. Depois da oração acusatória pelo Promotor de Justiça, somente nos dez minutos finais, faz uso da palavra Trajan. Dirigiu-se aos jurados e disse que, para a acusação, o caso seria de dúvida incontornável, se não fosse a confissão da acusada! O defensor redargui: “Que confissão? Não há confissão”. Depois de muita confusão, na réplica, o assistente de acusação diz que iria comprovar a confissão. Passa a ler documentos juntados pela defesa, entre eles, uma carta do padre-capelão do presídio em que a acusada aguardava presa o julgamento, com o seguinte teor:

A quem interessar. A interna Luciana tem sido auxiliar preciosa do meu trabalho de assistência moral e religiosa no presídio das mulheres, em Bangu. É educada, respeitosa e solidária com suas companheiras de infelicidade. Devo à sua ajuda a recuperação de muitas internas. É piedosa e está sempre disposta a me prestar ajuda. Peço, humildemente, aos que irão julgá-la que a perdoem.

O advogado da acusada não se conteve: - Mostre a confissão!

E o assistente de acusação disse: - Já mostrei!

E, continuou:

- Senhores Jurados. A nossa encantadora acusada, confessou seu crime ao capelão. Este não pediu complacência ou compreensão. ‘Peço aos que irão julgá-la que a perdoem’. Estas palavras são as palavras do capelão. PERDÃO, senhores jurados! Perdão! Não compreensão nem piedade. PERDÃO, nem mais nem menos. Um ministro religioso não pede perdão a juízes em favor de alguém acusado de crime, a não ser que teria recebido da própria boca do criminoso a revelação comprometedora!

O caso retrata, claramente, que absolvição por clemência é a absolvição piedosa de um criminoso. De quem matou a vítima, mas ao sentir dos jurados não merece castigo!

O caso pode ser hipoteticamente submetido à sistemática do questionário atual, perante um júri piedoso. Os jurados responderiam “sim” ao primeiro quesito – sobre a materialidade – e “sim” ao segundo quesito – sobre a autoria –. Isso porque, a prova dos autos demonstraria que a acusada mandou matar seu marido. Mas, mesmo considerando a jovem culpada, por clemência ou piedade, como rogara o capelão, resolvessem absolvê-la: responderiam “sim” também ao terceiro quesito! Nesse caso, a absolvição não seria a contrariar a prova dos autos, mas estaria a respeitá-la! E, a partir dela, piedosamente, perdoar uma pecadora culpada!

É de se concluir, pois, que na absolvição por clemência, a resposta “sim” ao terceiro quesito não é contraditória com as duas primeiras respostas positivas. Ao contrário, lhes pressupõe, se a tese defensiva é de clemência. Tem-se clemência do criminoso, como se tem piedade do pecador.

Consequentemente, a tese defensiva de “clemência”, em si, jamais poderá ser contrária à prova dos autos. A clemência não é um fato, mas um sentimento fundado num juízo de valor.²⁷ Não se trata de uma questão epistêmica, que se resolva com uma atividade cognitiva, mas uma questão de valor, a ser solucionada no plano axiológico.²⁸

²⁷ De modo parcialmente semelhante, Guilherme Rezende Madi, Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento, *Boletim do IBCCrim*, n. 207, fev. 2010, p 14) sustenta que “o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto. A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos”. Acolhendo expressamente tal ponto de vista: Aury Lopes Jr., *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1109.

²⁸ Justamente por isso, não é possível concordar com o julgado do STJ em que tendo havido absolvição por clemência, se decidiu: “5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão. 6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de

6 DA IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO NO CASO DE ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA

O veredito dos jurados é soberano. Os jurados podem muito no tribunal do júri final mas, não podem tudo.

A soberania, embora definida tradicionalmente com um poder incontestável, não pode ser concebida como poder arbitrário e autoritário. Cabe reproduzir a advertência de Frederico Marques: “Consistirá, porém, essa soberania, na impossibilidade de um controle sobre o julgamento, que, sem subtrair ao júri o poder exclusivo de julgar a causa, examine se não houve grosseiro *error in iudicando*? De forma alguma, sob pena de *confundir-se essa soberania com a onipotência insensata e criminosa*”.²⁹ (destaquei)

Ou, como alertava Adriano Marrey: “*Não são os jurados ‘onipotentes’, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova. Julgam eles segundo os fatos objetos do processo; mas, exorbitam se decidem contra a prova. Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional.*”.³⁰ (destaquei)

Em suma, a soberania dos veredictos significa que cabe aos jurados dar a última palavra sobre a existência do crime, em todos os seus elementos, e sobre a autoria delitiva. Consequentemente, se o Tribunal divergir dos jurados, não poderá alterar a decisão soberana do conselho de

mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade” (STJ, HC 350.895/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p. ac. Min. Sebastião Reis Jr., j. 14.03.2017, m.v.). Não há como saber qual seria “o respaldo fático da clemência”. Não há um “fato” caracterizador da clemência. A piedade dos jurados pode estar fundada em variadíssimas e inimagináveis fatores: a vida sofrida do acusado, a má índole da vítima, o longo tempo de prisão depois do fato, uma grave doença que acometeu o acusado etc.

²⁹ José Frederico Marques, *O Júri e sua Nova Regulamentação Legal*, São Paulo: Saraiva, 1948, p. 46. Já tendo definido o que não é soberania dos vereditos, noutra obra, José Frederico Marques, *A instituição do Júri*, São Paulo: Saraiva, 1963, v. I, p. 40) a conceitua positivamente: “Se a soberania do Júri, no entender da *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir ao Júri na decisão de uma causa por ele proferida – soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados, ser substituída por outra sentença sem esta base. Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva.”

³⁰ Adriano Marrey, Alberto Silva Franco (Coord.), Rui Stoco (Coord.), *Teoria e Prática do Júri*, 7 ed., São Paulo: RT, 2000, p. 101.

sentença, limitando-se a cassar o julgamento do júri (CPP, art. 593, § 3.º). Se o tribunal pudesse reformar o julgamento do conselho de sentença, o júri deixaria de ser soberano. Por outro lado, com o “juízo de cassação, a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária”.³¹ Cassar a decisão e mandar a novo julgamento pelo júri e manter a soberania, mas afastando o abuso. Portanto, se os jurados reconhecem uma tese defensiva que, do ponto de vista fático, não encontra qualquer suporte na prova dos autos (p. ex.: uma legítima defesa clarissimamente incorrente), tal decisão poderá ser cassada e o réu submetido a novo julgamento. Isso se aplica, também, no caso de acolhimento de tese defensiva de inexistência materialidade delitiva, por resposta negativa ao primeiro quesito, se houver exame de corpo de delito direito atestando a morte; ou da defesa de negativa de autoria, se houver comprovação incontestada de que foi o acusado o autor do crime, e no segundo quesito tenha prevalecido a resposta “não”.

Poderia, então, a mesma solução – cassar o julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos – ser aplicada ao caso de os jurados afastarem a única tese defensiva que implicaria resposta positiva ao primeiro ou a segundo quesito, mas absolver o acusado, por clemência ou piedade, respondendo afirmativamente ao terceiro quesito?

Há corrente que responde negativamente, por considerar que a Reforma de 2008, diante da mudança do § 2º do art. 483, ao estabelecer a obrigatoriedade do terceiro quesito sobre absolvição, em qualquer situação, teria restringido a abrangência, em relação à utilização, pela acusação, da alínea d do inciso III do *caput* do art. 593.³²

Discorda-se. Não há incompatibilidade a justificar a revogação tácita ou mesmo a restrição de sua área de aplicação do inciso III da cabeça do art. 593, impedido a apelação da acusação, por ter sido a absolvição, mesmo que afastada a única tese defensiva, contrária à prova dos autos. O fato de o Conselho de Sentença ser obrigatoriamente indagado sobre

³¹ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. IV, p. 239.

³² Nesse sentido: Madi, *Júri: decisão absolutória ...*, p. 14; Aury Lopes Jr., *Direito...*, p. 1109. Ressalte-se que, para tais autores, os jurados com a reforma de 2008 teriam ganhado um poder absoluto para absolver o acusado por qualquer fundamento, qualquer motivo inclusive meta jurídico, e mesmo contra a prova dos autos.

a absolvição não significa que os jurados passaram a ter poder para decidir em sentido manifestamente contrário à prova dos autos. Significa, apenas e tão-somente, a obrigatoriedade da indagação, não a autorização para o arbítrio na resposta.³³

Assim, imagine-se que a única tese defensiva seja a negativa de autoria, porque não há prova de que de o réu ter concorrido para o homicídio. Mas, exista nos autos reconhecimento pessoal do acusado, testemunhas presenciais, e uma gravação com a exposição clara da cena do crime por câmeras de segurança interna do local. Acolhido o primeiro e segundo quesitos, mesmo assim deve ser formulado o terceiro quesito, por ser obrigatório. Mas a resposta positiva a ele será, de modo inegável, manifestamente contrária à prova dos autos. Logo, será cabível a apelação por ser a absolvição manifestamente contrária à prova dos autos, devendo o tribunal cassar o julgamento por contrariar flagrantemente a prova dos autos.

7 CONCLUSÃO

Para fins de síntese, e resposta às perguntas originariamente formuladas, podem ser sumariados os seguintes pontos:

1. Sendo obrigatória, nos termos do § 2 do art. 483 do CPP, a formulação do quesito “o jurado absolve o acusado”, o Conselho de Sentença poderá absolvê-lo, mesmo por fundamento que não tenha sido invocado pela defesa, o que inclui a absolvição por clemência.
2. A clemência é a qualidade de ser clemente, de quem tem um sentimento ou disposição para perdoar. Um sentimento não é um fato, isto é, um acontecimento passado que necessite de uma

³³ Nesse sentido, o STJ já decidiu que: “2. Ao prever a Lei n. 11.689/2008 que podem os jurados absolver o acusado mesmo sem rejeitar a existência do fato ou sua autoria, o art. 483, III, do Código de Processo Penal, apenas facilitou ao juiz leigo o acolhimento de teses quaisquer da defesa ou mesmo expressar diretamente seu convencimento final pela absolvição. Houve simplificação dos quesitos, não ampliação dos poderes do Júri. 3. Permanece na nova sistemática de quesitação garantido ao Tribunal de Apelação o exame de conformidade mínima da decisão dos jurados à prova dos autos, por única vez (art. 593, III, d, c/c § 3o, do CPP)” (STJ, HC nº 288.054/SP, rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 18.09.2014, v.u.). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1.384.546/PE, 5ª T., rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. convocado do TJPE), j. 01.09.2015, v.u.

atividade epistêmica destinada a verificar, com base em provas, se uma afirmação de sua ocorrência é verdadeira ou não.

3. A obrigatoriedade de formulação de quesito sobre a absolvição do acusado, introduzida pela sistemática de quesitos adotada pela Reforma de 2008, não implicou restrição à possibilidade de apelação, pelo Ministério Público, por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, previsto na alínea “d” do inciso III do *caput* do art. 593 do Código de Processo Penal.
4. Se a defesa sustentar em plenário a tese de absolvição por clemência, e houver resposta positiva terceiro quesito, não será cabível o recurso do Ministério Público, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, pois a clemência envolve um juízo valorativo, e não uma resolução de questão epistêmica. Logo, não depende da resolução de questão de fato, cujo resultado possa ser considerado conforme ou contrário à prova dos autos. Não há nem pode haver qualquer prova sobre os sentimentos dos jurados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Projeto de Lei 4.203/2001: tribunal do júri. In: FERRARI, Eduardo Reale (Coord.). *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003.

BARBOSA, Ruy. *O júri sob todo os aspectos*. Textos coligidos de Ruy Barbosa sobre a Teoria e a Prática da Instituição. Introdução de Roberto Lyra. Pesquisa, classificação e preparo de Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

CARVALHAL, Thomaz. *O Tribunal do Jury*, São Paulo: RT, 1935.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do CPP e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do Júri, In: James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante (Coords.), *Livro de Estudos Jurídicos*, n.º 8, Rio de Janeiro: ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 4 ed. São Paulo, RT, 2021.

DOTTI, René Ariel. Um novo tribunal do júri. Projeto de Lei 4.900, de 1995, *Revista de Processo*, n. 85, jan.-mar. 1997.

FRANCO, Alberto Silva Questionário do Júri In. James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante (Coords), *Livro de Estudos Jurídicos*, n.º 9, coordenação de Rio de Janeiro: ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1994.

FREDERICO MARQUES, José. *A instituição do Júri*, São Paulo: Saraiva, 1963, v. I.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. IV.

FREDERICO MARQUES, José. *O Júri e sua Nova Regulamentação Legal*, São Paulo: Saraiva, 1948.

LIMA, Renato Brasileiro de, *Manual de Processo Penal*, 8 ed. Salvador: JusPodvm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MADI, Guilherme Rezende. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento, *Boletim do IBCCrim*, n. 207, fev. 2010.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugênio. *Processo penal do jury no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ed., 1939.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA FILHO, Márcio de. A reforma do Código de Processo Penal. *Tribuna do direito*. p. 28-29, set. 2000.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

STOCO, Rui. Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 36, p. 190-236, out.-dez. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

TRAJAN, Alfredo. *A beca surrada*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

TUBENCHLAK, James, *Tribunal do Júri*. Contradições e Soluções, São Paulo: Saraiva, 1994.

WHITAKER, Firmino. *Jury* (Estado de S. Paulo). 2. ed. São Paulo: Duprat & Cia., 1910.



CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DO USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO JÚRI

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS¹

RONALDO DE PAULA MION²



RESUMO

Este ensaio pretende examinar a decisão cautelar proferida na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 779, na qual o Supremo Tribunal Federal considerou, ainda que provisoriamente, inconstitucional a tese de legítima defesa da honra, especialmente quando utilizada em um julgamento pelo Tribunal do Júri. A vedação imposta a todos os atores do processo penal (defensor, promotor, autoridade policial e juiz), acarreta especial restrição ao princípio da plenitude de defesa (Constituição, art. 5º, XXXVIII, *a*). A Constituição da República prevê que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Após analisar as previsões do ordenamento jurídico, conclui-se que a vedação do uso da tese defensiva da legítima defesa da honra possui fundamento constitucional, portanto não viola o princípio da plenitude de defesa.

Palavras-chave: Constituição; Direitos fundamentais; Tribunal do Júri; Princípio da plenitude de defesa; Legítima defesa da honra; Vedação do uso da legítima defesa da honra no procedimento do tribunal do júri.

¹ Professor titular de Direito Processual Penal (UFPR) - procurador da República (PR/PR). E-mail: jg@penalista.pro.br.

² Mestre em Direito (UFPR) - promotor de Justiça (MP/PR). E-mail: ronaldomion@hotmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Delineamento constitucional da plenitude de defesa; 3. Limitações argumentativas e probatórias à plenitude de defesa; 4. Legítima defesa da honra e a ação de descumprimento de preceito fundamental n. 779; 5. Colisão entre os princípios constitucionais da plenitude de defesa, da igualdade entre os cidadãos e da dignidade da pessoa; 6. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O professor RENÉ ARIEL DOTTI, que nasceu em 1934 e nos deixou no início de 2021, foi um dos maiores juristas brasileiros do nosso e de outros tempos. Não parece certo, nestes casos, criar *rankings*, quase sempre muito injustos. Estamos certos de que ele próprio condenaria comparações qualitativas com outros juristas vivos ou falecidos. Mas certamente ele se encontra entre os maiores.

Quando os organizadores desta obra coletiva nos convidaram a escrever um ensaio para homenageá-lo, disseram-nos que deveríamos revistar algum dos temas tratados doutrinariamente por ele. Tivemos, então, duas espécies de sentimento: percebemos o peso da responsabilidade e, ao mesmo tempo, aproveitamos um alívio relativo, já que a polivalência sempre foi um dos seus atributos. DOTTI tratou, como poucos, de muitos assuntos, sempre com invulgar dedicação e rigor. Então, poderíamos fazer como aquele menino que, com uma setra, atira uma pedra na árvore carregada de frutos e sempre consegue que algum caia no chão. Em qualquer caso, fosse qual fosse a direção da escolha, atingiríamos um tema que deu fruto com nosso querido professor.

Escolhemos, então, um assunto que foi tratado por ele, tanto doutrinária quanto profissionalmente: a legítima defesa da honra, especialmente importante agora, quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 779, proscreeu-a, declarando-a incompatível com a Constituição ou – como escreveriam os constitucionalistas norte-americanos – com o devido processo legal.

RENÉ ARIEL DOTTI examinou o tema em diversos capítulos do clássico *Casos criminais célebres*, publicado inicialmente em 1998,³ e em pelo menos um importante ensaio [“A perturbação dos sentidos e da inteligência”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9 (jan-mar/1995), p. 180-185].

De fato, o tema da legítima defesa da honra, em suas diversas formas, é bastante antigo no Brasil. O Código Penal de 1890⁴ trazia um dispositivo que serviu muito ao uso dessa tese. Dispunha o seu art. 27, § 4º: “Não são criminosos: (...) os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”.⁵

Segundo RENÉ ARIEL DOTTI, foram generalizadas as reações a esse texto, “principalmente em função das absolvições decretadas pelo Tribunal do Júri que estaria, ao abrigo da descriminante, absolvendo ‘bárbaros assassinos de mulheres’, segundo a ácida crítica de um magistrado após encerrados os debates de mais um caso de homicídio passional”.⁶

Os penalistas da época tentaram – sem apoio, porém, no texto da lei – evitar o uso abusivo do dispositivo. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA escreveu que a causa da perturbação de sentidos e de inteligência, conquanto pudesse ter “causas mui diversas”, não poderia derivar de “paixões (o amor, o ódio, a vingança, a honra etc.), salvo quando estas penetrarem no domínio da patologia. Paixões psicológicas, mesmo violentas”, escreveu o grande comentarista do diploma de 1890, “não podem constituir dirimente da responsabilidade criminal”.⁷

Mas não adiantou: esse dispositivo foi, de fato, a fonte de inúmeras absolvições de homicídios contra mulheres, com a chancela de muitos juristas, como mostra o ensaio do professor RENÉ ARIEL DOTTI.

³ Com a 2ª edição em 1999, a 3ª edição em 2003 e a 4ª edição em 2021, sempre pela editora Revista dos Tribunais.

⁴ Decreto n. 847, de onze de dezembro de 1890.

⁵ Cf. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de onze de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência, reed. facsimilar, prefácio de Laurita Hilário Vaz*, Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. 371-372, que informa que esse dispositivo teria tido sua redação modificada pelo Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923 (art. 38), com a troca do substantivo *privação* por *perturbação*.

⁶ DOTTI, René Ariel. “A perturbação dos sentidos e da inteligência”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9 (jan-mar/1995), p. 180-181.

⁷ SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, ed. facsimilar, prefácio de Felix Fischer, Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1, p. 191.

A situação se manteve com o advento da Consolidação das Leis Penais, de 1932, cujo art. 27, § 4º, repetiu a redação do Código Penal de 1890, com a modificação de 1923.

O quadro somente viria a se modificar com o art. 24, I, do Código Penal de 1940, cuja redação foi mais uma tentativa de coibir certas linhas de argumentação no tribunal do júri. Com a nova parte geral do Código Penal, essa regra se encontra hoje, com redação aperfeiçoada, no art. 28, I: “Não excluem a imputabilidade penal (...) a emoção ou a paixão”.

Todavia, com impressionante resiliência, a mesma linha de argumentação defensiva se manteve, através da legítima defesa da honra.

2 DELINEAMENTO CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao contraditório e à ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral (art. 5º, LV), implementando importantes garantias processuais penais indispensáveis para promover o devido processo penal justo e democrático. Aliás, conforme sentença com precisão JOSÉ FREDERICO MARQUES, “sem o contraditório não pode haver devido processo legal”.⁸

Para além da previsão constitucional, o direito de defesa está expressamente garantido no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º).⁹

O direito de defesa, afirma LUIGI FERRAJOLI, é “o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre a hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas”.¹⁰

A ampla defesa constitui uma garantia individual do cidadão e, pela regra do art. 60, § 4º, IV, não pode ser abolida, nem mesmo deliberada a

⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1, § 11, n. 45, p. 82.

⁹ Internalizados no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos ns. 592, de seis de julho de 1992 e 678, de seis de novembro de 1992, respectivamente.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 564.

sua abolição através de emenda à constituição, configurando, assim, uma cláusula pétrea, verdadeiro núcleo do poder constituinte originário.¹¹

Na perspectiva processual penal, a ampla defesa pode ser analisada sobre dois vieses: a) a defesa técnica, que é a indispensabilidade da presença e da atuação militante de um advogado ou defensor público, pois assim o acusado terá as mesmas possibilidades da acusação;¹² e a b) a autodefesa, caracterizada pela defesa exercida diretamente pelo próprio acusado.¹³ Conforme se sabe, enquanto a defesa técnica é indisponível, a autodefesa deve ser possibilitada ao imputado.

No mesmo artigo da Constituição que versa sobre a garantia da ampla defesa, tem-se a previsão constitucional do Tribunal do Júri. Através do art. 5º, XXXVIII, o constituinte expressa o desejo e a opção em reconhecer no ordenamento jurídico pátrio o tribunal popular, para o qual é assegurada a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Portanto, em análise conjunta entre os incisos XXXVIII e LV do art. 5º, verifica-se que para os acusados em geral é assegurada a ampla defesa, enquanto, para os acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, está garantida a plena defesa.

Apesar da semelhança entre os adjetivos ampla e plena, importante destacar que não devem ser consideradas como sinônimo no contexto

¹¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva: IDP, 2009, p. 253: “a cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro”.

¹² Cf. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 121, para quem são quatro os aspectos indispensáveis para que a defesa técnica seja ampla: a) direito de propor meios de prova; b) direito de obter pronunciamento judicial motivado sobre a não admissão dos meios de prova rejeitados pelo julgador; c) direito à prática da prova admitida; d) direito à manifestação pelo órgão julgador sobre a prova produzida.

¹³ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58-59, para quem a autodefesa é composta por a) direito de presença, que é exercido através da participação do acusado em audiências; b) direito de audiência, que consiste no direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, principalmente através do interrogatório; c) direito de postular pessoalmente através de recurso, *habeas corpus* e revisão criminal.

processual penal, pois a plenitude de defesa determina que a defesa no Tribunal do Júri seja mais intensa se comparada com a defesa nos demais processos penais.¹⁴

Neste ponto, GUILHERME DE SOUZA NUCCI assevera que “amplo é algo vasto, largo, copioso, enquanto pleno equivale a completo, perfeito, absoluto”.¹⁵ Ainda, aduz o autor que “o que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa *perfeita*, dentro obviamente, das limitações naturais dos seres humanos”.¹⁶

Considerando o sistema da íntima convicção, a oralidade e a concentração, eventuais falhas da defesa no plenário do júri não podem ser sanadas pelo juiz togado. É por esse motivo, segundo GUSTAVO BADARÓ, que nos julgamentos perante o tribunal popular, a defesa deve ser plena.¹⁷

No mesmo sentido, MAURO VIVEIROS afirma que “a plenitude de defesa é um *plus* à ampla defesa. Trata-se de princípio específico do Tribunal do Júri que se destina a imprimir à defesa um caráter de maior efetividade tendo em vista as peculiaridades do julgamento popular, cujos juízes, leigos, decidem sigilosamente e com base na íntima convicção”.¹⁸ A plena defesa será efetiva nas situações em que for completa e integral, abrangendo toda a matéria possível a ser demonstrada ao jurado.¹⁹

O art. 497, V, do Código de Processo Penal, com a finalidade de garantir que o acusado perante o Tribunal do Júri efetivamente tenha uma defesa plena, possibilita ao juiz-presidente, quando o réu estiver indefe-

¹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso...*, p. 1.112.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal...*, p. 25.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...*, p. 653.

¹⁸ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 17.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*, 3ª ed., São Paulo: Gen-Atlas, 2016. p. 457. No mesmo sentido: NASSIE, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106.

so, dissolver o Conselho de Sentença, designar nova data e nomear novo defensor.²⁰

Desta maneira, tem-se que a plenitude de defesa constitui uma garantia fundamental dos acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, devendo ser observada para o correto cumprimento da determinação constitucional acerca do devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal unanimemente referendou a decisão do Min. DIAS TOFFOLI que, no bojo da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 779, deferiu em parte o pedido liminar para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (Constituição, art. 1º, III), da proteção à vida e da igualdade de gênero (Constituição, art. 5º, *caput*); (ii) conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 23, II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Portanto, a partir da referida decisão não é possível a qualquer das partes apresentar, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra em nenhum momento da persecução penal, inclusive nas sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri.

Considerando a importância do tema e da decisão, de imediato suscitou-se a seguinte polêmica: a vedação de utilização da tese da legítima defesa da honra é compatível com a determinação constitucional da plena defesa assegurada nos julgamentos do Tribunal do Júri?

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...*, p. 653; VIVEIROS, Mauro. *Tribunal...*, p. 18; CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 7-8; PARADA NETO, José. “A defesa no plenário do Júri”, em AA.VV. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, org. de Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 177.

O objetivo deste ensaio é realizar uma análise sobre a (in)constitucionalidade da proibição da utilização da tese da legítima defesa da honra e seus efeitos sobre o princípio da plenitude de defesa. Antes, porém, é imprescindível discorrer sobre limitações à plena defesa que já estão vigentes no ordenamento jurídico, seja por determinação legal, seja por força de entendimentos jurisprudenciais.

3 LIMITAÇÕES ARGUMENTATIVAS E PROBATÓRIAS À PLENITUDE DE DEFESA

Após a decisão liminar da ADPF n. 779 houve manifestações no sentido de violação ao direito de (plena) defesa, pois o impedimento da utilização de uma tese (legítima defesa da honra) faz com que o acusado tenha o seu direito de defesa plena reduzido. Alega-se que para a observância de tal garantia é necessário que a defesa possa socorrer-se livremente de todas as teses que considerar adequada ao caso, inclusive sustentando-as em plenário para fins de convencer os jurados.

BÁRBARA FERRASSIOLI questiona a decisão do Supremo Tribunal Federal em razão de ter como objeto uma *tese* e não um ato do Poder Público, indispensável para a utilização da ADPF.²¹

Apesar de afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal afasta a inconstitucional tese da legítima defesa da honra, ADRIANA FILIZZOLA D'URSO aduz que a defesa não pode ser limitada durante os trabalhos do plenário.²²

Em sentido oposto, além de considerar adequada a decisão, ÉRICA CANUTO manifesta-se pela repercussão da decisão da ADPF em processos cíveis e criminais da Lei Maria da Penha, incluindo ações de direito das famílias, quando uma mulher em situação de violência doméstica e familiar for parte interessada. Ainda segundo Canuto, a invocação da tese da

²¹ FERRASSIOLI, Bárbara Mostachio. “Sem a palavra, a defesa!” Disponível em: canalcienciascriminais.com.br/sem-a-palavra-a-defesa/. Acesso em: 06 mar. 2021.

²² D'URSO, Adriana Filizzola. “A ultrapassada (e agora inconstitucional) tese de legítima defesa da honra e o Direito à defesa”. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/341207/a-ultrapassada-tese-de-legitima-defesa-da-honra-e-o-direito-a-defesa. Acesso em: 05 mar. 2021.

legítima defesa da honra, direta ou indiretamente, acarreta uma nulidade absoluta.²³

Todavia, pesquisando o ordenamento jurídico pátrio verifica-se que atualmente existem limitações argumentativas e probatórias ao direito das partes, visando evitar um excesso tanto de acusação quanto de defesa. Podem se apresentar as seguintes limitações: i) circunstância em relação às quais as partes não podem fazer referência durante o debate, sob pena de nulidade (CPP, art. 478); ii) a vedação de leitura de documentos ou exibição de objetos que não tenham sido juntados aos autos com antecedência de três dias (CPP, art. 479); iii) a impossibilidade de inovação da tese defensiva durante a tréplica.

O art. 478 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.689, de 2008, não permite que as *partes*, durante os debates, façam referências: a) à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; b) ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.²⁴

A primeira vedação tem o escopo de neutralizar os chamados “argumentos de autoridade”. Tendo em vista que os jurados são pessoas leigas e sem formação técnico-jurídica, a leitura em plenário, *por qualquer das partes*, das decisões proferidas por juízes togados que consideraram admissível a acusação para submeter o acusado ao juízo dos jurados, poderia influenciar a maneira de decidir dos jurados. Da mesma maneira, a referência ao uso de algemas como argumento de autoridade, que beneficiem ou prejudiquem o réu, pode afastar os jurados das provas existem

²³ CANUTO, Érica. “Repercussões da inconstitucionalidade da legítima defesa da honra da ADPF 779 do STF na Lei Maria da Penha e nas varas de família”. Disponível em: ibdfam.org.br/artigos/1664/Repercuss%C3%B5es+da+inconstitucionalidade+da+legC3%A-Dtima+defesa+da+honra+da+ADPF+779+do+STF+na+Lei+Maria+da+Penha+e+nas+varas+de+fam%C3%ADlia. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁴ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 145-146, para quem a “a opção legislativa se dá no sentido de vedar mecanismos de inibição à livre manifestação do jurado, porquanto invocar situações fáticas (uso de algemas) ou jurídicas (conteúdo da pronúncia) como mecanismos para forçar um determinado convencimento não se afigura adequado no plano da ética do devido processo legal. Assim, o que se veda é o emprego de determinadas situações como argumento de autoridade e não mera invocação das situações em si mesmas”.

nos autos e promover um julgamento com base apenas na possível periculosidade daquele que está algemado ou ainda na ideia de que “se está preso é culpado”.

O mesmo dispositivo legal não permite que as partes façam referência ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. Essa limitação visa materializar a previsão constitucional sobre o direito de permanecer calado (Constituição, art. 5º, LXIII), que é derivado do princípio *nemo tenetur se detegere*, que garante o direito do acusado a não sofrer nenhum prejuízo ao se manter em silêncio.

Em uma primeira e apressada leitura poder-se-ia pensar que o art. 478 do CPP é uma limitação imposta apenas a acusação, uma vez que as decisões de admissibilidade da acusação, o uso de algema e a referência ao silêncio do acusado são elementos que poderiam subsidiar a hipótese acusatória, pois não trariam, a princípio, benefícios aos acusados que utilizarem tais argumentos.

Entretanto, tem-se que as limitações do dispositivo alcançam a (plena) defesa do acusado. Em um caso com vários acusados, estando com defensores distintos e teses de defesa divergentes, fazer referência a uma decisão de pronúncia em que o juiz (equivocadamente) excede na motivação e indica como certa a autoria de um corréu, evidentemente causa prejuízo.

Da mesma forma, a referência ao silêncio do corréu em seu interrogatório, em situações de teses de defesa opostas, é igualmente vedada a defesa, ainda que tal circunstância possa contribuir para a demonstração da inocência do acusado. Portanto, tem-se que em uma simples análise do art. 478 do Código de Processo Penal, cuja inconstitucionalidade jamais foi declarada, encontra-se determinação legal que limita a plenitude de defesa.

Outra limitação legal e probatória à plenitude de defesa está prevista no art. 479 do mesmo diploma, segundo o qual, durante o julgamento em plenário, não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte. No parágrafo único do mesmo artigo, o legislador detalhou, não de forma taxativa, quais são os elementos que se enquadram na vedação, destacando que compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros,

croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Esta previsão legal, que está ligada ao princípio da lealdade processual,²⁵ tem o objetivo de evitar a surpresa entre as partes. Em que pese a ausência de obrigatoriedade de indicação prévia acerca das teses a serem apresentadas aos jurados, o legislador visando um equilíbrio entre acusação e defesa proíbe expressamente que qualquer das partes utilize de prova sobre a qual a outra não tenha o conhecimento prévio. Para garantir um contraditório efetivo, tem-se a fixação de prazo mínimo de antecedência, que é de três dias.

Por fim, a mais controvertida restrição ao direito de plena defesa, tem origem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e se refere à impossibilidade ou possibilidade de inovação da tese defensiva durante a tréplica.²⁶

No julgamento realizado em plenário, encerrada a instrução processual serão iniciados os debates entre acusação e defesa (CPP, art. 476). Trata-se do principal momento do julgamento pelo Tribunal do Júri, pois é a oportunidade que as partes possuem para apresentar aos jurados as suas teses, bem como os elementos de prova existentes nos autos e que são aptos a embasar a hipótese acusatória ou a hipótese defensiva.

Inicialmente, a acusação apresenta a sua tese, sendo seguida pela manifestação da defesa. Após a defesa se pronunciar, é permitido à acusação optar pela apresentação ou não de uma réplica ao que foi arguido pela defesa. Caso o órgão acusador utilize-se desta faculdade processual, surge, então, para a defesa uma segunda oportunidade de se manifestar, denominada de tréplica.

²⁵ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 126.

²⁶ A questão é polêmica na doutrina brasileira, com dois posicionamentos. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...*, p. 653; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri...*, p. 144-145; NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal...*, p. 26-27; PARADA NETO, José. "A defesa...", p. 178; TUBENCHLAK, James. *Tribunal...*, p. 123-124, que defendem que a defesa pode inovar na tréplica. Cf. KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução provisória da pena no júri: fundamentos políticos e jurídicos*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 80-81 e PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 126-127, para quem é inviável a modificação da tese defensiva nessa fase.

Neste contexto surgiu a espinhosa questão: pode a defesa, durante a sua última manifestação (tréplica) inovar a tese defensiva, sem que a acusação tenha a possibilidade de contra ela se manifestar, exercendo, consequentemente, o contraditório?

A questão chegou até o Superior Tribunal de Justiça, sendo que a Corte possui entendimento predominante no sentido de que é proibida a inovação da tese defensiva durante a tréplica, em razão do princípio do contraditório, pois, em que pese a defesa seja a última a se manifestar, não existe outra oportunidade para que o titular da ação penal possa refutar os argumentos.²⁷

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, possui o entendimento de que a inovação da tese defensiva no momento da tréplica viola o princípio do contraditório e do devido processo legal, na medida em que não permite manifestação da parte contrária sobre a nova questão apresentada da tréplica.²⁸ Assim, a jurisprudência dos tribunais superiores apresenta uma importante limitação argumentativa ao direito a plena defesa.

Portanto, em que pese o impedimento da invocação da tese da legítima defesa da honra a partir da decisão proferida na ADPF n. 779, verifica-se que já existem outras formas de limitações argumentativas e probatórias à plenitude de defesa. Ainda que a plenitude de defesa constitua elemento fundamental do Tribunal do Júri, não se pode considerá-la imune a limitações.

²⁷ Nesse sentido: Recurso especial n. 65.379-PR – STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp – julgado em 16.abr.2002 – desprovido – DJU, 13.mai.2002, p. 218; Agravo regimental no recurso especial n. 1.306.838-AP – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – julgado em 28.ago.2012 – desprovido – DJe, 12.set.2012; *Habeas corpus* n. 143.553-DF – STJ – 6ª Turma – Rel. Des. (TJ/SE) conv. Marilza Maynard – julgado em 20.fev.2014 – não conhecido – DJe, 7.mar.2014; Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 538.496-PA – STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Gurgel de Faria – julgado em 18.ago.2015 – desprovido – DJe, 1º.set.2015; Recurso especial n. 1.390.669-DF – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – julgado em 20.jun.2017 – provido – DJe, 26.jun.2017. Em sentido contrário: *Habeas corpus* n. 61.615-MS – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Nilson Naves – Rel. para o acórdão Min. Hamilton Carvalhido – julgado em 10.fev.2009 – deferido – DJe, 9.mar.2009.

²⁸ *Habeas corpus* n. 196.191-MG – STF – Rel. Min. Cármen Lúcia – julgado em 28.jan.2021 – ordem parcialmente concedida de ofício – decisão monocrática – DJe n. 17, 1º. fev.2021.

A seguir será analisada a ação de descumprimento de preceito fundamental, em cujo bojo houve a concessão da cautelar, sendo apresentados os argumentos que embasaram a petição inicial e a decisão.

4 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 779

A legítima defesa da honra é um recurso argumentativo comumente utilizado nos casos envolvendo violência contra a mulher, em especial nos casos de feminicídio. O feminicídio foi expressamente incorporado ao Código Penal pela Lei n. 13.104/2015, que o inseriu como uma qualificadora ao homicídio.

A expressão feminicídio, como aponta WÂNIA PASINATO, tem como antecedente histórico a expressão femicídio, cunhada e desenvolvida por DIANA RUSSEL para definir as mortes de mulheres em razão de serem mulheres, destacando as seguintes características: i) as mortes das mulheres decorrem de uma discriminação baseada no gênero; ii) não são fatos isolados na vida a mulher, pois constituem um ponto final no *continuum* de terror marcado por abusos verbais e físicos, além de outras formas de violência a que a mulher é submetida; iii) é um crime praticado por homens contra mulheres (individualmente ou em grupo).²⁹

A partir da teoria de Russel, MARCELA LAGARDE apresenta o conceito de feminicídio, oportunidade em que acrescenta um elemento político para fins de destacar a impunidade como componente de tal crime. Ao analisar o contexto desses crimes, com destaque para o do México, país em que foi deputada federal, afirma que “a impunidade é parte do feminicídio e por isso partimos da definição de violência institucional, a discriminação nas investigações, nas perícias; em todo o processo há uma visão misógina”.³⁰

²⁹ PASINATO, Wânia. “‘Femicídios’ e as mortes de mulheres no Brasil”, em *Cadernos Pagu*, n. 37 (2011), p. 223-224 e 229-230.

³⁰ LAGARTE, Marcela. “Del femicidio al feminicidio”. Texto editado da conferência “Proyecto de ley por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México”, apresentada no *Seminário Internacional de Direito das Mulheres a uma vida livre de violências*, organizado pela corporação SISMA Mujer y llevado a cabo en Bogotá, nos

Assim, tendo em vista que o Brasil tem apresentado elevadíssimos índices de feminicídios, não sendo incomum a utilização da tese da legítima defesa da honra, faz-se necessário antes de aprofundar os motivos e as consequências da decisão cautelar da ADPF n. 779, tecer alguns comentários acerca da legítima defesa da honra, principalmente nos casos de feminicídio.

Inicialmente, tem-se que a legítima defesa da honra não é tecnicamente uma legítima defesa. Nos termos do art. 25, *caput*, do Código Penal, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Assim, para a configuração da legítima defesa como causa excludente de ilicitude, faz-se necessária a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) agressão injusta, atual ou iminente; b) a direito próprio ou de outrem; c) uso moderado dos meios necessários; d) *animus defendendi*.

De imediato, tem-se que a traição não configura agressão ao bem jurídico (direito) honra do homem, pois a honra é direito personalíssimo e não há uma honra conjunta ou conjugal. Assim, quem é desonrada é a pessoa que trai e não a pessoa que é traída. A seu tempo, ROBERTO LYRA já advertia que o adultério não é crime contra a honra, afirmando que “a mulher tem honra própria, como o homem. Ela é responsável pelos seus atos. O Júri deve combater, não consagrar, os preconceitos retrógrados e funestos”.³¹

CARMEN HEIN DE CAMPOS, ao discorrer sobre a legitimidade jurídica e criminológica do feminicídio (qualificadora introduzida pela Lei n. 13.104/15), destaca que a morte nas relações íntimas de afeto evidencia a vulnerabilidade das mulheres, bem como a tentativa de posse e controle sobre o corpo feminino. Segundo sustenta, isso não deve ser visto como um comportamento motivado por ciúme ou violenta emoção mas,

dias 3 e 4 de agosto de 2006. Trecho original: “*la impunidad es parte del feminicidio y por eso partimos de la definición de violencia institucional, la discriminación en las averiguaciones, en los peritajes; en todo el proceso hay una mirada misógina*”.

³¹ LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*, Belo Horizonte: Editora Líder, 2015, p. 125.

ao contrário, como algo premeditado e derivado de machismo culturalmente enraizado na sociedade.

Escreve CARMEN HEIN DE CAMPOS:

Não há perda do controle ou injusta provocação da vítima, mas uma atitude consciente de negação do direito à autonomia feminina. O reconhecimento da violenta emoção nesses casos configura tolerância estatal a crimes machistas e sexistas, pois não pode haver violenta emoção quando a motivação é impedir a autodeterminação feminina, conduta tão bem expressa na frase “se não for minha não será de mais ninguém”.³²

Ainda, importante destacar que meio necessário para a configuração da legítima defesa é aquele suficiente e indispensável para o exercício da defesa.³³ Logo, considerando que o ordenamento jurídico prevê meios suficientes a serem adotados em casos de traição, tais como o divórcio, matar a mulher é evidentemente um meio que não se enquadra como necessário.

Há, também, vinculado com a legítima defesa o princípio da proporcionalidade pois, nas palavras de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “seria, no mínimo paradoxal admitir o princípio da insignificância para afastar a atipicidade ou ilicitude de determinados fatos, e sustentar o direito de reação desproporcionada à agressão, como, por exemplo, matar alguém para defender quaisquer valores menores”.³⁴

Nos casos de feminicídio, verifica-se que assassinar uma mulher não é minimamente proporcional para repelir uma (alegada) agressão à honra de um homem. Estar-se-ia permitindo que um bem jurídico de maior valor (vida, da mulher) fosse preterido em relação a um bem jurídico de menor valor (honra, do homem).

³² CAMPOS, Carmen Hein de. “Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista”, em *Sistema Penal e Violência*, v. 7, n. 1 (jan-jun/2015), p. 109.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte Geral*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 322.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, v. 1. p. 322.

Apesar do não preenchimento dos requisitos legais, a tese da legítima defesa da honra foi utilizada por muito tempo nos casos de violência contra a mulher, em especial nos casos de feminicídio, quando a situação envolvia suspeita ou certeza de traição. Segundo a tese citada, o homem que mata (ou tenta matar) sua esposa, companheira ou namorada, em casos de traição ou infidelidade, ficaria isento de responsabilidade penal, uma vez que agiu em legítima defesa da sua honra.

Segundo MARINA BONATTO, ESTEFÂNIA BARBOZA e CLARA ROMAN BORGES, trata-se de mero “recurso retórico utilizado no Tribunal do Júri na tentativa de absolver acusados da prática de feminicídio ou violência contra a mulher”.³⁵

Assim, transfere-se para a mulher a culpa pelos atos de violência de que ela é a vítima, ainda que o resultado dessa violência seja a sua própria morte.³⁶ ÉRIKA COSTA DA SILVA aduz que “o uso da tese consolida a reprodução de preconceitos no sistema de justiça, sustentando discursos violadores dos direitos da vítima, invertendo a culpa, reforçando, em consequência, a tolerância social ao assassinato de mulheres”.³⁷

A legítima defesa da honra foi acolhida por inúmeras vezes e ensejou absolvições ou condenações a penas mais brandas a homens que mataram suas mulheres em situações de infidelidade, traição ou ainda por suspeita destas. Dentre os inúmeros casos, destaca-se o famoso feminicídio praticado por “Doca Street” contra sua companheira Ângela Diniz.³⁸

³⁵ BONATTO, Marina, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e BORGES, Clara Maria Roman. “Entre a vida da mulher e a honra do homem”. Disponível em: em www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-a-vida-da-mulher-e-a-honra-do-homem-09032021. Acesso em: 03 mar. 2021.

³⁶ COSTA DA SILVA, Érika. “Há limites no tribunal do júri? Breves considerações acerca do emprego de discursos jurídicos violadores de direitos das vítimas do feminicídio”, em *Revista Liberdades*, n. 11, n. 29 (jan-jun/2020), p. 187.

³⁷ COSTA DA SILVA, Érika. “Há limites?...”, p. 189.

³⁸ Em dezembro de 1976, Raul Fernando do Amaral Street, conhecida como “Doca Street” matou a sua companheira e *socialite* Ângela Diniz com quatro tiros no rosto durante uma discussão do casal em Búzios, no interior de uma casa situada na Praia dos Ossos. Doca Street se submeteu a dois julgamentos perante o Tribunal do Júri de Cabo Frio. O primeiro julgamento ocorreu em 1979, oportunidade em que sua defesa foi patrocinada pelo advogado criminalista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Evandro Lins e Silva. Com base na tese da legítima defesa da honra, a defesa requereu

Em que soar anacrônica e ultrapassada a tese da legítima defesa da honra, e ser possível pensar que não tem mais aplicação em pleno século XXI, infelizmente a tese continua sendo utilizada em casos de feminicídio ou outras formas de violência contra a mulher.

Neste ponto, importante apontar e refletir sobre o *habeas corpus* n. 178.777-MG, julgado em 29 de setembro de 2020, pelo Supremo Tribunal Federal. Ele não tinha como objeto direto e imediato a discussão acerca da constitucionalidade da tese da legítima defesa da honra. Entretanto, a legítima defesa da honra envolvia de modo intenso o mérito da situação fático-jurídica do remédio constitucional, de modo que inevitavelmente houve reflexos sobre o tema.

No referido caso um homem, na cidade de Nova Era/MG, desconfiado de infidelidade conjugal de sua esposa tentou matá-la ao desferir inúmeros golpes de faca, os quais atingiram especialmente a cabeça e as costas (na região dos pulmões). Após ser pronunciado, submeteu-se ao julgamento perante o Tribunal do Júri, oportunidade em que, quando do seu interrogatório, confessou a prática delituosa.

Durante a votação dos quesitos, os jurados reconheceram a materialidade e a autoria do crime. Contudo, quando da votação do quesito genérico, absolveram o acusado. O Ministério Público apelou, alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, sendo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso. Na sequência, o acusado apresentou, após o trâmite processual adequado, recurso especial, o qual foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, socorrendo-se de um *habeas corpus*, pleiteou ao Supremo Tribunal Federal a concessão de ordem para restabelecer a decisão do conselho de sentença que o absolveu, o que foi deferido pela Corte cons-

que ao conselho de sentença o acolhimento da tese do excesso culposo no estado de legítima defesa, sendo que os jurados acolheram a tese e Doca Street foi condenado a pena de 2 anos de prisão, com a suspensão da pena. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso do Ministério Público e determinou a realização de novo julgamento. Em 1981 realizou-se o segundo julgamento, quando Doca Street foi condenado a quinze anos de prisão em regime fechado. Cf. DOTTI, René Ariel. “Doca Street: o preço do machismo”, em *Casos criminais célebres*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. O *podcast* “Praia dos ossos”, de curadoria de Branca Vianna, apresenta detalhadamente como os fatos ocorreram, desde o homicídio até o segundo julgamento. Disponível em: www.radionovelo.com.br/praiadosossos/. Acesso em: 12 out. 2021.

titucional, sob o argumento, em especial, de que não cabe recurso de apelação em face das absolvições realizadas com base no quesito genérico, em razão da soberania dos veredictos. Embora o recurso dissesse respeito a esse particular aspecto, não se pode ignorar que o julgamento pelo Tribunal do Júri tinha por objeto um crime de feminicídio, na modalidade tentada, em que o acusado confessou que desferiu várias facadas contra a sua companheira, por acreditar que ela o estava traindo, e utilizando largamente de argumentos relacionados à legítima defesa da honra.

O Supremo Tribunal Federal, através de sua 1ª Turma, concedeu a ordem, registrando que “a absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados”.³⁹

O ministro ALEXANDRE DE MORAES, em seu voto vencido, assim discorreu sobre a tese da legítima defesa da honra:

Nós, ao permitirmos uma nova análise, estaremos, com todas as vênias às posições em contrário, ratificando o quesito genérico, contrário à prova dos autos, de legítima defesa da honra, que, até décadas atrás, no Brasil, era o que mais absolvía os homens violentos que mataram as suas esposas, namoradas, mulheres, com o que fez que o Brasil, lamentavelmente - repito novamente -, seja campeão do feminicídio.

Da mesma forma, é de se destacar a pertinente e oportuna conclusão do ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em seu voto vencido:

Se chancelarmos a absolvição de um feminicídio grave como esse, pode parecer que estamos passando a mensagem de que um homem, se se sentir traído, pode esfaquear sua mulher, tentando matá-la em legítima defesa da honra ou seja lá que tese se possa defender. Não me parece que, já avançado o século XXI, essa seja tese que se possa sustentar. Presidente, sinceramente, não gostaria de viver

³⁹ *Habeas corpus* n. 178.777-MG – STF – 1ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – julgado em 29.set.2020 – ordem deferida – votação majoritária, vencidos os Mins. Alexandre de Moraes e Roberto Barroso – DJe, n. 291, 14.dez.2020.

em um país em que os homens pudessem matar suas mulheres por ciúmes e sair impunes.

Após a decisão do *habeas corpus* n. 178.777-MG, no dia seis de janeiro de 2021 o Partido Democrático Trabalhista (PDT), citando-o, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ação de descumprimento de preceito fundamental autuada sob o n. 779. A ação foi proposta em face do disposto no art. 23, II e art. 25, do Código Penal, e art. 65, do Código de Processo Penal, para que lhes seja atribuída interpretação conforme a Constituição e sejam considerados compatíveis com a Constituição apenas se excluída de seu âmbito de proteção a tese jurídica da “legítima defesa da honra”.

Ainda, de forma alternativa, requereu que seja declarada a não-recepção constitucional sem redução de texto dos referidos artigos, para declarar a não-recepção de quaisquer interpretações que admitam a tese da legítima defesa da honra.

Alegou que a legítima defesa da honra é tese que permite que uma pessoa (em regra, um homem) possa matar outra pessoa (geralmente, uma mulher), para proteger a sua honra, em razão de traição em relação afetiva.

O autor da ação indicou que os preceitos fundamentais violados por atos do poder público são: (i) direito fundamental à vida (Constituição, art. 5º, *caput*); (ii) princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição, art. 1º, III); (iii) princípio da não discriminação (Constituição, art. 3º, IV); (iv) os princípios do Estado de Direito (Constituição, art. 1º), da razoabilidade e da proporcionalidade (Constituição, art. 5º, LIV).

A questão central da ADPF n. 779 foi assim apresentada:

A soberania dos veredictos constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri admite que ele decida de forma *manifestamente contrária à prova dos autos*, no sentido de decisão incompatível com qualquer sentido minimamente defensável racionalmente aos elementos produzidos nos autos, bem como com o Direito vigente e em vigor no país?

No mérito, a presente ação tem como fundamentos, em suma: a) o caráter não absoluto da soberania dos veredictos; b) a preponderância do bem jurídico vida em caso de eventual conflito com o bem jurídico honra; c) a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos decorrentes do princípio do devido processo legal.

A ação foi distribuída ao Min. DIAS TOFFOLI, que no dia 26 de fevereiro de 2021 deferiu parcialmente a medida cautelar pleiteada, em razão da ausência de respaldo jurídico da tese da legítima defesa da honra.

Os motivos que fundamentam a decisão cautelar são: 1) a legítima defesa da honra não é, tecnicamente, uma legítima defesa (o adultério não configura agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal); 2) ofensa constitucional à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e ao direito à vida e à igualdade (concluo que a tese da “legítima defesa da honra” é prática que não se sustenta à luz da Constituição de 1988, por ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida); 3) a legítima defesa da honra não pode ser invocada como argumento jurídico ou não jurídico inerente à plenitude de defesa, sendo que não há garantias absolutas (a cláusula tutelar da plenitude de defesa não pode constituir instrumento de salvaguarda para prática ilícita).

Por fim, destacou-se na decisão cautelar que a utilização, pela defesa, da tese da legítima defesa da honra é vedada em todas as fases (pré-processual, processual e no julgamento perante o Tribunal do Júri). Ainda, frisou que a sanção pelo uso da tese é a nulidade da prova, do ato processual ou até mesmo dos debates na sessão do julgamento no Júri, facultando-se o recurso da acusação em apresentação de apelação com base no art. 593, III, *a*, do Código de Processo Penal (nulidade posterior à pronúncia).

O plenário do Supremo Tribunal Federal referendou unanimemente a concessão parcial da medida cautelar proferida pelo Min. DIAS TOFFOLI, acrescentando que a vedação da tese da legítima defesa da honra não é apenas para a defesa, sendo estendida para a acusação, a autoridade policial e o júízo.

5 COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PLENITUDE DE DEFESA, DA IGUALDADE ENTRE OS CIDADÃOS E DA DIGNIDADE DA PESSOA

Para além da não configuração da legítima defesa, um dos pontos mais importantes envolve a colisão entre princípios constitucionais, pois, de um lado há o princípio da plenitude de defesa e, de outro, os princípios da igualdade entre os cidadãos, da dignidade da pessoa e da vedação de discriminação.

A Constituição Federal de 1988 coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro (Constituição, art. 1º, III), e estabelece amplo rol de direitos e garantias fundamentais.

A partir da teoria de ROBERT ALEXY, os direitos fundamentais devem ser estudados com base na estrutura das normas de direitos fundamentais, com destaque para a diferença entre, os direitos fundamentais como “um todo” e as posições jurídicas que decorrem deste todo.

A definição de direito fundamental é composta pelos seguintes elementos: os enunciados normativos, as normas e as posições de direito fundamental. Enunciados normativos são os textos inseridos na constituição e que preveem os direitos fundamentais.⁴⁰ A norma de direito fundamental é o conjunto de significados dos enunciados normativos, portanto, decorre da interpretação dos enunciados. As posições de direitos fundamentais ou “direito fundamental em sentido estrito”, são os bens jurídicos protegidos pelas normas de direito fundamental.

No que se refere à estrutura da norma de direito fundamental, a distinção mais importante é aquela entre regras e princípios, pois sem ela não é possível analisar as restrições de direito fundamentais, a colisão entre eles, e o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Para ALEXY, a distinção entre normas e princípios tem como base uma diferença qualitativa. Os princípios são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Assim, os princípios são *mandados de otimização* que podem ser satisfeitos em variados graus e a satisfação depende tanto das pos-

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.

sibilidades fáticas quanto jurídicas. As regras, por outro lado, são normas que sempre serão satisfeitas ou não satisfeitas e que contém determinações no âmbito do que é fático e juridicamente possível.⁴¹

Para o presente estudo, é fundamental conhecer a maneira como são solucionados o conflito entre as regras e a colisão entre os princípios. O conflito entre regras somente pode ser solucionado de duas formas: a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção; uma das regras seja declarada inválida (e eliminada do ordenamento jurídico).

Quando ocorre a colisão, um dos princípios deve prevalecer. Contudo, o outro princípio não é considerado inválido no ordenamento jurídico, nem há necessidade de inclusão de cláusula de exceção. O que ocorre é que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”. Como afirma ALEXY, “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência”.⁴²

Portanto, considerando que os princípios não contém um mandamento definitivo, possuindo apenas *prima facie*, faz-se necessária a avaliação do caso concreto para saber qual dos princípios colidentes deve prevalecer e ser aplicado.

No tema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 779, qual seja, a (in)constitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, está presente uma colisão de princípios constitucionais entre o princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, *a*) e os princípios da dignidade da pessoa humana (Constituição, art. 1º, III), da não discriminação (Constituição, art. 3º, IV) e da igualdade entre homens e mulheres (Constituição, art. 5º, I).

Então, com base na teoria de ROBERT ALEXY, para resolver tal colisão é indispensável saber qual ou quais deles têm precedência em face dos demais. Através da medida cautelar unanimemente concedida, verificou-se que a Corte Suprema considerou, acertadamente, que a vida da mulher, sua dignidade e sua igualdade tem prevalência sobre a plenitude de defesa e a honra do homem.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 90-91.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 92-94.

Inegável que a plenitude de defesa autoriza a utilização de todos os meios possíveis para o convencimento dos jurados acerca da tese defensiva. Porém, como destacam MARINA BONATTO, ESTEFÂNIA BARBOZA e CLARA ROMAN BORGES, essa garantia, assim como os demais direitos, não é absoluta e deve ser interpretada em conjunto com os demais preceitos constitucionais. Aduzem as autoras que “o plenário do júri não é um ringue de vale tudo, embora alguns se comportem como se fosse, não estão autorizados atos de racismo ou de desqualificação de minorias vulneráveis”.⁴³ No ambiente judicial, como no ambiente social, réu e vítima são igualmente cidadãos e cidadãs e merecem ser respeitados e protegidos contra a revitimização através do processo penal condenatório. O ambiente processual deve ser educativo e humano para todas as partes envolvidas.⁴⁴

Os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer restrições. Sobre as limitações dos direitos fundamentais, GILMAR FERREIRA MENDES destaca:

O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingriff*).⁴⁵

Portanto, tem-se que a vedação da utilização da tese da legítima defesa da honra é uma restrição a plenitude de defesa. Contudo, trata-se de uma restrição constitucionalmente válida e legítima na medida em que tem amparo em outras normas constitucionais, em especial aquelas que determinam a igualdade entre homens e mulheres, a não discriminação entre eles e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Uma possível alternativa para solucionar a colisão seria a de permitir que a defesa utilizasse a tese da legítima defesa da honra, porém,

⁴³ BONATTO, Marina, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e BORGES, Clara Maria Roman. “Entre a vida...”.

⁴⁴ Cf. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*, Curitiba: Juruá, 1991, p. 51.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva-IDP, 2009, p. 328.

quando da votação dos quesitos fosse proibido ao juiz-presidente a formulação de quesito sobre a legítima defesa da honra. Assim, não haveria uma limitação à plenitude de defesa e, ao mesmo tempo, não seria admitida a deliberação dos jurados sobre uma tese é que inconstitucional.

Contudo, a Lei n. 11.689, de 2008, visando facilitar a votação e evitar que a quesitação continuasse sendo um “vastíssimo arsenal de nulidade”,⁴⁶ acabou por agrupar todas as teses defensivas em um único e obrigatório quesito,⁴⁷ qual seja, aquele previsto no art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal: “O jurado absolve o acusado?”.

Desta maneira, e tendo em vista que os votos são sigilosos e que não há um quesito próprio e autônomo sobre a tese da legítima defesa (da honra), pois o chamado quesito genérico abrange todas as teses defensivas, verifica-se que a presente alternativa tornar-se-ia sem efeito.

Outra possibilidade está nas instruções aos jurados. Através das instruções, que não existem no Júri brasileiro, o juiz apresenta aos jurados informações sobre os parâmetros a serem observados durante o julgamento, contextualizando-os sobre o fato que julgarão, o procedimento adotado, algumas premissas de valoração da prova, entre outros.⁴⁸

Destaca MARCELA MASCARENHAS NARDELLI:

É essencial que o conjunto de informações seja disponibilizado ao júri pelo magistrado de forma imparcial, completa, didática e compreensível. Os cidadãos devem ser informados de que esses parâmetros gerais devem ser seguidos como pressuposto necessário para a justiça.⁴⁹

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. “Esboço para a reforma do júri”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 3 (jul-set/1993), p. 273.

⁴⁷ A abrangência de todas as teses defensivas no quesito genérico é tema pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Cf. *Habeas corpus* n. 146672 – STF – 1ª Turma – Rel. Marco Aurélio – Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux – julgado em 13.ago.2019 – DJe n. 205, 18.ago.2020; Agravo regimental no agravo no recurso especial n. 1046744-AM – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – julgado em 23.mai.2017 – DJe, 30.mai.2017.

⁴⁸ NARDELLI, Marcela Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020, p. 483-485.

⁴⁹ NARDELLI, Marcela Mascarenhas. *A prova...*, p. 486

Assim, caso houvesse previsão das instruções aos jurados no Júri nacional, poder-se-ia pensar que o juiz passaria as instruções acerca da inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra aos jurados, de modo que a defesa poderia explorar tal tese em suas argumentações. Porém, tendo em vista que não há previsão de instruções ao jurado no ordenamento jurídico brasileiro, tal possibilidade se torna inexecutável.

6 CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri é uma instituição que representa a democracia brasileira, na medida em que permite que o povo possa atuar de maneira direta e imediata junto ao Poder Judiciário, uma vez que a Constituição conferiu aos cidadãos o poder-dever de julgar os crimes dolosos contra a vida. O tribunal popular é, em si, uma garantia do cidadão, que é julgado pelos seus pares, o que evita os efeitos da massificação dos julgamentos.⁵⁰

Trata-se da única oportunidade em que a decisão (imperativa) do Poder Judiciário é efetivamente construída pelos cidadãos, que aprendem a democracia ao participar desse processo,⁵¹ representando um ponto de contato entre o mundo real e o mundo jurídico.⁵² Portanto, o Júri é uma verdadeira escola da cidadania, em que se aproximam o povo e o Poder Judiciário.⁵³

O constituinte assegurou expressamente a plena defesa como um dos elementos indispensáveis ao Júri. A plena defesa (assegurada aos acusados dos crimes dolosos contra a vida) é mais intensa do que a ampla defesa (conferida aos acusados em geral), devendo, assim, ser exercida de forma completa e perfeita, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Entretanto, e considerando que não há que se falar em direitos absolutos, existem, no ordenamento jurídico pátrio, limitações argumentativas e probatórias ao exercício da plena defesa, tais como as vedações dos

⁵⁰ CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 45.

⁵¹ RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16.

⁵² TUBENCHLAK, James. *Tribunal...*, p. 194.

⁵³ RAMOS, João Gualberto Garcez. "O júri como instrumento de efetividade da reforma penal", em *Revista dos Tribunais*, n. 699 (jan/1994), p. 287.

arts. 478 e 479, do Código de Processo Penal, bem como a impossibilidade de inovação da tese defensiva durante a tréplica, como restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por muito tempo, em julgamentos realizado perante o Júri, principalmente nos casos de feminicídio, utilizou-se a tese defensiva da legítima defesa da honra, segundo a qual a uma pessoa (em regra, um homem) é permitido matar outra pessoa (geralmente, uma mulher), para *lavar sua honra* em razão de traição ou outra forma de infidelidade.

Apesar de tal tese não caracterizar efetivamente uma legítima defesa, pois não preenche os requisitos do Código Penal (art. 25), a ausência de formação técnico-jurídica dos jurados, possibilita sua utilização exitosa para gerar absolvições de feminicidas ou, ainda, a imposição de penas excessivamente brandas.

A ação de descumprimento de preceito fundamental n. 779 questionou a constitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal unanimemente concedeu medida cautelar para declarar a legítima defesa da honra incompatível com o sistema jurídico brasileiro, proibindo a sua utilização, por todas as partes, em qualquer momento processual, desde a investigação preliminar até o julgamento perante os jurados.

Então, surgiu o polêmico e delicado debate acerca da limitação da plenitude de defesa pela não possibilidade de utilização de uma tese defensiva.

Em um primeiro momento, verifica-se que efetivamente surge uma restrição ao direito de plena defesa, pois a defesa não pode sustentar uma tese. Contudo, como não há direitos absolutos, imprescindível averiguar se esta restrição possui, ou não, um respaldo constitucional.

A colisão entre princípios constitucionais pode ser assim expressada: de um lado, o princípio da plenitude de defesa; de outro lado, os princípios da igualdade entre homens e mulheres, o princípio da não discriminação e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir da teoria de ROBERT ALEXY, tem-se que há uma colisão entre princípios fundamentais, motivo pelo qual um deve ceder, com base na relação de precedência. No caso concreto, a nosso ver, devem prevalecer

os princípios que protegem a vida da mulher, que tem como base a igualdade e a não discriminação, conseqüentemente a restrição à plenitude de defesa está constitucionalmente justificada. Conforme salientaram MARINA BONATTO, ESTEFÂNIA BARBOZA e CLARA ROMAN BORGES, a decisão do STF “não limitou o exercício da advocacia no Tribunal do Júri e nem cerceou a plenitude de defesa, apenas lembrou que a atuação do defensor perante os jurados deve ser ética e priorizar a vida, compromissada com os demais direitos fundamentais estabelecidos na Constituição”.⁵⁴

Desta maneira, conclui-se que a impossibilidade de utilização da tese de legítima defesa da honra tem base constitucional, sendo, portanto, legítima e adequada para o atual momento jurídico-constitucional do Estado Democrático Brasileiro.

Sempre oportuno lembrar as lições de ADRIANO MARREY quando afirma que os jurados não são onipotentes e não tem poderes “de tornar o quadro redondo e de inverter os termos da prova. Julgam eles segundo os fatos objetos do processo; mas, exorbitam se decidem contra a prova”.⁵⁵ E, como leciona ÉRIKA COSTA DA SILVA “o uso de teses como a da legítima defesa da honra apenas fortalece a imagem antagônica que parte da sociedade civil possui da mulher, legitimando uma prática discriminatória da qual a vítima torna-se culpada da própria morte”.⁵⁶

Se é verdade que o tribunal do júri é o órgão julgador mais democrático do sistema de Justiça Criminal e uma escola de cidadania, não pode funcionar como fator de deseducação dos cidadãos, afirmando teses contrárias ao Direito. Ao contrário, tem de afirmar e reafirmar diuturnamente a igualdade jurídica entre homem e mulher. E, exatamente quando a mulher é atingida por um dos mais graves crimes do ordenamento jurídico, deve garantir que ela não seja, uma vez mais, por via do processo penal condenatório, vitimizada.

⁵⁴ BONATTO, Marina, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e BORGES, Clara Maria Roman. “Entre a vida...”.

⁵⁵ MARREY, Adriano, FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

⁵⁶ COSTA DA SILVA, Érika. “*Há limites...?*”, p. 199.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

BONATTO, Marina, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e BORGES, Clara Maria Roman. “Entre a vida da mulher e a honra do homem”, (3.mar.2021). Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-a-vida-da-mulher-e-a-honra-do-homem-09032021. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva-IDP, 2009.

CAMPOS, Carmen Hein de. “Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista”, em *Sistema Penal & Violência*, v. 7, n. 1 (jan-jun/2015), p. 103-115.

CANUTO, Érica. “Repercussões da inconstitucionalidade da legítima defesa da honra da ADPF 779 do STF na Lei Maria da Penha e nas varas de família”. Disponível em: ibdfam.org.br/artigos/1664/Repercuss%C3%B5es+da+inconstitucionalidade+da+leg%C3%ADtima+defesa+da+honra+da+ADPF+779+do+STF+na+Lei+Maria+da+Penha+e+nas+varas+de+fam%C3%ADlia. Acesso em 15 mar. 2021.

CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva-IDP, 2009.

COSTA DA SILVA, Érika. “Há limites no tribunal do júri? Breves considerações acerca do emprego de discursos jurídicos violadores de direitos das vítimas do feminicídio”, em *Revista Liberdades*, v. 11, n. 29 (jan-jun/2020), p. 173-204.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DOTTI, René Ariel. “Esboço para a reforma do júri”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 3, (jul-set/1993), p. 272-297.

DOTTI, René Ariel. “A perturbação dos sentidos e da inteligência”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9 (jan-mar/1995), p. 180-181.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

D’URSO, Adriana Filizzola. “A ultrapassada (e agora inconstitucional) tese de legítima defesa da honra e o Direito à defesa”. Disponível em: www.migalhas.com.br/depe-so/341207/a-ultrapassada-tese-de-legitima-defesa-da-honra-e-o-direito-a-defesa. Acesso em 05 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva, MARREY, Adriano e STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*, 3ª ed., São Paulo: Gen-Atlas, 2016.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução provisória da pena no júri: fundamentos políticos e jurídicos*, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

LAGARDE, Marcela. “Del femicidio al feminicidio”, texto para a conferência “Proyecto de ley por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México”, apresentada no *Seminário Internacional de Direito das Mulheres a uma vida livre de violências*, organizado pela corporação SISMA Mujer y llevado a cabo en Bogotá, (3-4 ago. 2006).

LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*, Belo Horizonte: Editora Líder, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1.

MARREY, Adriano, FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva-IDP, 2009.

MOSTACHI, Bárbara. “Sem a palavra, a defesa!” Disponível em: canalciencias-criminais.com.br/sem-a-palavra-a-defesa/. Acesso em 06 mar. 2021.

NARDELLI, Marcela Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARADA NETO, José. “A defesa no plenário do Júri”, em AA.VV. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, org. de Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 160-187.

PASINATO, Wânia. “‘Femicídios’ e as mortes de mulheres no Brasil”, em *CADERNOS Pagu*, n. 37 (2011), p. 219-246.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do terror”*, Curitiba: Juruá, 1991.

RAMOS, João Gualberto Garcez. “O júri como instrumento de efetividade da reforma penal”, em *Revista dos Tribunais*, n. 699 (jan/1994), p. 283-288.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, ed. facsimilar, prefácio de Felix Fischer, Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de onze de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*, reed. facsimilar, prefácio de Laurita Hilário Vaz, Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1.

STOCO, Rui, MARREY, Adriano e FRANCO, Alberto Silva. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.



A LICITUDE DA PROVA COMO NOVO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA DA ACUSAÇÃO

JULIANO BREDA¹



RESUMO

A Constituição Federal de 1988 enumera um grande catálogo de direitos fundamentais. Entre eles, o direito fundamental à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, em decorrência da evolução histórica do conceito de devido processo legal. O Código de Processo Penal repete a regra constitucional e proclama ainda a inadmissibilidade das provas derivadas, ressalvando a possibilidade de utilização dos elementos probatórios obtidos sem nexo de causalidade ou por fonte independente. No exame da admissibilidade da prova importantes questões como a ponderação de direitos fundamentais devem ser objeto de decisão judicial fundamentada. Especialmente porque a licitude da prova deve ser compreendida como elemento da justa causa da acusação.

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Devido Processo Legal; Prova ilícita; Justa Causa.

SUMÁRIO

1. Introdução. Direitos Fundamentais e proibições probatórias; **2.** Prova ilícita e os critérios da ponderação, proporcionalidade e razoabilidade; **3.** Prova lícita como elemento da justa causa. Desentranhamento e descontaminação da prova ilícita; **4.** Conclusão; Referências.

¹ Advogado. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Presidente da OAB/PR (2013-2015). Conselheiro Federal da OAB (2016 – 2021). E-mail: juliano@breda.adv.br.

1 INTRODUÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÕES PROBATÓRIAS.

“Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, *direitos de defesa* contra os poderes estatais”². Nessa exata perspectiva, sobre a magnitude e dimensão da natureza jurídica de tais garantias, Gilmar Mendes sustenta que “*na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário*”³. Paulo de Souza Mendes define com precisão os contornos e a importância da matéria:

A velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de meios de prova. Ou então não é verdade que a Constituição elevou à categoria de direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana. Nas múltiplas garantias constitucionais do processo criminal cabem as proibições de prova subentendidas na cominação da nulidade de ‘todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações’ (art. 32, n° 4, CRP)⁴.

Entre os direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º da Constituição da República de 1988 está o direito à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos), apenas uma das múltiplas faces da concepção moderna do princípio do devido processo legal, também lá assegurado. A elevação da garantia ao status de regra constitucional é de vital importância, eis que algumas vezes autorizadas, até pouco tempo, sustentavam a admissibilidade da prova exatamente em face da inexis-

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 235.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3

⁴ MENDES, Paulo de Souza *As proibições da prova no processo penal*. Intervenção em Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coord. PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004, p. 137.

tência de proibição constitucional (por todos, Franco Cordero, que em célebre estudo sobre a então recente construção alemã, indagava: *Divieti probatori nella Costituzione?*⁵).

É necessário desde logo demarcar o conceito de *admissibilidade*, categoria vital para a demarcação do reconhecimento e efeitos da prova ilícita, que exige um juízo antecedente a respeito da possibilidade do uso de um meio de prova ou de meio de obtenção de prova e do ingresso do material colhido no procedimento criminal. Antonio Magalhães Gomes Filho sustenta que a

admissibilidade da prova...consiste numa valoração prévia pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos...⁶.

Evidentemente, para se chegar a tal ponto a doutrina teve de evoluir muito nos últimos dois séculos, e em especial nas últimas décadas. O tratamento acadêmico da matéria era, para dizer o mínimo, superficial, e as limitações matéria de prova cingiam-se à tortura, ao emprego de violência, e a questões prejudiciais de natureza civil, ou à capacidade de testemunhar. A conhecida obra de Jeremias Bentham⁷ já tratava do assunto, em 1823. Mesmo aproximadamente cem anos depois o tradicional estudo de Malatesta⁸ trazia poucas inovações ao tema.

As limitações em matéria probatória têm sua mais conhecida origem, vale sempre sublinhar, a partir da consagração do devido processo legal, cuja referência mais remota e importante pode ser extraída do conhecido artigo 39 da Magna Carta de João Sem Terra, do ano de 1215: “*No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his*

⁵ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè Editore, 1963, p. 153

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

⁷ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. II. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 83 e segs.

⁸ MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. II. Trad. de Waleska Silverberg. Conan Editora Ltda., 1995, p. 215 e segs.

peers or by the law of the land". Posteriormente, em 1354, Eduardo III reedita a Carta, agora com o uso expresso do "devido processo legal". O artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 previa:

Artigo 7º- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

Os Estados Unidos conheceram oficialmente a expressão com a 5ª Emenda do Bill of Rights, em 1791:

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Aliás, é importante ressaltar que o próprio sistema inquisitório conhecia limitações ao direito probatório, como explica Perfecto Ibáñez: "*Con todo, lo cierto es que el proceso inquisitivo también conoció reglas, entre otras, la de que cualquier indicio no habilitada para la aplicación de la tortura*".⁹

A menção à evolução jurídica do devido processo legal não é desnecessária, pois a consolidação e a efetividade normativa do princípio foi mais complexa do que a sua adoção formal nos documentos e tratados, bastando anotar que a própria reforma constitucional italiana, que cunhou a expressão "**justo proceso**", concluiu pela necessidade de am-

⁹ IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 183.

pliar o conteúdo e a área de incidência da garantia, que completa nada menos que aproximadamente 800 anos.

O alargamento do conteúdo do devido processo legal inicia-se de forma praticamente paralela à expansão e consagração dos direitos fundamentais, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial. Essa é a ligação de Miguel Carbonell:

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Bill of Rights de la Constitución estadounidense de 1787 son los dos documentos señeros en esa etapa), se van expandiendo em las décadas sucesivas. La última estación dentro de esa historia fantástica es la que se expiden textos constitucionales com amplios mandatos substantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

Se trata de una tendencia que se agudiza a partir de los años 70 del siglo XX y que da lugar a Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas 'materiales' o substantivas que condicionan la actuación del Estado...¹⁰.

E é perfeitamente compreensível que a progressiva alteração das normas fundamentais de garantia, que foram incorporando conteúdos eminentemente de proteção individual e de limitação do exercício do poder, em especial, da limitação da persecução, provocou uma radical mudança na compreensão do conceito e das finalidades do processo penal no ordenamento jurídico. E a partir dessa nova matriz, gerada com especial força pelas exigências de humanização do pós-guerra, concretiza-se a finalidade do processo penal como instrumento de reconstituição de um fato tido como delituoso e imputado a alguém, assegurando-se ao indivíduo o pleno exercício de um conjunto de garantias contra a possibilidade da aplicação arbitrária da sanção penal.

Consolidou-se no pensamento acadêmico a associação entre processo e garantias, que apenas esse novo processo penal passou a assegurar ao indivíduo, a partir do momento no qual a civilização concluiu

¹⁰ CARBONNEL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grádez. Presentación. In: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra Editores, 2010, p. 9.

que a resposta ao fenômeno do crime não poderia ser realizada por intermédio de uma repressão sem fronteiras éticas ou balizamentos morais, legalmente estabelecidos. Gómez Colomer, a respeito do processo penal espanhol, afirma que o reconhecimento das proibições de prova traz, fundamentalmente, dois efeitos:

Por un lado, el efecto garantista, ya que una correcta teoría sobre la prueba prohibida contribuye eficazmente a una mejor protección de los derechos fundamentales del imputado o acusado garantizados por la Constitución que ordena esa democracia; y por otro lado, y no en último lugar, el efecto disuasorio, por el que se asegura que las conductas de las autoridades de persecución penal, sobre todo durante la investigación del crimen y particularmente las realizadas por la policía, serán ajustadas a la misma Constitución¹¹.

Portanto, no processo penal de respeito aos direitos humanos, a resposta à acusação da prática de um crime não é realizada sem a imposição de limites expressos e claros à atividade do Estado. Claus Roxin aponta como tarefas ou metas do processo penal a obtenção de uma decisão sobre a punibilidade do imputado “materialmente correta, obtida em conformidade com o ordenamento jurídico e que restabeleça a paz jurídica”¹². Figueiredo Dias, em sua clássica obra, destaca que a finalidade do processo penal é a obtenção de uma decisão com três qualidades essenciais: “ser lograda de modo processualmente admissível e válido, ser justa segundo o direito substantivo; tornar seguro e estável o direito declarado”¹³.

Neste cenário jurídico, a busca da verdade perdeu o posto de fim único do processo penal para a proteção dos direitos do indivíduo acusado, em razão das limitações constitucionais à atividade da persecução estatal. É essa a conclusão de Muñoz Conde, ao anotar que

¹¹ COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Temas dogmáticos y probatórios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2010, p. 22

¹² CÓRDOBA Gabriela; PASTOR Daniel. trad. de *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.2.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 49.

*la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio*¹⁴.

Segundo, ainda, o autor espanhol,

*o objeto del proceso penal es la obtención de la verdad solo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una 'verdad forense' que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho*¹⁵.

A verdade como categoria processual penal tem protagonismo fundamental nessa arena, pois seu conceito e a importância que lhe é outorgada servem, na maioria das vezes, como elemento de flexibilização dos direitos e garantias processuais, como denuncia Jacinto Coutinho:

Assim, quando se fala em **relativização das regras e princípios se tem por base...as questões atinentes à verdade, a qual, tem-se presente hoje, não encontra mais qualquer respaldo como absoluta...** Desde este ponto de vista, só aos ingênuos (ou muito ladinos) se poderia admitir que sustentassem a **relativização das regras e princípios**, a um, em razão de as tomarem como Verdade e, a dois, por darem a elas o status do real (quando não passam de significantes e, portanto, palavras e, assim, da ordem do imaginário, logo, do lugar do engano, da fraude, na operação de identificação, como tantas vezes mostrou Lacan), embora – por mais paradoxal e equivocado que possa parecer – a tentativa é que seja um **real possível**¹⁶.

¹⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Publicação da Universidad Pablo d'Olavide. Sevilla, 1999, p. 53

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011, p. 193.

Redefinidos, então, o conceito e a importância da verdade no processo, perdem sustentação os discursos que a invocam como pretexto para o sacrifício das garantias individuais, pois não há o alegado conflito entre tais princípios (busca da verdade e respeito às garantias), simplesmente pelo fato de que a busca da verdade no estado de direito democrático só pode ser realizada com respeito às garantias fundamentais do cidadão acusado. Isso não significa, de maneira alguma, sustentar que o processo penal deve ser conduzido desprezando a busca pela verdade, mas torna-se necessária a delimitação precisa da importância dessa atividade, com os contornos demarcados em função dos direitos de defesa do indivíduo acusado.

Não há espaço aqui para a reprodução dos debates a respeito dos conceitos de verdade, verdade material e verdade processual. Tem razão Luigi Ferrajoli ao afirmar que “a ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos”¹⁷.

Superado o mito da verdade material, deve-se compreender que a verdade no processo penal, tal como refere Ferrajoli, nada mais deve ser do que o conhecimento do fato imputado reconstruído a partir do conjunto dos dados obtidos (prova), sendo, então, a partir dessa premissa, possível admitir a legitimidade do provimento judicial que “afirma a ‘verdade’ de uma ou várias proposições” “(plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos”. Parece claro que a definição retira toda e qualquer presunção ingênua de que se estaria ao final do processo penal sempre diante “da verdade”, mas apenas da verdade relacionada aos conhecimentos judicialmente obtidos, com respeito aos limites impostos ao procedimento de aquisição desse “saber”.

Os limites estabelecidos à busca da verdade são, por isso mesmo, irrenunciáveis, cujo desrespeito genericamente deslegitima a decisão

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

judicial e especificamente pode gerar a nulidade do processo. Quanto mais poderosos forem os instrumentos de invasão à privacidade à disposição do Estado, quanto mais frequentes são as medidas de privação patrimonial e da liberdade dos indivíduos e quanto maiores as sanções penais aplicadas, mais densidade e efetividade deviam ser conferidas às garantias processuais da pessoa acusada. As normas constitucionais de garantia dos direitos do cidadão servem para assegurar certo equilíbrio entre o Estado (policial, acusador, julgador) e o indivíduo, não raras vezes defendido também pelo próprio Estado, em precárias condições.

Assim, a crescente intervenção do Estado policial exige a consciência de que os direitos fundamentais devem ser preservados por intermédio de um reforço das garantias constitucionais, sob pena de um desequilíbrio ainda maior na relação desigual entre o Estado e o indivíduo. Só é possível pensarmos na efetividade e legitimidade da persecução e do processo penal com o respeito absoluto às garantias do indivíduo. Haveria corretamente sustentado a impossibilidade de aceitarmos o discurso que contrapõe os interesses da persecução penal e o direito de liberdade do acusado, ao afirmar: “efetiva pode ser atualmente somente uma persecução penal caso ela trate os autores com dignidade e liberdade”¹⁸. No entanto, assistimos gradativamente uma erosão das garantias fundamentais do cidadão.

Desde o início da década de 80 surge uma concepção que pretende atribuir ao direito penal uma força ainda maior, tarefas mais complexas. Os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade que indicavam ser o direito penal a *ultima ratio*, ou seja, a última intervenção jurídica para casos mais graves, acabam relativizados em face das grandes mudanças que o mundo presencia.

A economia maximizou-se, rompendo todas as fronteiras nacionais. Grandes grupos financeiros transformaram-se em corporações mundiais, onde o fluxo de capitais não respeita mais o tempo e o espaço. Uma fraude na contabilidade de uma empresa norte-americana tem poder avassalador sobre as bolsas de valores na Ásia e na América do Sul. E os Estados assistem a todo esse fenômeno com inédita passividade.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 119.

A transnacionalização da conduta criminosa pode ser vista na lavagem de dinheiro, em que se reciclam recursos provenientes do narcotráfico das selvas amazônicas ou dos grandes aglomerados urbanos, da corrupção e das máfias dos países do leste europeu ou do terrorismo dos desertos do Oriente Médio, utilizando-se empresas off-shores de paraísos fiscais, com contas correntes em todos os continentes.

A informação é um bem extremamente importante e valioso. As modernas tecnologias, na mesma escala em que aproximaram o mundo, tornaram-no refém do chamado cyber-crime. A humanidade começa a se conscientizar da tragédia que a poluição ambiental em larga escala pode produzir. Ao lado de tudo isso, existe o tráfico de substâncias nucleares, o desvio de armamento militar de países periféricos e as constantes ameaças de ataques terroristas.

Nesse contexto de internacionalização e do agigantamento dos danos que novas ações de âmbito global podem causar, o direito penal foi chamado a intervir de modo ainda mais contundente. Mas é claro que não seria o conhecido direito penal clássico o modelo ideal para atuar nesse campo; aquele direito penal que tratava com lesões individuais, com autor e vítima conhecidos. Agora o direito penal precisa evitar colapsos que atingem todo o sistema financeiro, a saúde pública, a integridade física de cidades, estados, países.

Não cabe, aqui, prosseguir nesse debate que exige uma reflexão cujo aprofundamento é incompatível com o tema. Mas a abordagem serve apenas para evidenciar que esse fenômeno atingiu durante a política criminal moderna, projetando-se diretamente nas reformas penais recentes direcionadas à maior repressão da criminalidade organizada.

E de outro lado, a partir do momento em que se outorga ao direito penal uma missão praticamente militar, um apêndice na guerra contra os inimigos, o discurso penetra no campo processual, com o nascimento de um **processo penal de segurança**, privilegiando a força estatal em detrimento das garantias individuais, com o uso desmesurado de medidas cautelares e meios de obtenção de prova com maior repercussão sobre os direitos individuais.

Nessa linha, a observação crítica, atenta e extremamente lúcida de Winfried Hassemer:

Não posso terminar sem assinalar o facto de o Processo Penal contemporâneo estar profundamente afectado pela invocação do combate à criminalidade organizada. As medidas securitárias são justificadas, sobretudo ao nível internacional, por este objectivo. Haveria, assim, uma função de eficácia penal imediata do Processo Penal, ao aligeirarem-se garantias tradicionais. A flexibilização das escutas e buscas, o enfraquecimento do contraditório bem como do princípio da mediação tornaram-se meios naturais de uma justiça penal eficaz e até defensiva do Estado de Direito democrático. Os resultados de tais métodos criaram, todavia, uma cultura processual penal que corre dois grandes perigos: o de um estado de guerra permanente contra a criminalidade organizada em que cada agente é representado como mera peça da máquina criminoso a combater e a utilização, a torto e a direito, dos quadros legais flexibilizados para combater a criminalidade organizada no tratamento da criminalidade comum¹⁹.

Na conjuntura nacional, é possível avaliar que, quase 30 anos depois, o Brasil ainda não conseguiu concretizar o modelo de garantias processuais eleito pela Constituição e se encontra, atualmente, sob a pressão desse modelo de máxima prevenção e segurança. E entre os principais responsáveis pela mitigação aos direitos fundamentais do cidadão acusado de um crime sem dúvida nenhuma se encontram os meios ocultos de investigação²⁰. A principal análise das características desse modelo vem de Manoel da Costa Andrade:

¹⁹ HASSEMER, Winfrid. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Intervenção em Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coord. PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004, p. 52.

²⁰ É de destacada relevância a abordagem ao tema feita por JULIO MAIER: “*Em verdade, os casos mais claros que provocam a repulsa do conhecimento obtido para o procedimento judicial por intermédio desses métodos, em especial, para o processo penal, são aqueles nos quais a utilização de meios tecnológicos atuais ou mecanismos engenhosos permitem obter, por via oblíqua, a palavra do imputado ou a daqueles personagens da história processual que estão autorizados ou obrigados a não falar ou a não se pronunciar sobre o tema objeto do procedimento. Assim, o escutar a comunicação do imputado com sua esposa, em seu domicílio ou na rua, ou a comunicação do advogado do imputado, a do médico que o atendeu ou de um parente protegido por seu direito de silenciar sobre a imputação; ou o enganar esse mesmo imputado com nossa amizade, para que nos conte aquilo que não nos contaria se soubesse tratar-se de uma representação, são casos genéricos que repugnam nossa ideia de encontrar a verdade por métodos corretos, isto é, mediante o respeito a regras fundamentais que eliminam mecanismos ocultos enganosos. Todos esses casos parecem revelar-nos que eliminamos a tortura ou o tormento pela injúria física que*

Diferentes no conteúdo normativo e na intencionalidade político-criminal, atingindo diferentes fases ou intervenientes processuais, a verdade é que as inovações legislativas...convergem todas no mesmo sentido final: redução e neutralização de garantias de defesa; multiplicação, em número e em potencial de lesividade e devassa, dos meios institucionalizados de intromissão nos direitos fundamentais; deslocação das linhas de equilíbrio normativo do lado da liberdade, da autonomia e da dignidade, para o lado da segurança; do lado da justiça e da ‘superioridade ética do Estado’ (Eb. Sbhmidt) para o lado da eficácia e da Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; do arguido para a ordem, a reafirmação da validade das normas e, aqui e ali, os interesses da vítima.²¹

Ao lado desse novo horizonte, toda a matéria do alcance e limites dos direitos fundamentais no campo da prova ganhou nova reflexão no Brasil, em 2008, com a alteração da regulamentação do direito probatório, que inclusive estabeleceu um novo paradigma, ao considerar *ilícitas* as provas obtidas em descumprimento a preceitos *constitucionais* ou *legais*. Historicamente, a doutrina – seguida pela jurisprudência – sempre distinguiu, como acima destacado, os efeitos da prova ilícita e da prova ilegítima.

No entanto, como bem sustenta Gustavo Badaró, a partir da nova regulamentação do artigo 157 do CPP²², “para a caracterização da prova

eles representam e pelo seu significado histórico, mas seguimos apreciando outros meios de obter a confissão, ocultos ou enganosos para quem possui certos direitos ou obrigações, talvez menos cruéis fisicamente, porém igualmente ilegítimos intelectualmente, se pensamos no aforismo nemo tenetur se ipsum accusare e lhe atribuímos valor de princípio básico; em nosso idioma, “ninguém está obrigado a autoincriminar-se”, a confessar ser autor de uma imputação dirigida contra ele ou a revelar elementos de prova que lhe causem prejuízo. Uma extensão desse princípio é, precisamente, o fundamento que governa a obrigação de uns e a faculdade de outros de negar seu testemunho. Em poucas palavras, parece que substituímos a tortura ou o tormento físico ou psíquico por técnicas desenvolvidas para obter o mesmo resultado contra a vontade do portador do dever ou do direito a não informar” (MAIER, Julio. Intimidade e Privacidade Diante dos Novos Meios de Persecução Penal In: D’AVILA, Fábio Roberto. Org. Direito Penal E Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas E Tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 35/36.)

²¹ ANDRADE, Manoel da Costa. Métodos ocultos de investigação (“Plädoyer” para uma teoria geral). In: Que Futuro Para o Direito Processual Penal. *Simpósio* em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 528.

²² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

ilícita, não se fez, qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual” e conclui conceituando como provas ilícitas “as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”²³. Os efeitos, portanto, são idênticos: inadmissibilidade da prova e proibição de valoração.

Esses são os fatores que determinam outro ponto de observação ao tema das provas ilícitas, sua definição e consequências processuais.

2 PROVA ILÍCITA E OS CRITÉRIOS DA PONDERAÇÃO, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

A discussão sobre a licitude da prova, mais propriamente sobre a “violação a normas constitucionais ou legais” e a definição da “derivação da ilicitude” no procedimento de produção da prova no âmbito do processo penal, conjuga-se diretamente com a garantia de fundamentação da decisão judicial.

Trata-se de um limite intransponível ao arbítrio, por intermédio do dever de motivar a decisão, isto é *explicar os motivos pelos quais deliberou-se dessa forma*, de maneira objetiva e concreta, que, na lição de Canotilho

radica em três razões fundamentais: 1) controlo da administração da justiça; 2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; 3) melhor estruturação

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

A norma do §5º do art. 157 teve sua vigência suspensa com a decisão cautelar na ADI 6298 e aguarda o julgamento de mérito.

²³ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 287/289.

dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas²⁴.

Em qualquer sistema jurídico de estados democráticos existe hoje um indeclinável “direito à fundamentação das decisões judiciais”, de significado caríssimo aos direitos fundamentais, pois a importância desse “direito à decisão fundamentada” consiste em transformar-se – cada vez mais – no principal pressuposto – formal e material - de validade da aplicação da norma ao caso concreto, como bem anota Cristina Queiroz:

O que é relevante na sentença decisória não é a decisão (‘holding’), mas a sua fundamentação. Esta não constitui unicamente um requisito objectivo de um certo tipo de legitimidade. Representa, ainda, uma vertente subjectiva de autêntico direito fundamental...De forma reiterada, em Espanha, o Tribunal Constitucional tem vindo a declarar que este tipo de preceitos se destinam a garantir o direito de ‘obter uma resolução fundada no Direito’ ou ‘que a resolução que se adopte há-de poder estar fundamentada’, posto que ‘quando se omite o raciocínio em relação a alguma das pretensões (...) não pode defender-se que se ditou uma resolução fundada no Direito, produzindo a vulneração do direito fundamental²⁵.

Fundamentar a decisão exige motivação, que significa justificar as interpretações dos fatos e do direito. E justificar, aqui, significa “justificar-se”, ou seja, o julgador deve descrever – com *racionalidade e coerência argumentativa* – como valorou e por que decidiu. Como todo processo decisório, por mais objetivação que se busque, é sempre entrecortado por escolhas e impressões subjetivas do julgador, sobre os fatos submetidos a seu juízo e, também sobre a própria interpretação da norma, impõe-se a exposição aberta e leal de todo esse percurso para se admitir o controle sobre a legalidade da decisão. Advirta-se, entretanto, que esse percurso não é linear e sucessivo, ao contrário, como destaca com brilho Rui Cunha Martins:

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 583.

²⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 166.

Estar convicto não é a etapa final de um trajecto epistémico sem mácula. Aliás, permito-me sugerir que nem sequer é, em bom rigor, uma etapa. É este o argumento de que parto. Parece-me, com efeito, que, em sede de teoria da convicção, não está ainda suficientemente dita a dimensão de circularidade que estrutura todo o mecanismo e que obriga a considerar níveis de sobreposição e de complementaridade entre os vários elementos participantes do dispositivo decisório.

À imagem de um trajecto operado em sucessivas etapas, cada uma delas correspondendo a um estágio epistémico que, partindo da crença e passando pela dúvida, alcançaria sucessivamente o assentimento, a confiança, a aceitação e a própria convicção, para depois se prolongar na decisão e, por fim, na justificação, ambas situadas nesta perspectiva, nos antípodas da crença originária, convirá contrapor a imagem de um circuito em que cada um destes estádios se disponibiliza a interagir e a contaminar os restantes – curto-circuitando, justamente, a demarcação ideal entre eles²⁶.

E é nesse tortuoso sistema decisório, sobretudo no capítulo da motivação, inserido no cenário de ampliação/redução do alcance das normas de direitos fundamentais ao caso concreto, que entram em cena os instrumentos hermenêuticos constitucionais, em especial, os princípios da unidade, da harmonização e da ponderação.

A unidade da Constituição impõe interpretação e aplicação do texto maior como um todo indivisível, uno, e não um conjunto isolado de regras e princípios. Ingo Sarlet explica que “o princípio da unidade da constituição representa talvez menos um autêntico princípio da interpretação do que um objetivo da interpretação”²⁷, pois tal finalidade evidentemente não impede as tensões e conflitos entre normas constitucionais, a serem solucionados com outros recursos.

O autor explica, ainda, que o princípio da harmonização, ou da concordância prática, “implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos

²⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010., p. 21.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato”²⁸. Trata-se como se vê, não propriamente de um princípio capaz de solucionar os mesmos problemas enunciados, mas de especial característica do princípio da ponderação.

A ponderação, como princípio hermenêutico, leciona Canotilho, tem várias razões:

1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; 2) formação principal de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica em caso de colisão, tarefas de ‘concordância’, ‘balanceamento’, ‘pesagem’, ‘ponderação’ típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de ‘tudo’ ou ‘nada’); 3) fractura da unidade de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.²⁹

Na ponderação, outros subprincípios concretizam a tarefa interpretadora, particularmente, a adequação, a proporcionalidade, a razoabilidade, entre outros, a ampliar ou diminuir, de acordo com cada leitura, os efeitos das regras e princípios e a prevalência de uma norma sobre outra. A proporcionalidade em sentido amplo possui três subprincípios, como resume Luciano Feldens:

O juízo de proporcionalidade de uma determinada medida questionada...é alcançável a partir de um raciocínio escalonado, trifásico, envolvendo as parciais que analiticamente a estruturam: os exames de adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcio-

²⁸ Idem, p. 221.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1109.

nalidade em sentido estrito. Nesse contexto os exames de adequação e necessidade perfazem a proporcionalidade em sentido amplo, segundo a qual ‘o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto’. Um meio é considerado adequado ‘quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado; é necessário (exigível) ‘quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental. A proporcionalidade em sentido estrito, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que ‘a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões justificas devem estar em adequada proporção’, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido³⁰.

Em julgado de nossa Suprema Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto condutor do HC 79512-9, abordou o critério da *proporcionalidade* a respeito do problema da derivação da prova ilícita:

Começo por explicitar objeções incontornáveis à invocação do princípio da proporcionalidade no parecer da Procuradoria-Geral, com o fito de dar prevalência ao interesse da persecução criminal sobre o da inviolabilidade do domicílio de que é garantia, quando for o caso, a proibição constitucional de admissão da prova obtida mediante a ilícita invasão da casa de residência ou imóvel a ela assimilado, qual o escritório de uma empresa.

Não contesto a relatividade dos direitos e garantias individuais, sujeitos a restrições na estrita medida da necessidade, em caso de

³⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 161/162. A esse respeito, a doutrina de Laura Clerico sobre idoneidade, meio alternativo menos gravoso ou necessidade e proporcionalidade estrita: “Las ‘reglas’ que determinan como los principios deben ser aplicados son reglas de segundo grado. Los mandatos de la adecuación técnica (o idoneidad) y del médio alternativo menos gravoso son reglas de segundo grado que determina qué es posible en relación com la satisfacción de um principio teniendo em cuenta las posibilidades fácticas. El mandato de la proporcionalid en sentido estricto es una regla de segundo grado, que determina la satisfacción posible del principio bajo consideración de las posibilidades jurídicas”. Ob. cit., p. 30.

conflito com outros interesses fundamentais igualmente tutelados pela Constituição.

Por isso, igualmente não nego, em linha de princípio, a legitimidade do apelo ao critério da proporcionalidade para solver a colisão entre valores constitucionais.

Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes.

É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.

“Fazendo-se eco das mesmas preocupações” – anota Costa Andrade (Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, p. 38), depois, de referir a coincidente posição de Hassemer – “também Wolter considera que “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a proteção de direitos fundamentais. Pois nas situações de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais”. “Em conformidade, e do mesmo passo que reivindica um processo com coeficiente de indisponibilidade” – segue o professor coimbrão – proclama Wolter que “a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados”.

Esse é ponto central relacionado à possibilidade da atenuação dos efeitos à distância da prova ilícita e da contaminação da prova dela derivada pelo art. 157 do CPP³¹. A ponderação foi feita pelo Constituinte, que não

³¹ § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

admitiu relativização da “regra” constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas. Qualquer outra ponderação, realizada a partir da suposta colisão de princípios, ofenderá expressamente a regra constitucional.

Isso não significa que os critérios aludidos não possam ser manejados no tecido processual penal, quando em jogo o debate sobre a prova ilícita. A ponderação terá lugar na decisão judicial de utilização de determinados meios de prova, de um lado invasivos à intimidade, privacidade e liberdade de comunicação, mas, de outro, necessários à efetividade da justiça criminal e idôneos a tutelar o direito fundamental à segurança, de inegável densidade, presente inclusive em declarações de direitos humanos. Aliás, a Constituição de 1988 expressamente se refere à segurança já em seu Preâmbulo³² e ainda no caput do art. 5º, que define os Direitos e Garantias Fundamentais (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes) e no art. 6º que define os Direitos Sociais (Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição).

Em primeiro plano, é possível afirmar que dificilmente outro setor do ordenamento jurídico enfrente tensões tão importantes de direitos fundamentais como o processo penal. Sob outro aspecto, ainda que o “direito fundamental à segurança” deva ser concretizado, há também, por certo, uma limitação a esse direito fundamental, que se erige a partir do conteúdo essencial mínimo dos demais direitos fundamentais que com ele se entrecruzam no terreno do combate à criminalidade, especialmen-

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

³² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

te, regras de natureza absoluta, como a proibição à tortura, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Ricardo Guastini a ponderação “*consiste em establecer una jerarquia axiológica móvil entre dos principios en conflicto*” “*mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de forma lógica: ‘el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2’*”³³. Ainda segundo Guastini a hierarquia é mutável, ou seja, “*vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida – em um caso concreto diverso*”³⁴.

Nesse ponto, as leis infraconstitucionais estabelecem pressupostos para a relativização dos direitos fundamentais do cidadão investigado e a ponderação *in concreto* deve respeitar uma racionalidade que legitime a decisão, especialmente a partir de uma fundamentação “segura das premissas”, como sustenta Carlos Bernal Pulido:

*También es posible identificar algunos límites de racionalidade em la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas a la importancia de los principios. Desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está em juego em cada caso*³⁵.

Por exemplo, na ponderação que o juiz concretiza na decisão que avalia um requerimento de interceptação das comunicações um suspeito, entra em campo, como já assinalado, a colisão entre princípios constitucionais. A Lei nº 9.296/96, que regulamenta o tema, estabelece pressupostos, condições e limitações objetivas e fáticas para a adoção desse meio de prova, entre eles, especialmente, juízos de “necessidade” e “subsidiariedade”. Isso significa que não se está diante de mera subsunção da realidade à norma, mas, para muito além disso, a verificação dos pressupostos autorizadores da medida deve atender também a um juízo concreto de ponderação entre

³³ GUASTINI, Ricardo. Ponderación: Um análisis de los conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grandez. Coord. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010, p. 78.

³⁴ Idem, p. 79.

³⁵ PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grandez. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Coord. Lima: Palestra, 2010, p. 55.

os direitos fundamentais contrapostos, para se decidir se a interceptação das comunicações – naquele e somente naquele caso – atende ao requisito da **proporcionalidade** e, portanto, está legitimada pelo peso maior do direito à segurança (P2) sobre o direito individual (P1)³⁶.

Daí por que, nesse embate, não é possível conceber a aplicação dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade *em tese*, em abstrato, como, por exemplo, sustentou o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 83.515/RS no STF:

³⁶ Sobre a ponderação na decisão das interceptações telefônicas e o juízo de proporcionalidade, confira-se a importante lição de BENJAMIM SILVA RODRIGUES: “O princípio da proporcionalidade significa que a medida de intervenção nas comunicações, enquanto restrição do direito fundamental ao segredo das comunicações constitucionalmente consagrado no artigo 34.º da CRP, deve «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (artigo 18.º, n.º 2 da CRP). De facto, são os interesses da prossecução da investigação criminal, da repressão criminal, com vista à salvaguarda de outros bens jurídicos pessoais e colectivos, que justificam a introdução de uma limitação ou restrição, proporcional, no direito à inviolabilidade do sigilo ou segredo das comunicações. O direito à inviolabilidade do sigilo/segredo/confidencialidade nas comunicações, com tutela constitucional no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, à semelhança dos demais direitos fundamentais, não é absoluto e ilimitado, podendo ser objecto de determinadas restrições, desde que tal ingerência esteja legalmente prevista e constitua uma medida necessária numa sociedade democrática para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem, a prevenção, investigação e repressão dos crimes, a protecção da saúde e demais direitos e liberdades fundamentais. O princípio da proporcionalidade permitirá, em concreto, aferir da “legitimidade” do recurso a este meio gravoso de obtenção da prova. Deste modo, se as escutas telefônicas foram autorizadas com base na informação da existência de uma organização (ou associação criminosa) para o tráfico de estupefacientes e, depois, na prática, vem a verificar-se que existem apenas pequenas situações de tráfico ou tráfico-consumo, fora de qualquer organização, então, não existirão dúvidas que tais escutas telefônicas se afiguram, manifestamente desproporcionadas. A ideia de reserva de lei, para a concretização dos direitos fundamentais e liberdades públicas, bem como para a sua restrição, não se basta com a existência de uma lei prévia, devendo a mesma ser suficiente para com isso permitir que o lesado, alvo da ingerência nas comunicações, goze de um mínimo de protecção legal no seu direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas levadas a cabo por meio das redes postais e de comunicações electrónicas publicamente acessíveis. A restrição operada pelo regime das escutas telefônicas, em matéria de direitos fundamentais, só fica legitimada numa ponderação de interesses cujo equilíbrio se encontra entre a salvaguarda do núcleo mínimo essencial dos direitos fundamentais envolvidos (direito à palavra, reserva da intimidade da vida privada; segredo nas comunicações, etc.) e, por outro lado, a necessidade de prossecução da investigação criminal, com vista a manter o nível de confiança dos cidadãos nas normas jurídicas e na protecção dos seus direitos fundamentais”. (RODRIGUES, Benjamin da Silva. *Das Escutas Telefônicas*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 202/203)

A questão há de ser examinada sob o ângulo da razoabilidade. Uma autorização judicial com o restrito prazo de 30 dias (na hipótese de se admitir uma única renovação) não teria efetividade alguma em nosso país....Não seria razoável, portanto, a limitação das escutas telefônicas a apenas 30 dias, pois isso conduziria à total ineficácia da medida em certos casos, como o presente.

Embora houvesse a menção ao caso concreto, a fundamentação é genérica a qualquer situação, legitimando, de antemão, todas as intercepções de 30 dias, ao passo que a própria lei limitou em 15 dias. Ora, ao contrário, não é *razoável* – nem constitucionalmente legítimo – afirmar-se que uma intercepção de 30 dias “não teria efetividade alguma”, se a ponderação do legislador, sopesando os direitos fundamentais em tensão, optou por um limite expresso. Nesse aspecto, o USCODE, em seu título 18, capítulo 119, parágrafo 2518, estabelece interessante previsão, possibilitando que a intercepção telefônica seja suspensa antes do prazo assinalado, caso a prova buscada seja obtida:

(4) Each order authorizing or approving the interception of any wire, oral, or electronic communication under this chapter shall specify (e) the period of time during which such interception is authorized, including a statement as to whether or not the interception shall automatically terminate when the described communication has been first obtained.

Trata-se, como se vê, de regra que procura compatibilizar e minimizar a limitação dos direitos fundamentais à livre comunicação, intimidade e privacidade. Sobre o último aspecto, importa destacar que a proporcionalidade se desdobra do conceito dos “limites dos limites” aos direitos fundamentais, como leciona Laura Clerico:

El límite a la limitación de los derechos es un elemento de la estructura triádica del examen al que se debe someter las limitaciones de los derechos. Es decir, para examinar la justificación a la limitación a un derecho hay que poder determinar: - el bien jurídico protegido que es limitado, el acto por acción excesiva, por acción insuficiente o por omisión que produce la intervención en el derecho, y de acuerdo con el derecho fundamental limitado los 'límites de la limitación' del derecho que deben ser aplicados para examinar

*la justificación de la intervención. Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia es el llamado 'principio', 'regla' o 'maxima' de la proporcionalidade em sentido amplio*³⁷.

Há, entretanto, na doutrina severas críticas ao critério da proporcionalidade em sentido estrito como elemento da ponderação. Dimoulis e Leonardo Martins asseveram:

A proporcionalidade *stricto sensu* não só carece de 'critérios seguros que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador', mas é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior 'peso' no caso concreto³⁸.

A proporcionalidade em sentido estrito, último filtro do teste de constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais, consiste, de acordo com Virgílio Afonso da Silva,

em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal ...evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar³⁹.

Esse exame da segurança das premissas que informa o juízo de ponderação a decidir-se pela relativização dos direitos fundamentais do investigado, como Pertence anotou no julgado citado, opera-se, obviamente, ao tempo da decisão e não posteriormente, em uma avaliação do resultado obtido:

³⁷ CLERICO, Laura. *El examen de proporcionalidade en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, p. 24.

³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

De qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – **a ponderação de quaisquer interesses constitucionais** oponíveis à inviolabilidade do domicílio **não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.**

Essa importante passagem serve para ilustrar outro ponto fundamental: o resultado obtido não convalida eventuais infrações do procedimento decisório. A aquisição da prova desejada não ratifica o descumprimento das etapas e requisitos obrigatórios para a adoção do meio de prova. A conclusão não é nova; ao contrário, é a partir dessa noção que se assenta toda teoria da ilicitude da prova, mas sua constatação é relevante, pois a equação pode demonstrar outra consequência: se “o resultado obtido não convalida eventuais infrações do procedimento decisório”, o *resultado obtido pode demonstrar ilegalidades do procedimento decisório*. A prova colhida pode perfeitamente confirmar que o meio de prova era desnecessário e desproporcional e afetar a validade e os efeitos da decisão a respeito dos conhecimentos fortuitos.

O procedimento decisório em matéria de restrição a direitos fundamentais não se resume a uma superação formal de etapas (obstáculos) legalmente estabelecidas, mas sua legitimidade final estará condicionada evidentemente à validade da fundamentação utilizada e, nesse ponto, é incontestável que todo o esforço de sopesamento dos interesses em jogo pode ser influenciado pela subjetividade que preside o ato judicial. Não menos correto é afirmar que a subjetividade aqui é limitada, regrada, e nada mais significa a necessidade de conjugar proporcionalidade – em todas as suas perspectivas – com o convencimento motivado do magistrado. Conjugação que se obtém e se controla a partir da motivação da decisão e de suas premissas.

Tome-se como exemplo o caso da interceptação telefônica ou da escuta ambiental. Para a adoção desses meios de obtenção de prova, é necessário que o Juiz afirme a necessidade e imprescindibilidade da medida, a partir da impossibilidade de alcançar o fim desejado por intermédio de outro instrumento de menor lesividade aos direitos fundamentais, como, por hipótese, a busca e apreensão. Ora, não haverá aqui também

sempre um juízo subjetivo, ainda que a decisão deva lastrear-se em premissas objetivas? É possível cogitar-se de “critérios seguros” para *a priori* saber se determinado meio de prova será necessário?

As respostas, claramente, são negativas, mas, evidentemente, subjetividade não pode ser tomada como discricionariedade, como mera escolha, na lição precisa de Lenio Streck, ao afirmar que

a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito...a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política⁴⁰.

Assim, por todo o exposto, é possível concluir que a validade da prova, cujo meio de obtenção restrinja direitos individuais, depende de uma ponderação motivada, que identifique o seu cabimento, necessidade, indispensabilidade, subsidiariedade, proporcionalidade em sentido estrito e da demonstração inequívoca, clara e objetiva desses requisitos ao tempo da decisão judicial. A inobservância de quaisquer desses pressupostos qualificará o resultado colhido como ilícito, em razão da nulidade da decisão autorizadora do uso do meio de prova.

3 PROVA LÍCITA COMO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA. DESENTRANHAMENTO E DESCONTAMINAÇÃO DA PROVA ILÍCITA.

Como consequência do sistema de proibições probatórias, de matriz constitucional, e da ponderação dos direitos fundamentais em jogo erige-se o problema do reconhecimento e declaração da prova ilícita e a projeção de seus efeitos no processo penal. Em um primeiro momento, a inadmissibilidade das provas indica a proibição de colheita, produção

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 98.

e valoração⁴¹. A combinação da regra constitucional e dos distintos regimes jurídicos infraconstitucionais estabelecem a vedação do uso de determinado meio, impedindo a obtenção da prova; se obtida, impede sua juntada aos autos; se a prova é trazida ao processo, o artigo 157 do CPP lei impõe como efeito do reconhecimento da inadmissibilidade o seu respectivo desentranhamento.

É nessa etapa que os problemas concretos costumam aflorar com maior complexidade, em razão da diferença entre o momento processual de utilização da prova ilícita e a fase de reconhecimento dessa ilicitude.

Prova ilícita no inquérito policial: a declaração de inadmissibilidade da prova ilícita durante a investigação, com o correlato desentranhamento, não suscita maiores debates, pois apenas impede sua utilização na formação da *opinio delicti* do órgão acusador. **A prova ilícita e as provas que lhe são derivadas não podem servir como fundamento de uma investigação ou de medidas destinadas ao esclarecimento da autoria e materialidade da infração penal.** E evidentemente não podem fundamentar a imputação do fato criminoso na denúncia.

Prova ilícita utilizada como fundamento da denúncia ou queixa: em primeiro lugar, é possível que o reconhecimento da ilicitude seja feito desde logo, na fase regulada pelo art. 395:

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

A hipótese legal é a do inciso III. A doutrina aponta como carente de justa causa a acusação fundada sem apoio em elementos probatórios mínimos⁴², definição correta, mas dogmaticamente

⁴¹ Para um maior aprofundamento do tema, a importante obra *Controle da Prova Penal. Obtenção e Admissibilidade*, Renato Stanzola Vieira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

⁴² Para o aprofundamento conceitual do tema, MOURA, Maria Thereza Assis, *Justa Causa para a Ação Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001;

insuficiente. A justa causa, além de condição para o exercício da ação penal e como obstáculo ao exercício abusivo do poder punitivo, exige que a denúncia seja oferecida com apoio em elementos mínimos de prova do fato e de indícios da autoria e licitamente obtidos no curso da investigação.

Apenas com essa evolução e ajuste conceitual no tratamento da justa causa pode-se afirmar a constitucionalização da persecução penal, no âmbito do devido respeito aos direitos fundamentais, como desdobramento lógico da garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pressuposto de um justo processo. **Portanto, não haverá justa causa em acusação por fato típico, concretamente punível, mas fundada em provas processualmente inadmissíveis.** Assim como, por expressa disposição legal, não há justa causa em acusação fundada exclusivamente nas palavras de colaborador premiado, sem prova de corroboração⁴³.

Obviamente, o tema não tem a simplicidade que aparentemente ostenta. Geralmente, a ilicitude da prova serve como fundamento único da acusação⁴⁴, mas outras vezes está entrelaçada com distintos elementos licitamente adquiridos na investigação. Aparentemente, pode-se afirmar que basta ao magistrado extirpar (o direito norte-americano usa o verbo

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, *As condições da ação no direito processual penal*: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 173 e segs.; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 241 e segs.

⁴³ Art. 4º, Lei 12.850, § 16: § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: II - recebimento de denúncia ou queixa-crime.

⁴⁴ HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO FÁTICA. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. DENÚNCIA LASTREADA EM PROVAS POSTERIORMENTE INVALIDADAS. BANIMENTO DA PROVA ILÍCITA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Denúncia lastreada unicamente em escuta telefônica deferida em outro procedimento, prova posteriormente invalidada em virtude da não constituição definitiva do crédito tributário, condição sine qua non da instauração da ação penal por crime tributário. Ausência de justa causa. 2. Esta Corte, no julgamento do RHC n. 90.376, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 18.5.05, foi incisiva no sentido do banimento da prova ilícita dos autos da ação penal. 3. Ainda que se admitisse tal prova a descrição fática imputada ao paciente enquadrar-se-ia tão-somente no tipo relativo ao crime de tráfico de influência. Ordem concedida a fim de trancar a Ação Penal n. 425/ES, do STJ, por falta de justa causa. (HC 90094, EROS GRAU, STF)

to excise) a prova ilícita, mantendo as demais, fixando a imputação, o *thema probandum* e o *tema decidendum* com apoio exclusivo no acervo probatório admissível.

Esse entendimento tem sido adotado em diversos precedentes⁴⁵.

Desde logo, a solução pode entrar em conflito com as normas e princípios que regem a titularidade da acusação e a imparcialidade da jurisdição. É conhecida a advertência de Figueiredo Dias de que a autoridade jurisdicional não pode interferir na conformação do fato imputado⁴⁶. Pode reduzir seu âmbito, ao rejeitar parte da acusação, mas lhe é vedado criar um outro fato, diverso do imputado.

Parece evidente que se uma imputação (I) é construída a partir da convergência de elementos probatórios (P) onde $I = P1 + P2 + P3 + P4$, retirando-se na equação P1 (elemento processualmente inadmissível), a alteração da “equação acusatória” rompe com a separação das funções

⁴⁵ HABEAS CORPUS. ESTELIONATO, USURA E QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO JUÍZO. MAGISTRADO QUE AUTORIZOU CAUTELARES DE BUSCA E APREENSÃO NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DO JUIZ NA QUESTÃO DISCUTIDA NOS AUTOS. PARCIALIDADE NÃO CONFIGURADA. (...)

6. Contudo, em que pese não ser lícita a prova obtida pelo órgão ministerial, não se mostra pertinente o trancamento da ação penal em comento, já que da leitura da denúncia ofertada e da sentença condenatória, percebe-se que a acusação lastreou-se em diversos outros elementos probatórios que não possuem qualquer liame ou nexo de causalidade com a quebra de sigilo fiscal efetuada pelo Parquet, de modo que não é possível considerar-se ausente a falta de justa causa para a persecução criminal em exame. 7. A corroborar a validade das demais provas contidas nos autos, e que dão sustentação à peça vestibular e ao édito repressivo, o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. 8. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial. (HC 200800284179, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:16/11/2010.)

⁴⁶ A estrita ligação do juiz, de instrução, como de julgamento, ao ‘facto’ que lhe é proposto pela acusação, e sobre a conformação do qual ele não pode em princípio exercer qualquer influência, é solução constitucionalmente imposta não só, numa certa vertente, pela realização da máxima acusatoriedade possível do processo – exigida pelo art. 32º,5 da Constituição -, como, noutra vertente, pela salvaguarda da função especificamente judicial de todo e qualquer juiz como dominus de uma fase processual” (DIAS, J. Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal In: *Jornadas de Direito Processual Penal*. O Novo Código de Processo Penal. Almedina: Coimbra, 1998, p. 16/17).

típicas dos atores processuais, pois o domínio sobre a *opinio delicti*, reitere-se, é exclusivo do autor da ação. Esse princípio indica que o reconhecimento da ilicitude da prova utilizada como elemento fundamental de uma imputação não permite que a acusação prossiga. Deverá o Magistrado rejeitar a acusação, nesse ponto, e abrir vista ao autor para se for o caso formular nova denúncia, sem apoio no material desentranhado.

Se a prova ilícita foi produzida na instrução, deve ser reconhecida e desentranhada a qualquer tempo e não pode ser objeto de valoração na sentença. Se o reconhecimento da ilicitude da prova produzida no inquérito e que serviu de fundamento para amparar a acusação ocorrer apenas na sentença, seguindo a mesma lógica, o magistrado deverá absolver o acusado. Eventual julgamento de procedência poderá ocorrer apenas mediante a demonstração motivada e inequívoca de que a prova ilícita não se constitui em dado probatório relevante para a aferição da autoria e da materialidade da infração, lastreadas em outros elementos lícitamente obtidos, sem qualquer nexo de causalidade com a prova ilícita originária.

Se a sentença valorou prova ilícita produzida na fase do inquérito ou durante a instrução processual, e se a motivação da condenação se ampara nesse elemento, o Tribunal ao reconhecer a inadmissibilidade deve desentranhá-la, prosseguindo no julgamento da apelação. Como a doutrina sustenta⁴⁷, não se tratará de supressão de instância, eis que a apelação devolve ao Tribunal toda a matéria.

Se o acórdão valora prova ilicitamente obtida e esse reconhecimento ocorre no âmbito de recurso especial, extraordinário ou *habeas corpus*, a hipótese é de nulidade da decisão do Tribunal e novo julgamento, se a denúncia não estiver também contaminada, exatamente como anotou o Min. **Paulo Galotti**, no HC 76.686:

Assim, devem os autos retornar ao Juízo de origem para que tome as providências cabíveis, com o desentranhamento das provas ilícitas e a prolação de nova sentença, devendo ser avaliada a necessidade de alteração da peça acusatória, que transcreve trechos de conversas obtidas nas escutas tidas por ilegais.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 170.

4 CONCLUSÃO

Após esse histórico julgamento⁴⁸ pelo STJ, em que mais de dois anos de interceptações telefônicas ilicitamente obtidas foram anuladas, Procuradores e Juízes reagiram publicamente com severas críticas ao conteúdo da decisão.

E o grande Professor René Ariel Dotti, homenageado por essa obra, em mais um belo capítulo de sua histórica luta em defesa dos direitos fundamentais e das garantias individuais dos acusados, comentou o episódio da tribuna da Sexta Turma do STJ, perante os Ministros prolores da decisão, com palavras que nos trazem saudade:

Esta Colenda 6ª Turma, na sessão de 9 do corrente mês, concedeu o habeas corpus nº 76.686 – PR, para declarar a nulidade parcial de um feito criminal diante da obtenção, por meios ilícitos, da prova resultante de escutas telefônicas. Foi relator do writ o emérito Ministro Nilson Naves, tendo o seu lúcido e irretocável voto sido acompanhado pelos demais magistrados presentes: Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva. A revista Veja, da semana passada, destaca a frase do Ministro Gallotti sobre a ilegalidade e o abuso praticados no aludido caso: “Dois anos de escuta é devassar a vida da pessoa de uma maneira indescritível. A pessoa passa a ser um nada”.

Certas práticas de investigação criminal em nosso país revelam a existência de um *direito penal do medo*, difundido por métodos de um processo penal do terror. A audácia incontrolável de autoridades e de agentes públicos, que deviam proteger os direitos e as garantias individuais, está transformando os espaços da intimidade do cidadão em centrais reprodutoras da insegurança e na imagem de imensos e infinitos aquários de peixes. Em histórica Resolução, o Conselho Nacional de Justiça aprovou critérios reguladores para procedimentos de interceptações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, os quais vêm sendo manipulados criminosamente ao afrontar o espírito e a letra da Constituição.

⁴⁸ Tive a grata satisfação de atuar como impetrante desse *Habeas Corpus* e defender os pacientes ao lado de Antonio Acir Breda, Jacinto Coutinho, Antonio Carlos de Almeida Castro (Kakay), Roberta Castro Queiroz, Cezar Bitencourt, Andrei Zenkner Schmidt, José Carlos Cal Garcia, Daniel Muller Martins, Edward Carvalho e outros colegas de nossos escritórios.

Apesar da escorregada decisão desta Turma, surgiram manifestações beligerantes de *juízes paralelos*, ancorados em veículos de comunicação social, e de alguns membros do Ministério Público e da Polícia Federal, hostilizando publicamente a decisão. Há relações íntimas e melindrosas entre agentes públicos encarregados da apuração de crimes e núcleos da mídia sensacionalista para a propaganda e opressivas ações policiais, autorizadas por magistrados que fazem do imprudente arbítrio o norte de suas atuações. Os *juízes paralelos* são apóstolos da suspeita temerária e militantes no exército popular da presunção da culpa. Mais que a notícia do fato delituoso, o interesse estampado nas páginas da imprensa e nas imagens da TV é a condenação prévia de meros suspeitos ou simples indiciados, com a exposição de suas figuras para o anúncio da repressão do Estado e a catarse de milhões de telespectadores. Esse malsinado tipo de justicamento sumário, com o ícone das algemas desnecessárias, restaura a marca de ferro quente, utilizada pelas Ordenações do Reino de Portugal para apontar os ladrões, abolidas há um século e meio pela Constituição do Império. Instrumento de terrorismo social, surge a sacralização da escuta telefônica como a nova rainha das provas, em holocausto às garantias constitucionais e legais do acusado e que substitui a tortura corporal da antiguidade pela ameaça espiritual dos dias correntes. Os fundamentalistas do arbítrio fazem do julgamento antecipado o patíbulo para a decapitação da ordem jurídica.

Contra o insensato e temerário protesto em favor do abuso e da ilegalidade na extração da prova, ao argumento falacioso de que Justiça favorece a impunidade, nada melhor que referir lições do presente e do passado. O mestre Figueiredo Dias, ao tratar do princípio da verdade material, proclama que no processo penal está em causa a procura de uma verdade que, “não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática e, sobretudo, não uma **verdade obtida a todo o preço** mas processualmente válida*”. E Pimenta Bueno, passado um século e meio, ao tratar da obediência da forma como garantia de validade do processo, deixou registrado em seus antológicos Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro: “As formalidades dos actos e termos do processo são fructos da prudencia e razão calma da lei. É de muita importância que a luta que se estabelece entre o accusado e o poder público não soffra outra influencia ou direcção que não seja a d’ella. Os termos e condições que a lei prescreve, são meios protectores que garantem a execução imparcial da lei, a liberdade e plenitude da accusação e da defesa: são pharões que assignalão a linha e

norte que os magistrados e as partes devem seguir, precauções salutaras que encadeão o arbitrio e os abusos, que esclarecem a verdade, e dão autenticidade ou valor legal aos actos. *O seu fim é conciliar o interesse da justiça repressiva com a protecção devida á innocencia que pôde existir*".

Mais incisivamente, arremata o Mestre imortal: "*É pois conseqüente annular-se o processo, desde que são preteridas as suas formulas substanciaes, ou as cominações expressas da lei, porquanto o que se pratica contra seus preceitos nada vale: seria contradictorio estabelecel-as com esse character, e deixar violal-as impunemente*".

Senhor Presidente e demais Ministros:

Órgãos do próprio Estado – responsável por garantir o direito de todos – estão provocando e disseminando a epidemia do medo, que se irradia para muito além do espaço das investigações criminais, alcançando os cenários da sociedade em geral, a pretexto de punir alguns possíveis culpados, mas invadindo a privacidade de milhões de inocentes. Contra esse paradoxo intolerável, todos os cidadãos, independente de origem profissional ou social, têm o dever de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do país, em defesa dos valores essenciais da vida coletiva e da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República.

O presente manifesto será encaminhado a outros tribunais brasileiros; ao Congresso Nacional; aos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público; aos Conselhos Federal e Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; às associações e escolas da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura, bem como será divulgado na imprensa e na próxima Conferência Nacional da OAB.

Não se trata de um desagravo, mesmo porque a Corte não pediu e nem dele precisa. Também não é mero ato de cortesia interesseira junto ao Poder Judiciário. Trata-se da reação de um profissional do Direito e da Justiça, com dez lustros de atividade modelada pela experiência dos embates forenses. A legitimidade do manifesto está no reconhecimento constitucional de que o Advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo-lhe imposto, pelo seu Código de Ética, o dever de "*contribuir para o aprimoramento da instituições do Direito e das leis*" (art. 2º, parág. ún., IV), porquanto, em seu ministério privado, ele "*presta serviço público e exerce função social*" (Lei nº

8.906/94, art. 2º, § 1º). Ao tempo da ditadura militar, quando sindicatos, associações, instituições e outros núcleos sociais sofreram a interdição da liberdade de crítica dos atos do governo autoritário, foram os advogados, ao lado da Associação Brasileira de Imprensa e da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, que defenderam a causa do Estado Democrático de Direito e, entre suas bandeiras, a restauração plena dos predicamentos da magistratura, suspensos pelos Atos Institucionais.

Entre os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, em toda a sua história, penso que este é o mais relevante, porque caracteriza não somente a guarda da Constituição e a tutela das leis no Estado Democrático de Direito, como também mostra a resistência contra a encarnação ideológica da famigerada *lei dos suspeitos e o surgimento de novos Comitês de Salvação Pública*, de triste memória e lamentável frustração dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, divulgados pouco anos antes pela Revolução Francesa, com a extraordinária e rediviva *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (26.08.1789).

Brasília, Sala de Sessões da 6ª Turma
do Superior Tribunal de Justiça,
em 23 de setembro de 2008.

René Ariel Dotti

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manoel da Costa. Métodos ocultos de investigação (“Plädoyer” para uma teoria geral). In *Que Futuro Para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. II. Trad. de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. Presentación. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grádez. Coord. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010.

CLERICO, Laura. *El examen de proporcionalidade en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Publicação da Universidad Pablo d'Olavide. Sevilla, 1999.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Temas dogmáticos y probatórios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2010.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè Editore, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUASTINI, Ricardo. Ponderación: Um análisis de los conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grandez. Coord. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER, Winfrid. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Intervenção em Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coord. PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IBAÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAIER, Julio. Intimidade e Privacidade Diante dos Novos Meios de Persecução Penal. In: D'AVILA, Fábio Roberto. Org. *Direito Penal E Política Criminal No Terceiro Milênio Perspectivas E Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. II. Trad. de Waleska Silverberg. Conan Editora Ltda., 1995.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Paulo de Souza As proibições da prova no processo penal. Intervenção em Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coord. PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004.

MOURA, Naria Thereza Assis. *Justa Causa para a Ação Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grandez. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Coord. Lima: Palestra, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RODRIGUES, Benjamin da Silva. *Das Escutas Telefônicas*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. trad. de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Controle da Prova Penal. Obtenção e Admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.



O DIREITO PROCESSUAL PENAL ANTE A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL INDIRETA DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES EMPRESARIAIS

LEONARDO AVELAR GUIMARÃES¹



RESUMO

O texto se propõe a analisar se a pessoa jurídica deve ser considerada sujeito de direitos processuais penais e se isso teria relação com a responsabilização criminal pelos seus atos. Avaliou-se se o regramento processual previsto no CPP permite a proteção e a defesa dos direitos e dos bens que integram o acervo patrimonial da empresa, quando esta é vinculada a um julgamento criminal ou sofre a imposição de alguma decisão cautelar preparatória ao julgamento. Buscou-se como referência fontes do direito espanhol, em que já é estabelecida a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Foram analisados também os institutos processuais penais alusivos às cautelares reais no processo penal (sequestro e arresto) e se eles podem afetar o patrimônio da pessoa jurídica. Concluiu-se ser necessária a regulamentação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica para a afetação de seu patrimônio.

Palavras-chave: processo penal; cautelares reais; bens de pessoa jurídica; garantias processuais; responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

¹ Doutorando em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Professor da PUC Minas e Coordenador da Especialização em Ciências Penais do IEC/PUC Minas. Advogado criminalista. E-mail: leonardoguimaraes.adv@gmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** As Cautelares reais no processo penal e sua indevida inaplicabilidade à pessoa jurídica; **2.1.** Caso: sequestro e arresto de bens da pessoa jurídica sem responsabilidade criminal; **2.2.** A disfuncionalidade cautelar como forma de responsabilização da pessoa jurídica no processo penal; **3.** A responsabilização penal da pessoa jurídica sem o devido processo legal; **3.1.** Caso: sequestro e perdimento de bens de pessoa jurídica estranha à ação penal; **3.2.** A perda patrimonial e de direitos sem qualquer procedimento apto à efetivação de defesa da pessoa jurídica. **4.** Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica pode ser considerada sujeito de direitos processuais penais, a despeito da sua responsabilidade criminal? O desenvolvimento das normas processuais penais teria alguma relação com a normatização da responsabilidade criminal da pessoa jurídica? As indagações acima inspiram as reflexões trazidas por meio deste escrito, podendo ser apontadas como seus objetivos.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi regulamentada por meio da Lei n.º 9.605/98, sendo restrita aos delitos ambientais. A denominada nova criminalidade, relativa aos crimes econômicos e praticados no entorno da atividade empresarial, ainda não teve a devida regulamentação normativa quanto a qualquer forma de responsabilização penal da pessoa jurídica, ao contrário do que vem sendo feito em vários países da Europa e da América Latina nos últimos 10 anos.

Assim, a partir de situações casuísticas, observadas da prática forense criminal, pretende-se analisar se, apesar da ausência de responsabilização criminal, está sendo a pessoa jurídica afetada pelos julgamentos penais que envolvem esse tipo de criminalidade, ou, se em decorrência da acusação de tais crimes, o ente moral é afetado por meio das decisões cautelares reais no processo penal que envolvem acusações contra pessoas naturais.

Como metodologia, foram analisados os institutos processuais penais alusivos às cautelares reais no processo penal (sequestro e arresto),

bem como suas respectivas regras, e procedida à verificação acerca da possibilidade de que tais medidas assecuratórias venham afetar o patrimônio da pessoa jurídica. Além disto, avaliou-se se o regramento processual previsto no CPP vigente permite a proteção e a defesa dos direitos e dos bens que integram o acervo patrimonial da pessoa jurídica vinculada a um julgamento criminal.

Para tanto, além da análise da legislação penal e processual penal brasileira que rege as temáticas ora estudadas, utilizou-se, tanto para a análise das cautelares, quanto para os aspectos relativos ao procedimento, os exemplos do direito comparado, notadamente o direito espanhol, onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi implementada em 2010 e já se tem por consolidada essa nova forma de punição criminal; país em que, aliás, também se observa o desenvolvimento das normas processuais relativas à persecução e julgamento de crimes contra a pessoa jurídica.

Por fim, *de lege lata*, procurou-se estabelecer limites, para a afetação do patrimônio da pessoa jurídica, seja por conta de decisões cautelares ou sentenças condenatórias de perdimento de bens; para, ao final, e com vistas ao porvir, *de lege ferenda*, portanto, responder se mudaria o cenário analisado se o Brasil já tivesse a previsão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica para os crimes empresariais.

2 AS CAUTELARES REAIS NO PROCESSO PENAL E SUA INDEVIDA INAPLICABILIDADE À PESSOA JURÍDICA

Como metodologia para a comprovação da hipótese defendida neste escrito, inaugura-se a discussão com a citação de um breve caso, que servirá de pano de fundo para a demonstração da aplicação disfuncional das cautelares reais no processo penal em desfavor da pessoa jurídica, pessoa absolutamente distinta da que figura como sujeito passivo do procedimento criminal; e, portanto, insuscetível à responsabilização criminal.

2.1 CASO: SEQUESTRO E ARRESTO DE BENS DA PESSOA JURÍDICA SEM RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Versava o caso determinada ação penal contra dois gestores (sócios com poderes de administração) de uma empresa com responsabilidade li-

mitada; a acusação era a da conduta prevista no art. 90 da Lei n.º 8.666/93 – atualmente no art. 337-F do CP. Segundo a denúncia, houve fraude em determinada licitação em que a empresa concorreu e foi vencedora; na ocasião, foi ela representada por um dos sócios processados. Ainda na fase de investigação preliminar, pediu o Ministério Público a “indisponibilidade de bens” móveis ou imóveis da aludida empresa, em valores correspondentes ao que foi pago pelo Poder Público no preço do contrato público que secundou a concorrência. O outro sócio denunciado firmou o contrato público tido como efeito da infração penal imputada.

O juízo criminal processante deferiu a cautelar ao argumento de que havia fundados indícios de fraude na licitação; os valores repassados à empresa eram, segundo a decisão, de origem ilícita, constituindo-se o próprio produto do crime. Na mesma decisão, fora asseverado também que, ainda que fosse demonstrado futuramente que os valores bloqueados não constituíam diretamente o produto ou efeito do crime – em razão da possível fungibilidade dos ativos financeiros pertencentes à empresa –, os valores disponíveis em conta bancária serviriam, ao menos, para garantir o pagamento do dano ao erário causado pela conduta dos sócios da sociedade empresária beneficiada com o delito.

Devido à decisão, a empresa não conseguiu executar o contrato público; teve dificuldades econômicas, já que havia feito alto investimento para o cumprimento contratual. Pouco tempo depois, suas atividades foram encerradas; atualmente tem considerável passivo trabalhista e fiscal em decorrência do já referido bloqueio de receita.

2.2 A DISFUNCIONALIDADE CAUTELAR COMO FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO PROCESSO PENAL

A crítica que se pretende construir não é apenas dirigida à confusão entre os dois institutos cautelares do processo penal, sequestro e arresto, mas, principalmente, à regulamentação de tais medidas assecuratórias reais previstas no CPP, pois visam tais mecanismos de tutela processual à criminalidade individual, e não à econômico-empresarial; porquanto, são disfuncionais para a finalidade cautelar, gerando, por isto, efeitos para além dos objetivos processuais e, evidentemente, excesso de intervenção estatal e ilegalidade no seu uso para determinados crimes.

Antes de apresentar o fundamento do segundo aspecto acima sublinhado (a disfuncionalidade), é preciso deixar clara a distinção entre o sequestro e o arresto no processo penal, institutos com finalidades distintas, e que foram lamentavelmente confundidos na ilustração dada ao estudo.

Com efeito, colhe-se do Código de Processo Penal de 1941 que (i) o sequestro (arts. 125 e 126) é a medida acautelatória que visa atingir os bens considerados como produto ou efeito (que foi auferido diretamente do produto da consumação) do crime imputado a alguém; enquanto (ii) o arresto (arts. 134, 136) seria a providência cautelar – que posteriormente pode se converter em hipoteca legal – destinada a atingir bens a serem futuramente utilizados, como regra, para garantir o pagamento dos danos patrimoniais causados pelo crime em julgamento. Além dessa diferença nodal, tem-se que os primeiros são essencialmente de origem ilícita, e serão perdidos (confisco) como efeito da prática do delito, na sentença condenatória; e o segundo, naturalmente de origem lícita, serão também perdidos, como se fosse uma expropriação do patrimônio do agente para saldar a obrigação civil decorrente do resultado causado pela infração penal, configurador de um dano econômico (ou para pagamento da pena criminal de multa). Por outro lado, ainda que não se esteja tratando das cautelares probatórias, é bom ressaltar que a busca e apreensão, prevista nos arts. 240 e seguintes, do CPP, é cautelar probatória dirigida à constrição do objeto material da conduta criminal imputada, como também pode recair sobre os instrumentos usados para a prática da conduta, de maneira a permitir a comprovação processual das elementares do tipo penal incidente no caso e, desde que, por óbvio, exista interesse processual na sua apreensão para fins do exame pericial (art. 158, do CPP).²

² Segundo Aury Lopes Jr. (2019, p. 526), “[...] a apreensão é sempre do objeto direto do crime, ou seja, do automóvel furtado, roubado etc.; o sequestro de bens do art. 125 [do CPP] recai sobre todo e qualquer bem adquirido com os proventos da infração, por exemplo: sequestra-se o carro adquirido com o dinheiro obtido no roubo de um banco, as joias adquiridas com a venda de objetos anteriormente furtados etc.; o arresto do art. 137 [do CPP] tem por objeto os bens móveis de origem lícita, diversa do crime. Assim, no crime de homicídio, por exemplo, pode ser arrestado o automóvel do imputado, tendo por fim resguardar os efeitos indenizatórios decorrentes da (eventual) sentença penal condenatória”. Ainda com Aury Lopes Jr. (2019, p. 715), é preciso destacar que só “[...] cabe sequestro quando não couber busca e apreensão e vice-versa,

Apesar de parecidos, o arresto, não pode ser aplicado contra pessoa diversa da que é formulada a imputação, muito menos uma sociedade empresarial. Sim, porque, se não bastasse a interpretação literal do art. 134, do CPP, que restringe a possibilidade da hipoteca legal (ou previamente o arresto) de bens a incidirem apenas em desfavor do “indiciado”³, é forçoso reconhecer que a obrigação de natureza civil (ou qualquer outra de natureza não-penal), consistente na reparação do dano patrimonial ou econômico causado pela prática do delito, apenas pode recair sobre quem tem responsabilidade criminal pelo fato imputado⁴. É dizer: a responsabilidade civil, que tem relação direta com a cautelar de arresto, decorre diretamente da demonstração da prática de um crime; logo, como a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de qualquer conduta, pois que o direito brasileiro ainda não previu o sistema de imputação e a responsabilidade criminal da pessoa jurídica – à exceção para casos de crimes ambientais – é impossível a decretação de uma cautelar que incida sobre bens de empresas, porque, além de não serem passíveis de responsabilização criminal, não figuram, por óbvio, como sujeito passivo no processo penal⁵.

pois a primeira recai sobre o produto indireto (proventos do crime) e a segunda, sobre o produto direto (o próprio corpo de delito)”.

- ³ O CPP de 1941 não estabelece o momento do indiciamento durante a fase de investigação criminal e, conseqüentemente, quem é aquele que a lei chama de “indiciado”. Para o presente estudo, toma-se a expressão como aquele que figura como investigado ou sobre quem incide uma suspeição de ter responsabilidade criminal pelo fato em investigação.
- ⁴ Diversamente do *sequestro*, que será a seguir examinado com melhor acuidade, o CPP diz que, em relação ao *arresto* – que no caso dos bens móveis é a etapa anterior à inscrição da hipoteca legal –, bastaria para que seja postulado a *certeza da infração e indícios suficientes da autoria* (art. 134, CPP). Para o *sequestro*, a lei não estabelece o requisito relativo ao crime que precede à obtenção da vantagem ou patrimônio, prevendo simplesmente terem sido *adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro*, bastando, para a sua utilização, a *existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens* (cf. arts. 125 e 126, do CPP).
- ⁵ Semelhante posicionamento é defendido por Pierpaolo Bottini (2021, s/p): “Bem por isso, apenas o patrimônio de quem pode ser condenado pela Justiça penal pode ser arrestado. Apenas o réu pode ser instado a reparar o dano pela sentença criminal, pagar multas ou despesas processuais. Tal obrigação não se estende ou se comunica a terceiros, uma vez que a pena e seus efeitos são personalíssimos. Portanto, o arresto não pode ser aplicado à empresa porque ela não pode ser condenada nem sofrer os efeitos da pena em processo que não é parte, não participa da produção da prova ou exerce o contraditório — a não ser em casos de crimes ambientais na qual ela seja ré”.

Contudo, a partir da premissa exposta, é possível ir além, para se concluir também pela manifesta impropriedade do tratamento legal do sequestro, da maneira como consta na legislação vigente – e cujo exemplo vai de estímulo à presente reflexão –, em desfavor da pessoa jurídica.

É que o vetusto Código, ao prever, no art. 125, o instituto do *sequestro*, estabeleceu que o seu pressuposto lógico é um *crime*, razão por que eventuais bens “adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração⁶[ficarão cautelarmente indisponíveis], ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”. Isto é, o *sequestro* é a medida cautelar do processo conectada logicamente ao efeito da prática de um fato típico e da própria responsabilização penal individual em uma futura sentença penal condenatória, porque antecipa a indisponibilidade de um patrimônio de proveniência ilícita e que será considerado como perdido na sentença. Noutras palavras, o(s) bem(ns) objeto do sequestro serão, na sentença, perdidos em favor da União, porque foram considerados como produto do crime ou mesmo bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (cf. art. 91, II, “b”, CP). O sequestro tem por base, então, a responsabilização penal individual do agente imputado, pela qual se reconhece como efeito (direto ou indireto) do injusto penal praticado. Logo, como todo efeito, como resultado, portanto, do comportamento típico, deve-se demonstrar não apenas o comportamento do agente – ou de eventualmente outros agentes mediante as outras formas de participação da pessoa natural em fato alheio (coautoria ou participação) –, como também que o produto, ou o resultado obtido por meio dele, consistente em outros bens eventualmente pertencentes ao acervo patrimonial do agente que tenham decorrido da prática do crime em discussão.

O desenvolvimento acima é suficiente para se concluir o seguinte: a incidência do sequestro de bens sobre o patrimônio da empresa, ainda que se trate de crime empresarial praticado por funcionário, gestor ou

⁶ De acordo com o que sustente Aury Lopes Júnior (2019, p. 708-709), a demonstração do requisito da cautelar de sequestro exige “[...] prova em dupla dimensão: demonstrar a verossimilhança de autoria e materialidade do delito imputado e ainda de que os bens foram adquiridos com os proventos dessa suposta infração penal. [...] incumbe ao requerente (acusador) demonstrar o nexo causal, ou seja, que os bens que se pretende sequestrar foram adquiridos com os proventos do crime. Do contrário, a medida é descabida”.

representante/órgão legal dela, representa genuína forma de responsabilização penal da pessoa jurídica, pela via cautelar, e por fato de terceiro, ofendendo, pois, o princípio da legalidade, já que impõe à pessoa jurídica penalidade não prevista em lei, por ser pessoa diversa da que é imputada a conduta típica⁷.

Pode-se ainda dizer que, como a cautelar real em análise guarda umbilical vinculação com a imputação – que pelo sistema brasileiro é dirigida à pessoa natural e irá atingir um efeito do resultado típico obtido pelo agente – seria também uma decorrência lógica dessa regra de imputação a conclusão pela impossibilidade do alcance da medida assecuratória quando descolada de qualquer sistema de imputação e de responsabilidade criminal que atinge pessoa diversa da que é imputada a conduta. Dito de outra forma: o sequestro, regulamentado em lei, serve e tem como base apenas a imputação do delito em desfavor de uma pessoa natural, ainda que venha a situação versar uma coautoria ou participação em sentido estrito de outras agentes quanto ao comportamento do autor. Como a lei não prevê qualquer sistema de responsabilidade criminal do ente moral para os delitos empresariais, em geral, fica esvaziada qualquer possibilidade de se atrelar os requisitos da cautelar à empresa, já que inexistente no direito brasileiro qualquer normatização quanto ao assunto para os crimes empresariais, à exceção, dos que atingem o meio ambiente.

Poderia se argumentar, por outro lado, que, conforme prevê a lei, o sequestro também pode atingir bens de terceiros (possuidores ou para quem fora transferida a propriedade), já que o produto ou eventuais efeitos da infração penal pode não mais estar relacionado com patrimônio do agente, mas, sim o de terceira pessoa, diversa da que praticou o crime. Nestes casos, apesar da lei também não traçar os parâmetros para que isso ocorra – limitando-se a dizer que bastariam os “indícios veementes

⁷ A doutrina ainda aponta, a partir da teoria da cautelaridade, outros fundamentos para as cautelares reais, notadamente quanto à necessidade de demonstração da impossibilidade de se aguardar o desenvolvimento do procedimento cognitivo da ação penal: “Mas não basta isso. Deve ser demonstrado o *periculum in mora* (aqui, sim, o fato tempo é o gerador do pericimento do objeto) por parte do requerente, bem como a necessidade da medida cautelar. Não se pode esquecer que estamos diante de grave medida cautelar, a exigir da observância dos princípios anteriormente referidos [...]. Em última análise, a “real necessidade” do sequestro deve ser demonstrada pelo requerente, jamais se admitindo que se presuma o perigo de pericimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução (LOPES JR., 2019, p. 709).

da proveniência ilícita dos bens”, pode-se trazer outra discussão a fim de demonstrar que o sistema das cautelares reais se presta apenas à responsabilização penal individual, vinculada à conduta pessoa natural.

Para seguir o raciocínio, demonstra-se inicialmente toda a extensão de incidência do sequestro: quando se conjuga, mediante interpretação sistemática, os arts. 125 e 126, do CPP, com a previsão contida no art. 91, II, “b”, do CP, conclui-se ser cabível o sequestro cautelar, tornando indisponível determinado patrimônio, considerado como “produto” do crime ou “qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” [na expressão do art. 125 do CPP, “proventos”]. Tais situações fáticas, tomadas como desdobramento do crime, estariam a legitimar à decretação do perdimento dos bens.

Especialmente quanto ao “produto” do crime, pode-se alcançar duas espécies: (i) aquele que é obtido diretamente da infração penal; que integra o resultado do fato típico e é considerado como resultado causal ou normativo para a consumação do delito – exemplo da “coisa” no delito de furto ou no de roubo; e da vantagem indevida recebida, na corrupção passiva em que o servidor recebe o proveito ilícito; mas também (ii) aquele que representa um desdobramento causal do primeiro, isto é, uma inovação da consumação do delito, um exaurimento do crime, situação em que o agente adquire algo utilizando-se dos recursos obtidos com o resultado da infração.

Nos dois casos, pode-se concluir, à primeira vista, estar-se diante da base fática do sequestro, embora, no primeiro deles, seja tecnicamente mais adequado o procedimento de busca e apreensão⁸, pois que o dado empírico (produto) tem relação direta com a tipicidade e com as elementares do crime em apuração. Tem-se não apenas o interesse probatório relativo ao requisito do fato típico, como também o de permitir que sejam acautelados para a aplicação do possível perdimento relativo ao compor-

⁸ “Em regra, não cabe o sequestro do produto direto da infração (por exemplo, a coisa roubada), até mesmo porque tal coisa deverá ser apreendida pela autoridade policial, tratando-se de coisa móvel. Contudo, na ausência de norma expressa, a doutrina tem admitido que o sequestro do art. 125 do CPP tenha por objeto também o ‘produto direto da infração’, quando se trate de bens imóveis (por exemplo o imóvel cuja propriedade a vítima enganada tenha transferido para o estelionatário)” (BADARÓ, 2017, p. 1.127).

tamento do agente identificado, em sentença. Nestes dois casos, a base comum é a seguinte: vincula-se o autor da conduta – e eventuais concorrentes do resultado típico – ao resultado (direto ou indireto da infração penal), seja porque o autor ainda tem o produto direto da infração, seja porque, com o ganho que auferiu, adquiriu patrimônio, decorrência direta do produto do crime.

Todavia, os problemas começam a aparecer quando o agente transfere os bens adquiridos à terceira pessoa, sem qualquer relação com o crime, alienação que pode ser inclusive à própria pessoa jurídica. Nesta situação, para ensejar o sequestro, é necessário que a acusação demonstre que o terceiro tinha conhecimento da ilicitude originária da aquisição, decorrente do crime praticado pelo alienante. Sim, porque, apesar de a lei prever que para o sequestro é suficiente “a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, caso o terceiro não tenha esse conhecimento, a coisa ou o bem ingressa no seu patrimônio de modo lícito e, por óbvio, não cabe a constrição cautelar penal.⁹

Aliás, o terceiro, que passa a ter a coisa ou dela tem a posse, caso não se tenha quaisquer das espécies do concurso de agentes, poderia inclusive incorrer em outro tipo, ao participar do desdobramento causal do resultado típico já obtido pelo autor do delito. Seria, possível, então, a responsabilização do terceiro a partir das figuras típicas previstas no art. 180, CP (receptação); art. 349, CP (favorecimento real); ou, até mesmo, no delito de lavagem de capitais, previsto no art. 1.º, “caput” da Lei n.º 9.613/98, se se vier a atuar no sentido de ocultar ou dissimular a origem de bens ou valores provenientes da infração penal. Em quaisquer desses casos, o patrimônio de terceiro, que não atuou em concurso de agentes com o autor do crime anterior, poderia ser afetado mediante a cautelar probatória de busca e apreensão, e não mediante o instituto do sequestro; os bens em questão, agora eventualmente pertencentes ou na posse de terceiros (ainda que integrados à empresa), seriam considerados como

⁹ É uma interpretação que se está a defender, a despeito da incompletude e inconsistência da legislação ainda vigente. Essa interpretação tem como base também o previsto no art. 130, I do CPP, que permite a ação de embargos, para impugnação do *sequestro*, quando o bem tenha sido transferido a terceiro e a transação foi estribada em boa-fé. No mesmo sentido é a proteção legal, presente no art. 91, II, CP, que resguarda o terceiro de boa-fé dos efeitos de confisco da sentença penal.

“objeto material” da conduta a eles imputada, cabendo, porquanto, o acautelamento em razão do interesse probatório¹⁰.

Assim, ainda que incidentes sobre pessoas diversas do “indiciado”, percebe-se que o raciocínio acima desenvolvido, além de não constarem dos requisitos da cautelar em análise, se restringem à responsabilidade penal por fato praticado por pessoa natural, sendo também uma forma de evitar qualquer responsabilização objetiva do sequestro e do perdimento do patrimônio. Logo, indevida sua extensão à pessoa jurídica, pela óbvia impropriedade de se utilizar em relação a esta os critérios de imputação penal das condutas individuais. Afinal, para se cogitar acerca da procedência ilícita da coisa, imprescindível a participação no negócio de alienação de pessoa natural, ainda que um dos adquirentes seja a pessoa jurídica.

A despeito de se poder cogitar ainda da aplicação da cautelar de sequestro à pessoa jurídica, quando é ela utilizada por um agente individual, por exemplo, para o cometimento de crimes, os argumentos trazidos acima, de que o sequestro regulamentado no Código se baseia na responsabilidade individual, não podem ser sumariamente ser afastados. Nesses casos, geralmente se aponta que o agente utilizou a pessoa jurídica como instrumento da prática de crimes para dificultar eventual responsabilização individual de seu comportamento ilícito ou garantir a ocultação do resultado, em razão da incorporação e difusão financeira com outras receitas empresariais.

Todavia, os efeitos da prática do delito que se quer cessar imediatamente com a cautelar de sequestro, notadamente para vincular e permitir a perda dos bens em sentença, devem ser direcionados à pessoa imputada, e não à empresa, já que esta não é responsável penalmente pelo resultado causado pelo agente. Isto é, como o efeito da responsabilidade

¹⁰ Interessante destacar a distinção feita por Pierpaolo Bottini (2021, s/p) entre o *sequestro* e o possível *arresto* previstos no art. 4.º, *caput* e §§ da Lei n.º 9.613/98. Para o autor, não é possível alcançar as chamadas “pessoas interpostas” para os casos de *arresto*, porque não tem elas responsabilidade criminal. Em relação ao denominado *sequestro*, previsto no “*caput*” do dispositivo em discussão, entende-se que a crítica trazida neste escrito também se aplicaria para os casos de lavagem de capitais, no sentido de não ser possível afetar o patrimônio de outras pessoas jurídicas, salvo se constituíram no próprio *objeto material* do comportamento típico da lavagem, caso em que estar-se-ia diante de uma situação de cautelar probatória.

criminal é individual, a cautelar equivalente somente poderia incidir sobre a pessoa jurídica naquilo em que o agente, de per si, possa ter se beneficiado a partir de sua participação ou atuação na empresa.

A previsão normativa de alguma cautelar com essa especificidade, além de difícil regulamentação, não seria sequer factível. Não obstante, se houvesse a responsabilidade criminal prevista no ordenamento jurídico penal brasileiro para os crimes empresariais, se poderia cogitar afetar a empresa ou o seu patrimônio por eventuais cautelares reais, caso fosse imputada a prática de um crime por funcionário seu ou órgão/representante legal.

Por outro lado, permitir que uma decisão cautelar afete todo o funcionamento da empresa, decorrente da ação de um ou mais agentes que nela tenham qualquer vínculo, pode representar não apenas a violação dos pressupostos de imputação penal e da cautelaridade processual já apontados, como também ocasionar efeitos extremamente excessivos que, não raro, podem causar prejuízos para além das pessoas envolvidas na infração em apuração. Percebe-se, com isso, o retorno à premissa acima desenvolvida, no sentido da dificuldade da tutela cautelar voltada a atingir a empresa sem a previsão normativa de como será responsabilização criminal¹¹.

Ademais, para ressaltar o descompasso entre os institutos analisados e a realidade dos crimes empresariais, vale destacar que a legislação nem mesmo fixa um protocolo para aferição do que vem a ser considerado como produto de determinados crimes. O mesmo pode ser dito a respeito da inexistência de outras medidas cautelares reais (alternativas), que poderiam ser muito mais apropriadas para cada caso e realidade empresarial, de sorte que a própria atividade da empresa não seja inviabili-

¹¹ A normatização das regras de imputação penal e da própria responsabilidade criminal da pessoa jurídica permite enxergar também a necessidade de de proteção da empresa que opera dentro da normalidade jurídica, distinguindo-as das que são constituídas exclusivamente para finalidades ilícitas. Com efeito, conforme aponta Ana María Neira Pena, o regime de cautelares penais para as pessoas jurídicas não se aplicam para as “[...] organizaciones criminales o sociedades pantalla que, por su nula actividad como un sujeto de derechos. Ahora bien, las medidas cautelares reales, tendentes a conservar un patrimonio, podrían resultar útiles, en este caso, para limitar su disponibilidad por las personas físicas que estuviesen actuando tras el velo de la personalidad jurídica” (NEIRA PENA, 2017, p. 450).

zada mediante uma decisão cautelar de sequestro a incidir de modo tão draconiano¹².

A proposta de desenvolvimento de eventuais cautelares *reais* para a criminalidade empresarial, a incidir sobre a empresa, deve, por óbvio, ter conexão direta com o tipo de responsabilidade criminal da pessoa jurídica¹³. Seria possível desenvolver, mesmo no modelo de autorresponsabilidade da empresa, a estipulação de comportamentos empresariais violadores de deveres sujeitos à responsabilização corporativa. Nota-se que seriam situações objetivas, previstas com o fito de se evitar que a empresa seja instrumento da prática de crimes por gestores irresponsáveis; impedindo assim, que não tenha qualquer responsabilização da pessoa jurídica. A partir desse sistema, poderia se formular uma imputação à empresa com base no defeito ou na violação de normas de sua estrutura

¹² Informa Jordi Gimeno Beviá, em referencia à legislação italiana, a existencia de várias espécies de cautelares, a depender da situação e da imputação formalada à pessoa jurídica: “Además, en Italia, están reguladas penalmente dos medidas cautelares reales especiales (‘cautele reale’): el decomiso preventivo (‘sequestro preventivo’), que se utiliza para decomisar los beneficios obtenidos por el delito y así garantizar la posible ejecución de la confiscación de bienes como sanción; y el decomiso conservativo (‘sequestro conservativo’), que supone la inmovilización de los bienes muebles e inmuebles de la sociedad, o de la cuantía que se adeude, con el objetivo de garantizar el pago de la sanción pecuniaria, los gastos del procedimiento y cualquier otra cantidad debida al erario público” (GIMENO BEVIÁ, 2016, s/p).

¹³ Essa é a referência que se faz à cautelares incidentes sobre a empresa no modelo penal espanhol, onde vigora o modelo de autorresponsabilidade: “Así, pues, para poder apreciar la existencia del *fumus boni iuris*, será necesario volver a comprobar que concurren los elementos típicos y aquellos que han producido la imputación contra la persona jurídica, cuales son: a) que el delito cometido sea, por su naturaleza y por encontrarse dentro del listado del CP, susceptible de ser imputado a la persona jurídica; b) que la persona jurídica sea susceptible de ser imputada, es decir, que no se encuentre dentro de las personas jurídicas excluidas por el art. 31 *bis*.CP; c) que el delito haya sido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho; d) que haya sido cometido por personas sometidas al cargo de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, al no haberse ejercido sobre ellas el debido control” (GIMENO BEVIÁ, 2016, s/p). No mesmo sentido é o pensamento de Ana María Neira Pena (2017, p. 449), na monumental monografia sobre os Direitos Processuais Penais da pessoa jurídica: “[...] en el caso de las personas jurídicas, tal juicio debe referirse al hecho complejo que integra el ilícito penal imputable a la entidad, esto es, el hecho de referencia, a su perpetración por determinados miembros de la persona jurídica, por su cuenta y en su provecho y a los elementos o circunstancias que fundamentan la atribución de responsabilidad propia a la persona jurídica, que se concretan en el incumplimiento de sus deberes de supervisar, vigilar, controlar y prevenir delitos. Así pues, cabe señalar lo siguiente, en relación con la valoración del *fumus comissi delicti*”.

organizacional, servindo¹⁴ consequentemente como pressuposto à responsabilização criminal¹⁵ e de eventuais medidas cautelares atreladas à acusação¹⁶.

Portanto, a base para eventuais cautelares reais no processo pena, que pressupõe a responsabilidade penal individual da pessoa natural, e não se aplica para a pessoa jurídica, nos termos previstos na legislação atual.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Novamente, como metodologia para a comprovação da hipótese, utiliza-se a citação de um caso, que devido a peculiaridade com que foi tratado pelos juízos em que a causa tramitou, contribuirá para a discussão sobre o tema e permitirá demonstrar que, a despeito da disfuncionalidade das cautelares reais no processo penal em desfavor da pessoa jurídica e da ausência de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, tem o ente moral direito ao procedimento e às garantias do devido processo, quando for eventualmente afetado por qualquer decisão penal que limite e/ou confisque bens e direitos da empresa.

¹⁴ Merece nota o art. 31-bis, 2.1ª, do Código Penal espanhol, que requer dos programas de *compliance* a inclusão de “las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” (GASCÓN INCHAUSTI, 2019, p. 837).

¹⁵ Sobre os desdobramentos da possibilidade de se punir a pessoa jurídica, cita-se Fauzi Hassan Choukr e Alexis de Couto Brito (2019, p. 1.312): “[...] a possibilidade de que a pessoa jurídica responda independentemente das pessoas físicas adquire maior relevância um maior controle da ‘cúpula empresarial’ para a prevenção de atos delitivos. Assim, mediante a necessidade de fiscalização e apuração *interna corporis* a adoção de programas de *compliance* passam a obter maior destaque e participação nas investigações que a posteriori são concretizadas pelos órgãos do sistema penal”.

¹⁶ Não sem razão no Direito Penal Espanhol, só se pode aplicar uma cautelar em desfavor da pessoa jurídica depois da definição de sua imputação provável, ainda que na fase de investigação preliminar, “[...] que constituiría uma exigencia del presupuesto del *fumus commissi delicti*, se encuentra expresamente previsto en el art. 544 quáter LECrim que dispone que las medidas cautelares sólo podrán acordarse frente a la persona jurídica cuando se haya procedido a su imputación, es decir, cuando la entidad haya adquirido, al menos, la condición de investigada de acuerdo con lo previsto en el art. 118 LECrim” (NEIRA PENA, 2017, p. 451).

3.1 CASO: SEQUESTRO E PERDIMENTO DE BENS DE PESSOA JURÍDICA ESTRANHA À AÇÃO PENAL

Tratava-se de ação penal movida em desfavor de três agentes, aqui figurativamente chamados de Caio, Tício e Mévio, na qual pesavam-lhe a imputação das condutas previstas nos arts. 33 e 35, da Lei n.º 11.343/06. Durante o processo de conhecimento, foi decretada a prisão preventiva dos acusados e o sequestro de bens de Mévio; a alegação de constrição era de que foram adquiridos com proventos da infração em julgamento.

No interrogatório, logo após a finalização da instrução processual, Mévio informou que havia procedido à venda de um dos bens para a empresa “Alfa”¹⁷, razão pela qual o juízo de primeira instância determinou o cumprimento do sequestro contra a empresa. Sequestrado o bem, contra a referida decisão a empresa opôs Embargos de Terceiros (art. 130, II, CPP)¹⁸; dias depois, contudo, sobreveio decisão condenatória contra Mévio e contra os demais acusados, em que também se apreciou a defesa (embargos de terceiros) apresentada pela empresa. Na sentença, a empresa “Alfa”, apesar de não figurar no procedimento, foi condenada ao perdimento dos bens adquiridos do acusado Mévio, pois, no entender do órgão que a proferiu, além de não ter havido demonstração da boa-fé da empresa¹⁹ em seus embargos, os documentos juntados não tinham o condão de infirmar a prova produzida no processo de conhecimento instaurado contra os acusados. Existia, segundo a sentença, indícios de lavagem de dinheiro quanto à transferência do domínio da coisa confiscada por meio daquela decisão.

A empresa “Alfa”, todavia, interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido à alegação de que o reconhecimento do direito à propriedade demandava produção de prova, a qual, além de não realizada pela so-

¹⁷ Nome empresarial fictício.

¹⁸ Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado: (...) II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

¹⁹ Saliente-se que um dos pedidos formulados nos embargos era para que se os documentos que instruíram o pedidos não fosse suficientes para o levantamento do sequestro, que fosse oportunizada a produção das provas especificadas na petição de embargos.

cidade empresarial, não seria possível àquela altura, já que encerrada a instrução processual da causa penal em primeira instância.

3.2 A PERDA PATRIMONIAL E DE DIREITOS SEM QUALQUER PROCEDIMENTO APTO À EFETIVAÇÃO DE DEFESA DA PESSOA JURÍDICA

Sem adentrar nos equívocos de interpretação acerca dos institutos do processo penal e das garantias processuais, o que avulta da narrativa acima, a argumentação se concentrará na demonstração de que, por um lado, o modelo processual penal brasileiro de 1941 não comporta qualquer discussão acerca de eventual comportamento empresarial relacionado a fatos com relevância penal em julgamento e, por outro lado, ante a inexistência de regras processuais que venham a tutelar e a permitir a participação da pessoa jurídica em procedimento criminal, necessário desenvolver interpretação apta a permitir a proteção da empresa em casos como tais.

Primeiro argumento: a ausência de normas de natureza processual penal relativas a fatos que tenham relação com a atividade da empresa decorre, inequivocamente, da ausência da regulamentação de um modelo normativo que venha a reconhecer a responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

Ainda que se possa dizer que já opera no Brasil a responsabilidade criminal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais e atinentes à atividade econômico-empresarial, não há, com efeito, qualquer regulamentação a respeito do procedimento penal a ser utilizado diante da imputação de atos suscetíveis à responsabilização do ente moral²⁰. Aliás,

²⁰ Desde a edição da Lei n.º 9.605/98, a doutrina brasileira já se manifestava acerca da inexistência de normas processuais relativas à imputação e julgamento da pessoa jurídica, conforme lapidar trabalho desenvolvido por Sérgio Salomão Shecaira (2003, p. 163-164): “A nova ordem constitucional abriu as portas para a punição de um ente que, embora não pratique, por si só, uma conduta delituosa, pode, por autoria mediata, ter contra si imputada uma conduta delituosa. A decorrência lógica do fato é a possibilidade de um processo criminal contra uma empresa, com normas processuais que deverão ser igualmente adaptadas à sua nova condição de ré em processo criminal [...] No Brasil, as únicas normas concernentes à ação e ao processo penal, trazidas com a Lei 9.605/98, foram normas genéricas e que não dizem respeito aos procedimentos específicos a serem adotados para as pessoas jurídicas”. Semelhante posição é a de Choukr e Brito (2019, p. 1.326): “A apuração da responsabilidade penal da pessoa jurí-

conforme bem pontuou Ricardo Gloeckner (2019), os estudos acerca do direito processual penal relativos à responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil, após a entrada em vigor da Lei n.º 9.605/98, ainda são incipientes, com destaque para a questão da representação processual; não se conhece estudos acerca do procedimento e sobre discussões teóricas a respeito da necessidade da gestação de regras para a concretização das garantias processuais.²¹

De todo modo, é possível afirmar que o desenvolvimento doutrinário acerca do direito processual penal da pessoa jurídica no âmbito penal-empresarial-econômico decorre diretamente da consolidação de um sistema de imputação penal no ordenamento jurídico, o qual pressupõe definir o ente moral como sujeito ativo de condutas penalmente puníveis. O exemplo da Espanha, aliás, é digno de citação, pois, após a alteração da legislação penal espanhola, em 2010, estabelecendo a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, veio, na sequência, a manifestação doutrinária sobre o assunto, ressaltando a necessidade do estudo e do aperfeiçoamento do procedimento criminal para esse novo tipo de criminalidade e responsabilização penal²².

dica carece de um marco normativo específico pois nem no Código de Processo Penal, tampouco em leis especiais está prevista uma forma diferenciada de procedimentos penais em casos dessa natureza. A conclusão que pode ser alcançada é que às pessoas jurídicas deve ser conferido um tratamento idêntico àquele ofertado às pessoas físicas". Após a decisão tomada no RE 548.181 (Rel. Min. Rosa Weber, DJE nº 213, divulgado em 29/10/2014), em que o STF decidiu incidentalmente pela aplicabilidade do modelo de responsabilidade criminal da pessoa jurídica trazido pela mencionada Lei Ambiental, parece ter os problemas processuais se agravado, já que, agora, não é mais necessária a dupla imputação (pessoa natural + pessoa jurídica); confira-se o destaque feito por Gloeckner (2018, p. 154): "Mais grave ainda é a ausência completa da temática da disciplina processual penal. Se, com efeito, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica aparece num horizonte no qual as antigas dúvidas acabaram por se dissipar, por outro, no campo do processo penal, a ausência de alterações sobre o procedimento deixam um rastro de inevitável insegurança quanto ao percurso a ser adotado, sem prejuízo da necessidade de se definir algumas regras para poder cristalizar-se um devido processo penal".

²¹ "Isso é assim porque a responsabilização criminal da pessoa jurídica oferece uma gama de problemas parcamente debatidos no campo do direito processual penal, certamente não limitados pela questão da representação processual da pessoa jurídica, que acabou encampando maior parte dos estudos de processualistas debruados sobre a temática no Brasil" (GLOECKNER, 2018, p. 154-5).

²² Para presente pesquisa, encontrou-se como referência três obras; as duas delas oriundas de teses de doutoramento de seus respectivos autores. "La L.O. 5/2010, de modifi-

Todavía, nos passos de Victor Moreno Catena (2019, p. 1.015), apesar do esforço doutrinário manifestado por trabalhos e pesquisas após a introdução e a consolidação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no ordenamento espanhol, como também da modificação pontual do sistema processual por meio das Leys 37/2011 e 43/2015 – que fizeram significativas alterações no Direito Processual a incidir sobre o novo sujeito passivo do processo penal –, ainda se aguarda a criação de um estatuto processual próprio da pessoa jurídica na Espanha²³.

Em Portugal, por outro lado, também não se tem legislação própria sobre o processo penal relativo à “pessoa coletiva” [denominação dada naquele país à pessoa jurídica]; muito embora no Direito Penal português já se tenha consolidada a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, notadamente após a reforma penal de 2007 e a modificação da legislação processual sobre as cautelares em 2017²⁴. Apesar da tímida regulamentação sobre o Direito Processual da pessoa jurídica no âmbito criminal²⁵,

cación del Código Penal, supuso una auténtica revolución, no sólo desde la perspectiva de la dogmática y los principios que informan el Derecho Penal, sino también desde el punto de vista del Derecho Procesal. En pocas palabras, cabe señalar que, con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tales entidades pasan de ser consideradas meros objetos de investigación, a convertirse en auténticos sujetos de la investigación y del juicio penal” (PENA, 2017, p. 595).

²³ Nas palavras do Professor Catedrático de Derecho Procesal na Universidad Carlos III de Madrid, não obstante a tímida modificação legal operada após na legislação processual, “[...] dentro del conjunto de derechos que se reconocen a las personas físicas, es preciso salvaguardar el derecho a conocer la imputación; el derecho a ser informado del curso de las actuaciones en una lengua que comprenda; el derecho a personarse e intervenir en las diferentes diligencias del procedimiento; el derecho a defenderse; el derecho a no declarar y a no confesarse culpable; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la intimidad; el derecho a la inviolabilidad del domicilio; el derecho a la última palabra...” (MORENO CATENA, 2019, p. 1.015)

²⁴ “A la atribución de responsabilidad penal de las personas colectivas y entidades equiparadas y a la ampliación de 2007 no fue correspondida, no obstante, con la previsión de normas específicas de naturaleza procesal penal, en especial en el Código de Proceso Penal (CPP). Únicamente en 2017, en el ámbito restringido de las medidas de coacción, la legislación portuguesa pasó a contener normas específicas de naturaleza procesal en el caso de que el acusado fuera un ente colectivo” (ANTUNES, 2021, p. 702).

²⁵ Maria João Antunes (2020, p. 11) ainda é mais específica, ao dizer que cada modelo de responsabilidade criminal da pessoa jurídica demandaria o desenvolvimento de regramento próprio de Direito Processual: “ Temos para nós que a opção por determinado modelo de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas ou por determinada configuração de um dos dois modelos de base (modelo de hétero-responsabi-

o problema verificado lá é distinto do que atualmente se passa no Brasil – ilustrado por meio do caso acima: o debate português na atualidade é acerca da aplicabilidade e da extensão das normas processuais penais concebidas para as pessoas individuais à pessoa jurídica²⁶. Neste sentido, doutrina e jurisprudência travam discussões à espera da concretude normativa legisferante²⁷.

No Brasil, o quadro é totalmente diverso: apesar de extremamente criticada quando da entrada em vigor, a regulamentação normativa da responsabilidade criminal da pessoa jurídica é voltada apenas para os crimes ambientais. Não obstante, a empresa que eventualmente venha a ter qualquer atividade, decorrente do seu negócio, e tangenciar alguma conduta penalmente típica praticada por um agente individual, fora dos

lidade ou de autorresponsabilidade) tem repercussões correspondentes no estatuto processual penal da pessoa coletiva arguida e no processo penal em geral. As especificidades das normas de natureza processual penal são tanto mais extensas quanto menor for a dependência da imputação da responsabilidade penal das pessoas coletivas relativamente ao facto concreto praticado pela pessoa individual. Por exemplo, a não previsão do direito de prestar declarações por parte da pessoa coletiva arguida é mais enquadrável num modelo que a responsabilize penalmente por via do facto imputado à pessoa singular que também é arguida”.

²⁶ Apesar de louvável o esforço doutrinário e dos tribunais, no sentido de estender à pessoa jurídica os direitos fundamentais concebidos a partir do referencial da pessoa humana, a advertência de Sancho (2018, p. 56) é extremamente válida, no sentido de ser necessário um desenvolvimento próprio dos direitos processuais da pessoa jurídica: “Si en lo que respecta al enjuiciamiento de las personas físicas podemos decir que la armonización de garantías procesales es incipiente, necesitada aún de muchos avances y concreciones, en lo relativo al proceso penal contra personas jurídicas es francamente deficiente, pues faltan especificaciones que atiendan, entre otras particularidades, a su falta de “corporeidad” física y a la consiguiente necesaria representación defensiva en el proceso, o a las diferencias en la operatividad de los derechos fundamentales con repercusiones procesales, de los que también son titulares las personas jurídicas”.

²⁷ Nos passos de Manuel da Costa Andrade, definitiva é a posição de Maria João Antunes a respeito da mora legislativa: “Como exemplarmente salienta Costa Andrade, ‘mesmo descontada a circunstância de poderem ocorrer aqui problemas cuja solução tenha de ser expressa e diretamente oferecida pela lei (reserva de lei), o legislador não pode deixar uma área problemática tão extensa e tão densificada de conflitualidade, pura e simplesmente abandonada às forças da doutrina e da jurisprudência. No contexto de um direito de modelo continental cabe ao legislador desenhar e sancionar o travejamento basilar do direito processual penal das pessoas coletivas. Tarefa que postula um conjunto mais ou menos acabado de normas a funcionar não só como polarizadores de opções normativas, mas também como irrenunciáveis fatores de estabilização e garantes daqueles limiares mínimos de igualdade, sem os quais não se pode falar de direito. Menos ainda de justiça” (COSTA ANDRADE *apud* ANTUNES, 2020, p. 18-19).

casos da lei ambiental, está literalmente sujeita a sofrer consequências jurídicas sancionatórias, sem que haja, todavia, qualquer acusação, defesa ou devido processo, mesmo porque não existe na lei qualquer forma de responsabilizá-la criminalmente.

Em outros termos: está-se promovendo responsabilização criminal às avessas contra a empresa, decorrente de comportamentos individuais, que podem ter ou não relação com atos ilícitos praticados por seus funcionários ou órgão/pessoas responsáveis pela gestão empresarial. Neste ponto, não parece ser adequado sustentar ser o quadro decorrente de um problema processual, consistente na dificuldade de identificação do responsável pela conduta na atividade empresarial. O problema é totalmente diverso, pois, como não há norma prevendo a responsabilização da pessoa jurídica, como pode a empresa ter consequência penal em razão da prática de um delito?!

Ante o referido estado d'arte, pode-se invocar uma resposta para o momento, a partir do desenvolvimento doutrinário sobre teoria do processo, bem como a partir dos princípios do conjunto principiológico do devido processo legal, previstos na Constituição Brasileira de 1988. Anuncia-se, assim, que a pessoa jurídica é titular de direitos processuais, para fins de garantia da tutela de seus direitos, a despeito da sua condição ainda não definida como sujeito passivo, no que concerne aos crimes empresariais.

De entrada, sustenta-se, com base na segura posição doutrinária de Antônio Scarance Fernandes (2005, p.38-39), que, nas democracias, constituídas pelas Constituições modernas, ao se instituir direitos fundamentais como pedra angular do Estado de Direito, e também por inferência hermenêutica das normas internacionais de direitos humanos, o procedimento legal torna-se meio essencial “para se obter, no ordenamento, resultados eficazes das normas de direito fundamental”. Logo, na seara jurisdicional, em que se discute qualquer afetação de direitos em decorrência da função jurisdicional do Estado, a observância do procedimento legal é fator de legitimação do provimento judicial.

A instrumentalização técnica do procedimento criminal atinente à aplicação de restrições de direitos e sanções jurídicas pressupõe, portanto, que se concretizem determinadas garantias processuais. Com efeito, é

imprescindível que a lei, ao tratar do procedimento, estipule: (i) como ato inicial, a delimitação de uma acusação, com a fixação de fatos, formulada por sujeito diverso do órgão julgador; (ii) os atos predispostos a permitirem o exercício do contraditório, com a participação igualitária das partes, o exercício do direito de defesa pelo imputado²⁸ e a necessária imparcialidade do órgão julgador; e (iii) as fases específicas para que as partes (acusação e defesa) possam desenvolver seus argumentos e provar os enunciados postulados em suas manifestações processuais (SCARAN-CE FERNANDES, 2005).

A colação doutrinária acima já seria suficiente para concluir pela total ilegitimidade das decisões oriundas de procedimentos cautelares reais contra quem sequer figura como investigado/acusado em procedimento criminal. Não prevê a lei, inclusive, qualquer procedimento por meio do qual aquele que eventualmente será afetado pela decisão de sequestro (ou busca e apreensão) seja intimado para responder o pedido e contra-argumentar o postulado, de modo a se bater pela negativa da constrição cautelar dos seus direitos; por conseguinte, não há qualquer espaço, antes da construção do provimento, destinado à produção de provas alusivas à defesa do afetado, de modo que a restrição cautelar não seja adotada.

Não se desconhece, por outro lado, a possibilidade de o terceiro, eventualmente afetado pela decisão cautelar de sequestro, impugnar a decisão cautelar mediante embargos de terceiros, oportunidade em que poderá, conforme prevê o CPP, demonstrar ter adquirido de boa-fé a coisa tornada indisponível. Contudo, esse espaço de manifestação, além de insuficiente para a concretização das garantias inerentes do direito ao procedimento, inverte a lógica acusatória do procedimento cautelar.

²⁸ Alberto Binder (2017, p. 236), se refere ao papel das formas e da previsão de um procedimento legal prévio ao julgamento, ressalta a função de proteção do imputado, podendo ser aqui visto sobre aquele em quem irá repercutir a consequência jurídica da sanção aplicada como consequência do julgamento: [...] todas las instituciones del proceso penal están configurados por dos fuerzas antinómicas, una de las cuales tiene como propósito limitar el poder punitivo del Estado. Al conjunto de normas e instituciones que cumplen dicha tale reservamos com exclusividade el nombre de “sistemas de garantías” [...] El principio, próprio del Estado de derecho, según el cual la imposición de una pena a una persona determinada debe estar sometida a una precisa regulación legal (de determinadas características) fundada em principios de protección de la libertad, es de tal magnitud que ello configura la función principal de las formas procesales”.

Sim, porque o dispositivo do art. 130, II, do CPP, ao indicar como pressuposto do deferimento dos embargos de terceiros a demonstração de boa-fé na aquisição da coisa, promove genuína inversão do ônus da prova acusatória. É dizer: além de não ter participado previamente da decisão de constrição da posse/propriedade relativa ao bem sequestrado, passa a ser do particular (terceiro), e não do Estado-acusador, o ônus de demonstrar a ausência de conhecimento sobre a origem do bem, fato este que estaria a indicar o agir estribado em boa-fé, conforme prevê o CPP.

Tal inversão, que também esvazia o principal princípio de regência do processo penal nas democracias – presunção de inocência – é, em verdade, o retrato de sistema processual inquisitivo, caracterizado pela inexistência do exercício do direito ao contraditório prévio à decisão. Aliás, não é preciso ir longe e nem tampouco buscar inspiração normativa no direito alienígena para se concluir pela necessidade do contraditório prévio e do direito de audiência nos casos de cautelares reais de constrição do direito de pessoas estranhas à persecução penal.

É que o art. 10, do Código de Processo Civil vigente, aplicável ao processo penal por decorrência da possibilidade do diálogo das fontes autorizado pelo art. 3º, CPP, prevê claramente novo espectro normativo do princípio do contraditório, ao estabelecer que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Trata-se, com efeito, conforme destaca a doutrina, da garantia de terem as partes a possibilidade de influência no provimento e, ao mesmo tempo, na proibição da decisão surpresa àquele que participa do procedimento (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009).

Ademais, há outra referência normativa que pode ser usada por analogia: o §3.º do art. 282, do CPP, prevê ser necessário o contraditório prévio, mediante a manifestação, no prazo de 5 dias, daquele contra quem se pede uma cautelar penal de natureza pessoal no processo penal. A única hipótese admissível de restrição do contraditório prévio, consoante o mencionado dispositivo, se daria nos casos em que avultasse concretamente uma situação de urgência; é imprescindível, contudo, que fique tal circunstância extrema consignada de modo fundamentado na

decisão cautelar. Este seria o único fundamento para se restringir a possibilidade do sujeito, que será afetado pela decisão cautelar, de participar da construção da decisão que visa a restrição de um direito fundamental seu, inclusive da própria liberdade (prisão preventiva). Neste último caso, de acordo com nova regra prevista no art. 287, do CPP – e o que fora objeto de reconhecimento pelo próprio STF em decisão recente²⁹ – necessária a submissão do caso à audiência de custódia no prazo de 24 horas, oportunidade em que o afetado poderá não apenas contestar a desnecessidade da constrição prévia de sua liberdade, como também aduzir em sua defesa, mediante a participação da defesa técnica, qualquer argumento a infirmar a decisão cautelar.

Não há disposição semelhante no âmbito das cautelares reais no processo penal, sobretudo aquelas que possam afetar terceiros, alheios à persecução penal, como é o caso da pessoa jurídica³⁰.

²⁹ Medida Cautelar na Reclamação 29.303, determinando ser obrigatória a realização de audiência de custódia após a efetivação de todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas (STF. Mc na Rcl 29.303, Re. Min. Edson Fachin. DJE nº 291, divulgado em 11/12/2020).

³⁰ Sobre o ponto, interessante demonstrar como trata o direito espanhol a respeito dos procedimentos em que se pede uma cautelar contra a pessoa jurídica. Segundo Gimeno Beviá (2016, s/p), uma vez “[...] efectuada la solicitud, dispone el número 2.º del art. 544 quáter LECrim que será necesario realizar una vista, en la que el Juez citará a todas las partes personadas en el proceso penal. La persona jurídica debe ser citada a través de quién la represente y, si no fuera posible, por su abogado (que puede asumir su representación). El objetivo de dicha audiencia consiste en asegurar el principio contradictorio y el derecho de defensa. No contempla la LECrim expresamente el plazo en el que debe realizarse la citada audiencia. La demora en su celebración puede lesionar los intereses de las partes acusadoras. De aquí que, una vez más, sea más acertada la opción elegida en el Derecho italiano, en la que desde la solicitud hasta la celebración de la audiencia no pueden transcurrir más de quince días. Segundo informa Nicolas Rodríguez-García (2020, p. 699; 705), o Código de Processo Penal da Espanha (Ley de Enjuiciamiento Criminal) foi alterado pela Ley 41/2015, de 5 de octubre, que por meio do seu Artículo único Diez incluiu dispositivos alusivos ao confisco de bens (decomiso) para “la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”. Uma das principais novidades trazidas é: “E) A todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso les serán de aplicación las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 803 ter i LECrim). F) En lo relativo a la legitimación pasiva, tienen que ser citados a juicio como demandados los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar (art. 803 ter j 1 LECrim). Y el encausado rebelde será citado mediante notificación dirigida a su representación procesal em el proceso suspendido y la fijación de edicto en el tablón de anuncios del Tribunal. Y el tercero afectado por el decomiso será citado de

O CPP também não define qual seria o prazo para o ajuizamento dos embargos de terceiros³¹. Dispõe a lei, ao contrário, que não poderá ser proferida decisão em tal incidente até que haja a preclusão máxima da decisão condenatória eventualmente proferida em desfavor do acusado (art. 130, parágrafo único, do CPP). A regra não tem, por óbvio, o menor sentido, uma vez que, em regra, a prova relativa à defesa da propriedade da coisa, havida de boa-fé pelo terceiro, não tem correlação direta com prova da imputação feita contra eventuais agentes individuais, responsáveis pelo delito em apuração. A ausência de regulamentação legal específica a respeito dos embargos de terceiros inviabiliza, a depender de como se interpreta o referido instituto, a possibilidade do amplo exercício do direito de defesa do terceiro afetado pela decisão. Aliás, não há também qualquer espaço procedimental a permitir a produção da prova pelo terceiro, com estipulação de uma audiência e a regulamentação expressa acerca do direito probatório e do que pode ser aduzido com o pedido inicial dos embargos. A lei não estabelece, inclusive, se os embargos serão julgados em caráter incidental ao procedimento da ação penal ou se tramitarão com independência do processo de conhecimento em que se faz a imputação dos crimes a agentes individualizados.

Entretanto, é possível aprofundar ainda mais no assunto para se perceber que o problema decorre da ausência completa de qualquer previsão técnica no processo de conhecimento penal para que pessoas que não podem responder pela imputação penal, mas que possam eventualmente serem afetadas pela decisão penal de condenação, participem do pro-

conformidade con lo previsto en art. 803 ter b 3 LECrim (art. 803 ter j 2 y 3 LECrim)". Em Portugal, consoante Maria João Antunes (2020, p. 11), a previsão é na mesma linha do que ocorre na Espanha: "[...] para se poder aplicar uma medida de coação a uma pessoa coletiva, se impõe "a sua prévia notificação para ser ouvida, para esse efeito, o que não se confunde com a diligência ocorrida nos autos (interrogatório judicial de arguido) em que foram interrogados os arguidos pessoas singulares".

³¹ Consoante destaca Aury Lopes Júnior (2019, p. 711), não obstante o CPP preveja os embargos para a defesa do próprio imputado ou do terceiro de boa-fé, possuidor da coisa e estranho à imputação de qualquer crime, "não existe prazo definido no CPP para os embargos do réu ou de terceiros, o que gera, sem dúvida, uma perigosa lacuna. Assim, os embargos poderiam ser admitidos a qualquer tempo, inclusive depois da sentença penal condenatória, mas antes do trânsito em julgado". Portanto, a princípio, a lacuna estaria a ensejar na impossibilidade da utilização dos embargos após o trânsito em julgado; restando analisar o cabimento da Revisão Criminal (art. 621, do CPP).

cedimento cognitivo, apresentando defesa processual de suas alegações e todas as exigências legais de estar no procedimento. Os exemplos mais comuns dessa lacuna normativa seriam aqueles que afetam as pessoas jurídicas, que podem ser atingidas a partir da decisão de perdimento de bens, como efeito da sentença penal, mas que não foram afetadas previamente por meio das cautelares. Sim, porque, como destacado acima, eventuais terceiros que venham a ter participação no recebimento de coisas, após a consumação do(s) crime(s) imputado(s), poderiam ser acusados de delitos específicos, o que não ocorre com a pessoa jurídica.

Nesse sentido, da forma como o procedimento criminal está previsto no CPP de 1941, caso um bem, considerado como produto do crime, tenha sido transferido à uma pessoa jurídica, inevitavelmente, poderá haver a decretação do confisco do bem, como efeito da sentença, sem que tenha o ente moral qualquer possibilidade de participar do processo de conhecimento de primeira instância. Quanto a isso, é preciso demonstrar, ademais disso, outra violação:

É que, conforme sustenta Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 183-184), “[...] no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva (linguagem) [...]” do procedimento, visto como mecanismo técnico de preparação das decisões. Nesse sentido, a argumentação que possa dar validade à fundamentação do direito nos julgamentos deve ser haurida da manifestação das partes interessadas e/ou afetadas na decisão, de modo a concretizar a “isonomia entre produtores e destinatários das normas jurídicas [...] de tal modo que, no apontamento incessante de falibilidade do sistema jurídico no espaço procedimental acessível a todos, os destinatários das normas se reconhecem autores da produção do direito”.

É dizer: não pode existir decisão jurídica de limitação de qualquer direito cuja titularidade decorra do plexo normativo do ordenamento, se não foi a parte ouvida, permitida a sua participação no procedimento para que não apenas contribua para a construção do sentido normativo da decisão, como também possa fiscalizar a adequada função de interpretação das normas jurídicas das quais, inclusive, além de destinatários, são também copartícipe.

Como contra a empresa não se faz qualquer imputação penal – já que inexistente a responsabilidade criminal da pessoa jurídica para crimes empresariais – não é ela admitida no procedimento como pessoa imputada; logo, não haveria, em tese, a garantia processual de estar no procedimento para o exercício dos direitos fundamentais inerentes à discussão sobre possibilidade de restrição e/ou extinção de direito seu. Todavia, conforme delineado acima, muito embora não seja à pessoa jurídica imputada qualquer fato penalmente relevante, poderá ter bens confiscados por efeito da condenação, caso se lhe tenha transferido coisa apontada como produto do crime em discussão.

De todo modo, apesar da lacuna normativa, imprescindível novamente invocar as garantias processuais da pessoa natural acusada, de modo a possibilitar a defesa dos direitos em discussão.

Com efeito, consoante se colhe da doutrina, para o válido exercício do direito de defesa, a partir dos pressupostos epistêmicos necessários ao julgamento e de modo a garantir fiabilidade probatória do conhecimento produzido para o acertamento do caso, pressupõe-se não só conhecer o inteiro teor da acusação, como também as fontes de provas que serão apresentadas no julgamento para a retirada do estado jurídico de inocência e, assim, a aplicação da consequência jurídica da violação da norma penal. Para tanto, necessário também o direito de rastrear as fontes de prova apresentadas pelo órgão de persecução, permitindo-se que a defesa se oponha às fontes de prova descoladas da imputação e/ou angariadas à margem do direito vigente. Ademais, deve ser estipulado no espaço do procedimento também o direito de contar com uma etapa processual anterior à instalação do julgamento em que se possa conhecer todo o material informativo unilateralmente angariado pelo acusador – não apenas aquele que aparelha a imputação –, como também a possibilidade de o refutar, no que diz respeito à sua validade, assim como a garantia de ampla oportunidade de propor meios de provas para infirmá-los (*discovery*³²) (PRADO, 2019).

³² Semelhante entendimento é o de Victor Moreno Catena (2019, p. 1.015): “A grandes rasgos, estos derechos pueden concretarse básicamente en tres: de un lado, la premisa obligada, que es el derecho a conocer la existencia del procedimiento y el contenido de la acusación; de otro lado, el derecho a contradecir a la acusación, pudiendo intervenir en las actuaciones y proponer las diligencias que puedan convenirle en su des-

A aplicação dos aludidos pressupostos para a instalação do direito de defesa, nas situações em que houver a transferência do bem considerado como produto do crime à pessoa jurídica, só seria implementada se houvesse a imputação de tal episódio na denúncia, com descrição de que a alienação da coisa se deu com o conhecimento da procedência do bem. Sim, porque para que seja instalada a defesa é preciso que seja fixado o fato ensejador da responsabilidade criminal, em razão não apenas da lógica acusatória do procedimento criminal, como também do ônus probatório derivado da incidência do princípio da presunção de inocência. Contudo, como não há responsabilidade criminal para a pessoa jurídica – apesar da possível afetação de seu patrimônio como efeito da sentença – esse requisito técnico não é exigido em lei para a formulação das acusações penais.

Assim, como não há acusação, não se tem instalada, pois, a possibilidade de defesa, nos moldes apresentados³³; sonega-se, também, à pessoa jurídica, não apenas um espaço técnico para conhecer o inteiro teor da acusação, de implementação do *Discovery*, rastrear a origem das fontes de prova acusatória e da própria possibilidade probatória de intervir no procedimento de conhecimento para demonstração de que as provas apresentadas pela acusação não ensejam a decretação do perdimento dos seus bens.

A solução ideal para o problema apresentado seria a estipulação normativa da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, como pressuposto para erigir o ente moral à parte processual penal.³⁴ A regula-

cargo, así como participar activamente en el juicio, incluyendo pronunciar la última palabra; finalmente, esta intervención podrá realizarla el acusado por sí mismo en los casos permitidos por la ley (autodefensa), y también se le ha de reconocer el derecho a la asistencia de un abogado”.

³³ No mesmo sentido, Víctor Moreno Catena (2019, p. 1.018): “La premisa esencial para poder defenderse, para el ejercicio de este derecho, es conocer que se ha iniciado un procedimiento penal, que se dirige contra una determinada persona y que se sigue por unos concretos hechos con apariencia delictiva”.

³⁴ O conceito de parte processual passiva no processo penal decorre da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, como se observa da manifestação de Ana María Neira Pena (2020, p. 102) sobre o direito espanhol “[...] desde la reforma introducida por la LO 5/2010, de modificación del CP, que introdujo en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la parte pasiva del proceso penal puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, al haber adquirido estas últimas la condición de investigadas, encausadas y acusadas en el proceso, aunque

mentação em lei da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ademais, permitiria desenvolver os critérios normativos de imputação penal ao ente moral e, assim, que eventual acusação seja apresentada em juízo para processamento e julgamento, de modo a possibilitar a instalação do direito de defesa e a própria discussão dos pressupostos da responsabilidade penal.³⁵

Até a promoção da mudança legislativa, é possível invocar o desenvolvimento teórico acima desenvolvido, permitindo-se que a pessoa jurídica intervenha no procedimento de conhecimento dirigido contra a pessoa natural, sendo a ela aplicada todas as garantias correlatas do direito de defesa e de estar no procedimento, inclusive com a possibilidade de resposta e postulação probatória (art. 396-A, do CPP). Isso não exclui, por evidente, a possibilidade de utilização dos embargos de terceiros, para fins de defesa processual da constrição cautelar da posse/propriedade do bem constrito, possibilitando-se que se postule ampla oportunidade probatória e que o julgamento, caso não seja do interesse do afetado pela cautelar que decisão definitiva se dê em conjunto com o julgamento da ação penal, por ter interesse processual na prova a ser produzida pelo acusador.

sólo en relación con aquellos delitos respecto de los que el CP prevé expresamente su responsabilidad”.

³⁵ A relação que se faz entre a capacidade ativa para praticar crime por meio da pessoa jurídica e a consequente capacidade passiva no processo penal é exemplificada a partir do modelo espanhol de responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Com efeito, a pessoa jurídica pode ser imputada da prática de crime na Espanha desde que se verifiquem os pressupostos a seguir, previstos no CP “[...] la LO 5/2010, de 22 de junio introdujo en el CP la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas [...] por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, o bien por delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (art. 31 bis LECrim). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las personas jurídicas pueden quedar incluso en estos casos, exentas de responsabilidad criminal cuando se hayan adoptado determinadas medidas previas de vigilancia y control, aunque ello no afecta, en cuanto habrá de ser probado en el proceso, a su capacidad para ser parte” (BAAMONDE, 2020, p. 155-156).

Ante o exposto, no sentido da confirmação da hipótese levantada no início texto escrito, como não há no Brasil responsabilidade criminal da pessoa jurídica, não é ela reconhecida como sujeito processual nos procedimentos penais de persecução; logo, não poderão seus bens e direitos serem afetados por decisões cautelares e condenatórias de perdimentos sem que se garanta efetivamente o direito ao devido processo legal e a ampla possibilidade de defesa de seus direitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crítica construída por meio deste escrito demonstrou que a regulamentação das medidas assecuratórias reais (cautelares) previstas no CPP são afeiçãoadas à criminalidade individual, e não podem atingir a pessoa jurídica, porque inexistente responsabilidade criminal do ente moral fora dos casos dos crimes ambientais.

Conclui-se, no particular, que a incidência do sequestro de bens sobre o patrimônio da empresa, ainda que em decorrência da prática de crime empresarial por funcionário, gestor ou representante/órgão legal dela, é mecanismo indireto e ilegítimo de responsabilização penal da pessoa jurídica, pela via cautelar.

A proposta apresentada, relativa ao aperfeiçoamento das cautelares penais a incidirem em desfavor da pessoa jurídica, passa necessariamente pela normatização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, para além dos crimes ambientais, de onde se passa a derivar, como consequência, os critérios de imputação e os pressupostos para instrumentalização cautelar do processo.

No que se refere aos procedimentos, a conclusão apresentada é de que o modelo previsto no CPP de 1941 não prevê qualquer espaço de discussão a respeito do comportamento empresarial, apesar de eventualmente a empresa poder ser atingida pela jurisdição penal, seja por meio das decisões de sequestro, seja pelas decisões condenatórias de perdimento dos bens.

Como decorrência desse vazio normativo, verifica-se, com certa frequência uma responsabilização criminal da empresa às avessas, e sem a instalação do devido processo legal. Todavia, seria possível, como medida

paliativa, até que se faça a modificação da legislação penal e processual, invocar para a pessoa jurídica as garantias processuais da pessoa natural acusada, de modo a possibilitar a defesa dos direitos em discussão.

Por fim, como solução ideal para o problema apresentado, figura como imprescindível a regulamentação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, de modo não apenas a reconhecer a empresa como sujeito processual nos procedimentos penais de persecução, como também permitir que contra ela só possa haver penalidade, caso se constate a violação de normas de dever corporativo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. *Processo Penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020.

ANTUNES, Maria João. Personas jurídicas, compliance y proceso penal portugueses. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando. *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. València: Tirant lo Blanch, 2021, p. 701-722.

BAAMONDE, Xulio-Xosé Ferreiro. TEMA 7. El investigado. Presencia y ausencia del investigado: la rebeldía. El responsable civil. Representación y defensa de las partes: persona física y persona jurídica; defensa de oficio y beneficio de justicia gratuita. Costas del proceso penal. In: MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. València: Tirant lo Blanch, 2020, p. 153-183.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal: Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*. v.3. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo. O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro. *Conjur*, Direito de Defesa, 5 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/direito-defesa-bloqueio-bens-empresas-crimes-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. BRITO, Alexis de Couto. Relatório Brasileiro. Questionário Internacional *Compliance*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). *Tratado Sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 1.311-1.345.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento. *In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Tratado Sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 837-859.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal, el proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS.* Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In: BUSATO, Paulo Cesar (Org). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha.* Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018, p. 153-165.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORENO CATENA, Victor. El derecho de defensa de las personas jurídicas. *In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.). Tratado Sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 1.009-1.038.

NEIRA PENA, Ana María Neira. La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas. *Cuestiones Actuales de Derecho Procesal.* Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

NEIRA PENA, Ana María. TEMA 5. Las partes del proceso penal. El Ministerio Fiscal. El acusador particular; la acusación popular. El acusador privado. El actor civil. La Abogacía del Estado. El perjudicado. *In: MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz (Coord.). Derecho Procesal Penal.* Valência: Tirant lo Blanch, 2020, p. 101-130.

PRADO, Geraldo. *A Cadeia de custódia da prova no processo penal.* São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. TEMA 30. La regulación procesal del decomiso: la realización anticipada de los efectos judiciales, la intervención de terceros afectados por el decomiso y el decomiso autónomo. Funciones y fines de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. *In: MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz (Coord.). Derecho Procesal Penal.* Valência: Tirant lo Blanch, 2020, p. 699-716.

SANCHO, Montserrat de Hoyos. Garantías Procesales De Las Personas Jurídicas Investigadas Y Acusadas: Armonización en el Ámbito De La Unión Europea Y

Situación Actual En España. In: FANEGO, Coral A.; SANCHO, Montserrat de Hoyos (Dirs.). *Garantías Procesales de Investigados y Acusados*. Situación Actual en el Ámbito de la Unión Europea. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 53-86.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental [Parecer]. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 8, v. 2, p. 145-172, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.



4

**ORDENAMENTO
JURÍDICO, ECONOMIA
E CONHECIMENTOS
HUMANOS**



DIREITO E LITERATURA: VERDADE E FICÇÃO – UMA ANÁLISE COMPARATIVA

CARLYLE POPP¹



RESUMO

Direito e Literatura têm relações entre si. Os temas da verdade e da ficção preocupam ambas as áreas. Os enfoques de verdade e ficção são diversos. Enquanto para o Direito quer se alcançar a verdade real, no âmbito literário ela se dá no arcabouço fictício, através da verossimilhança. Pós-verdade e liquidez são temas que caminham para afetar o Direito e a Literatura.

Palavras chaves: Direito; Literatura; Verdade; Ficção; Pós-verdade.

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Direito e Literatura: aspectos gerais. **3.** Verdade e ficção no Direito: Verdade formal, Verdade real e as presunções. **4.** Verdade e ficção na literatura. **5.** À guisa de conclusão: liquidez e pós-verdade. Referências.

¹ Mestre em Direito Público pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do Conselho Editorial da Juruá Editora e do Instituto de Direito Privado. Foi professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) até 2012. Advogado Sócio de Popp Advogados Associados. Foi professor da PUC/PR. É escritor. Coordenador e colaborador da antologia *Instruções à Cortázar: homenagem de cronópios, famas e esperanças*. Juruá Editora, 2014 e da antologia *KAFKA: Uma metamorfose inspiradora*. Juruá, 2015. Autor do romance *O Senhor da minha história*. Curitiba: Inverso, 2016. Foi presidente da Academia Paranaense de Letras Jurídicas entre 2017 a 2021.

“A diferença entre a verdade e a ficção é que a ficção faz mais sentido” (Mark Twain).

“A ficção é a verdade dentro da mentira” (Stephen King).

1 INTRODUÇÃO

Verdade e ficção são temas ligados ao cotidiano. Gore Vidal valeu-se desta realidade em seu livro “De fato e de ficção: ensaios contra a corrente”². Ou seja, há os fatos, aquilo que em Direito chama-se verdade real e há ficção, que no mundo leigo, contrapõe-se à ideia de verdadeiro.

Este estudo trabalha com as vertentes literárias e jurídicas, especialmente para analisar a relação entre estes temas no âmbito jurídico e na esfera literária. Assim, a partir de uma noção rápida da importância e conteúdo do tema “Direito e Literatura”, enfoca-se a verdade e a ficção no ordenamento jurídico, com suas três principais decorrências: a verdade formal, a verdade real e as presunções. Na sequência, agora sob o âmbito literário, verifica-se a interpretação dada a estas rubricas na literatura, inclusive com uma análise comparativas.

Ao final, à guisa de conclusão, percebe-se um certo esvaziamento social destas premissas, na medida em que se diluem os conteúdos na excessiva liquidez dos relacionamentos e das expectativas, sociais, econômicas, jurídicas e existenciais. A verdade, no mundo dos fatos, tem alcançado amplitudes que assustam a ficção.

Este estudo utilizou-se de vertentes doutrinárias, quer no campo jurídico, quer no literário e, com relação a esta, da concretude de obras no campo da ficção. Discutir o tema descrito interessa a todos os que se interessam pelos estudos literários ou jurídicos, sejam estudantes, professores ou meros amantes da palavra.

Os absurdos do cotidiano mitigam as noções de possível e provável o que conduz à inexorável conclusão de que tudo pode ser verdade.

² São Paulo: Companhia das letras, 1987.

2 DIREITO E LITERATURA: ASPECTOS GERAIS

Assim como acontece com outras disciplinas, *v.g.*, economia, sociologia, medicina, o direito tem íntima relação com a literatura³. Este contato se dá mediante três vertentes: a) direito na literatura; b) direito como literatura; c) direito da literatura. O direito na literatura dá-se mediante o uso de relações jurídicas em textos literários⁴ ou mediante a fomentação em textos literários de discussões sobre a mudança na lei. Foi o que fez Nelson RODRIGUES com suas crônicas da **Vida como ela é**, fato que, na condição de fonte material do direito, muito auxiliou nas alterações surgidas no direito de família a partir dos anos 60 do século passado⁵.

Por sua vez, o direito como literatura se dá quando a discussão de temas jurídicos ocorre através de obras literária de grande envergadura jurídica⁶ ou ainda mediante decisões dos tribunais pelo seu alto conteúdo literário.

De última banda, direito da literatura trata do disciplinamento jurídicos da literatura, criando regras sobre direitos autorais, plágio, contra-fação e até da criptomnésia⁷.

³ Há também estudos, por exemplo, que analisam a relação entre literatura e filosofia. A respeito v. GASS, William H. *A ficção e as imagens da vida*. São Paulo: Cultrix, 1971. V. especialmente p. 17-35.

⁴ Este pesquisador já trabalhou anteriormente com o tema ao estudar a relação entre a obra de Zygmunt BAUMAN (*Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008) e o romance de Georges PEREC (*As coisas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012), o que resultou no livro *Consumo e Consumismo: uma análise crítica*. Curitiba: Juruá. 2013. Além disso, v. também POPP, Carlyle & GOMES, Maria Estela Leite. A infância de um chefe: direito e economia em Sartre (http://www.academia.edu/7973200/A_INF%C3%82NCIA_DE_UM_CHEFE_DIREITO_E_ECONOMIA_EM_SARTRE) e POPP, Carlyle. Democracia e liberdade em Julio Cortázar (p. 207/217) in: *Revista da Academia paranaense de Letras Jurídicas*. Vol. 03, Curitiba: Juruá, 2014.

⁵ Sobre o tema v. POPP, Carlyle; MESSAGGI, Ricardo Reis & PARODI, Ana Cecília. O direito de Família a partir da leitura brasileira, nos contos de Nelson Rodrigues. *UNOPAR Científica. Ciências Jurídicas e Empresariais*. v. 3, p. 13-22, 2012.

⁶ Um bom exemplo é o livro *O caso dos exploradores de cavernas* de Lon FULLER. Traduzido por AZEVEDO, Plauto Faraco. Porto Alegre; Sergio Fabris, 1976.

⁷ Criptomnésia é o plágio inconsciente. Marcelo CAETANO, primeiro ministro de Portugal na continuação do Salazarismo ou do Marcelismo, segundo alguns, ao sair de lá por ocasião dos cravos, já no Brasil, sem apoio de sua biblioteca, retida pela revolução

Portanto, tendo em vista que muitos dos fatos da vida têm interesse para o direito, há uma importante relação entre direito e literatura⁸. A literatura, ainda que sob o foco fictício, aproveita-se da vida, seja no drama, na comédia, no policial, no suspense, no romance, na ficção científica ou em que qualquer outro gênero.

A teoria literária ao se valer de conceitos como verdade, imaginário, fictício e verossimilhança traça uma nova realidade, retida nos livros, mas que se relaciona com temas de interesse jurídico como os princípios da verdade formal e da verdade material; as presunções e outras situações que são jurídicas, realidades muitas vezes somente contidas em processos judiciais.

Na medida em que ação humana é limitada pelo ordenamento jurídico, a Literatura é ilimitada. Através dela tudo é possível, o que não acontece com o Direito. É o literário que traz elementos para a interpretação, inclusive para a exegese dos limites dos direitos. “O ser humano está constantemente interpretando, para interpretar é necessário compreender. Para compreender, faz-se necessária uma pré-compreensão, que é obtida por meio da linguagem, da comunicação social”⁹.

escreve um livro chamado *Princípios fundamentais do direito administrativo* (2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989), onde sua epígrafe visava protegê-lo do plágio inconsciente: “a verdade, porém, é que em meio século de estudo já é muito difícil deslindar no meu pensamento o que me pertence e o que foi colhido em seara alheia” (ob. cit, p. 13). Sobre a vida e obra deste importante jurista e político português v. SOARES, Manuela Goucha. *Marcelo Caetano: o homem que perdeu a fé*. Lisboa: Esfera dos livros, 2009.

⁸ Sobre o tema v. GARAPON, Antoine & SALAS, Denis. *Imaginer la loi: le droit dans la literature*. Paris: Michalon, 2008; JONGEN, François & LEMMENS, Jongen. *Droit & Littérature*. Louvain-la-Neuve, 2007; TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito e literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito e literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹ TONET, Fernando & BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A linguagem jurídica e a verossimilhança com a literatura. *Revista do curso de direito da FGS*. Ano 05, nº 09, jan/jun 2011, Caxias, p. 95.

3 VERDADE E FICÇÃO NO DIREITO: VERDADE FORMAL, VERDADE REAL E AS PRESUNÇÕES

O objetivo do ordenamento jurídico é o alcance da paz social. Por vezes, porém, há conflito e não conseguindo os interessados resolvê-lo amigavelmente será necessário se valer do Estado-Juiz. O Estado, através do Poder Judiciário, ressalvadas as hipóteses de arbitragem, tem a exclusividade para decidir os litígios.

A comunicação da litigância ao Poder Judiciário se dá mediante o uso de uma ação judicial que tramitará dentro daquela entidade abstrata que se chama processo. Nesta demanda que conterà um pedido ao Estado-Juiz o litigante exporá os fatos e, após a garantia do Direito Constitucional à ampla defesa e ao contraditório, o magistrado responsável pela causa dará um veredicto, que se chama sentença. Esta decisão judicial traduzirá uma verdade, ou seja, a existência ou inexistência de um direito do autor em face do réu, com suas consequências jurídicas. Esta verdade, porém, será uma verdade processual, às vezes alheia à realidade, mas esta é a regra do jogo: o juiz reconhece o direito alegado, segundo procedimentos e um deles é que o direito para ser reconhecido e concedido necessita ser provado. Esta verdade processual, por vezes, transforma o branco em preto e o quadrado em redondo.

Assim, ainda que o processo busque a verdade, a que é lá encontrada pode estar desacompanhada da realidade fática. De certa forma, no Direito a verdade é um conceito relativo. Chama-se a isso de verdade formal.

Durante um processo cada litigante tem a sua visão dos fatos que, muitas vezes, passa por um crivo interpretativo. Disso resulta aquilo que se chama versão. Ou seja, os fatos podem ser iguais, mas a exegese deles no âmbito jurídico pode proteger somente uma das partes.

O conceito de verdade, no mundo dos fatos, “exprime o que é real, autêntico, legítimo, fiel, exato”¹⁰. Destarte, opõe-se ao que é “inexistente, falso, ilegítimo, infiel”¹¹.

¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. *Vocabulário jurídico*. Vol. IV, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 480.

¹¹ Id. *Ibid.*

O ordenamento reconhece dois tipos de verdades: a real e a formal. Aquela coincide com a realidade dos fatos, enquanto esta é a que foi demonstrada no processo. Em geral, para efeitos processuais basta a verdade formal¹², mas o juiz, tanto quando possível, deve buscar a verdade real^{13/14}.

Nem tudo, porém, depende de prova. Existem fatos que não necessitam de comprovação. São eles: a) os fatos notórios, ou seja, aqueles de conhecimento geral, público, tão arraigados no conhecimento comum que ninguém dúvida de sua realidade. Por exemplo, Paris situa-se na França. Todos sabem, não há necessidade de provar. Não se confundem com notoriedade os fatos verossímeis e os prováveis. Probabilidade e verossimilhança são situações que serão consideradas no momento da avaliação da prova. b) os fatos incontroversos: são aqueles em que não há contenda. Por exemplo, dois veículos colidiram-se na confluência da Av. Sete de Setembro com a Rua Brigadeiro Franco. Não houve contestação sobre isto. c) os fatos confessados: são aqueles admitidos pela parte contrária, como acontece com a culpa. O acidente de trânsito aconteceu e uma das partes admite que cruzou o sinal vermelho. Por fim, d) os fatos sujeitos a um regime de presunção legal¹⁵. Neste caso o legislador faz presumir, de maneira absoluta ou relativa, a veracidade de um fato que se contende. Estas presunções, se relativas, chamam-se *juris tantum*, pois admitem prova em contrária, como é o caso da presunção de veracidade decorrente da revelia (falta de defesa técnica no processo); se absolutas, consideram-se *juris et de iure*, pois inadmitem prova em contrário, como é de propriedade (nome constante da matrícula imobiliária) ou do conheci-

¹² O art. 406 CPC é exceção: “Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

¹³ “O ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado (CPC 371), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real” (In: NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 984).

¹⁴ Art. 371 CPC: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

¹⁵ “Processo técnico-jurídico que consistem um supor uma dada situação, considerada real por artifício de lei, para dela deduzir efeitos jurídico (CAPITANT)”. In: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 543.

mento da lei. Não entram em tal grupo as chamadas presunções comuns, ou seja, aquelas decorrentes de juízo de valor, como usualmente ocorrem as coisas. Por exemplo, nos dias próximos ao recebimento de salário os bancos recebem mais pessoas, isto não significa que sempre será assim.

Percebe-se, destarte, que estas presunções são ficções legais, ou seja, situações tidas como verdadeiras. Há uma convenção legal que dá efeito a determinadas situações em prol da chamada segurança jurídica.

4 VERDADE E FICÇÃO NA LITERATURA

Ficção é “sinônimo de imaginação ou invenção, encerra o próprio núcleo de literatura. Literatura é a expressão dos conteúdos da imaginação, é ficção transmitida por meio da palavra escrita. Neste caso, qualquer obra literária constitui expressão dos conteúdos da ficção”¹⁶.

A ideia de verdade, nesta seara, não se confunde com a ficção. Ou seja, fictício não se opõe à verdade “visto que o próprio conceito de verdade é incerto e sua definição integra elementos díspares e até contraditórios”¹⁷.

Sob o enfoque do realismo, ou seja, a imitação do real, toda ficção envolve pelo menos dois aspectos: o empírico, ou seja, aquilo retirado da experiência *lato sensu* do autor e o imaginário, ou seja, o desenvolvido pela mente, por vezes afastado do real, como acontece no fantástico, no estranho e no maravilhoso¹⁸. A ficção permite, portanto, uma visão extraordinária e ilimitada do mundo.

Apesar de o objetivo da ficção não ser a busca do verdadeiro ou do falso ela tem um compromisso com a coerência, com o verossímil.

A preocupação com a verdade em ficção, de fato, está ligada à noção de verossimilhança, ou seja, o universo ficcional precisa fazer sentido aos

¹⁶ MOISÉS, Masaud. *Dicionário de termos literários*. 12ª Ed., São Paulo: Cultrix, 2013, p. 191.

¹⁷ SAER, Juan Jose. O conceito de ficção. In: *Revista FronteiraZ*. São Paulo, nº 8, julho de 2012. Mais adiante assevera referido autor: “...a verdade não é necessariamente o contrário da ficção e que, quando optamos pela prática da ficção, não o fazemos com o propósito turvo de tergiversar a verdade”.

¹⁸ Sobre o tema v. TODOROV, Tzvetan. *Introdução à literatura fantástica*. 4ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2010.

olhos do leitor. Esta aceitação deve ser vista tanto no ângulo externo, ligado ao senso comum como possível, provável, como no aspecto interno, qual seja, a coerência narrativa.

Em ficção há um pacto com o leitor oriundo da verossimilhança ficcional. De tal sorte que todo o conteúdo da narrativa é verdadeiro. Os limites desta verdade estão na verossimilhança interna, especificamente na coerência.

Como atesta Antonio CÂNDIDO¹⁹ “o que julgamos inverossímil, segundo padrões da vida corrente, é, na verdade, incoerente, em face da estrutura do livro”²⁰.

A veracidade externa liga-se ao que é esperado do mundo real transcrito para o mundo literário. No mundo real animais não falam²¹, homens não vomitam coelhos²², mortos não conversam²³. Ainda não é possível ir andando até a lua, nem tampouco havia televisores em cores e telefone celular nos primeiros anos do século passado. Se algo foge disso, necessita ser perfeitamente justificado internamente, sob pena da ficção ser irreal e incoerente.

Internamente, por sua vez, a verossimilhança depende do tipo de narrador; de uma boa caracterização dos personagens; de cenários e dos dilemas temporais²⁴. Portanto, personagens, espaço e tempo devem ser trabalhados de forma a que todo o conteúdo literário, alimentado pelo empírico e pela imaginação do autor, faça sentido²⁵. O uso do artifício do *deus ex-machina* seria um claro exemplo de atentado à verossimilhança interna.

Esta tessitura da escrita, verdadeiro material de carpintaria²⁶, com perfeito senso entre todas as partes pode transformar universos improváveis.

¹⁹ *A personagem de ficção*. 13ª Ed., São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 76-77.

²⁰ Com igual sentir v. SALCES, Claudia Dourado de. A verossimilhança na narrativa: uma questão de coerência. *Conteúdo*. Março/2015, p. 95-96

²¹ V. CARROLL, Lewis. *Alice no país das maravilhas*.

²² V. CORTÁZAR, Julio. *Bestiário*, especificamente o conto “Carta a uma senhorita em Paris”.

²³ V. MACHADO DE ASSIS. *Memórias póstumas de Brás Cubas*.

²⁴ SALCES, Claudia D. ob. cit., , p. 95-96.

²⁵ Sobre narração v., por todos, REUTER, Yves. *A análise da narrativa: o texto, a ficção e a narração*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: DIFEL, 2014.

²⁶ A respeito v. DOURADO, Autran. *Poética do romance: matéria de carpintaria*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1976.

veis e mesmo impossíveis em perfeitamente verossímeis. Como diz Antonio CÂNDIDO²⁷, “cada traço adquire sentido em função do outro, de tal modo que a verossimilhança, o sentimento da realidade, depende, sob este aspecto, da unificação do fragmentário pela organização do contexto. Esta organização é o elemento decisivo da verdade dos seres fictícios, o princípio que lhes infunde vida, calor e os faz parecer mais coesos, mais apreensíveis e atuantes do que os próprios seres vivos”.

Portanto, as noções de verdade e de fictício na literatura e no direito são díspares. Embora a narração literária seja instrumento para a comunicação jurídica, as noções de verdade no âmbito do processo são muito mais limitadas do que na ficção. O estranho, o maravilhoso e o fantástico são conceitos praticamente desconhecidos no direito. A ficção, embora possível, é fruto da lei. Mesmo a verdade real não tem a mesma abrangência da verossimilhança externa, pois esta pode extrapolar aquilo que a sociedade compreenda por realidade, desde que coerente com o arcabouço literário. Neste âmbito, “o mundo-em-si não existe a não ser a partir de sua representação literária, seja ela narrativa, lírica ou dramática”²⁸.

Em síntese, como resume CECCAGNO²⁹, “enquanto o Direito busca aproximar-se o quanto possível de uma verdade real, se considerados o caráter ficcional e a subjetividade da produção e da recepção literárias, diremos que não pode existir uma verdade real e objetiva em Literatura, já que, essencialmente, ela é uma construção discursiva ficcional”.

Na literatura, porém, a noção de verossimilhança, nos últimos tempos, está passível de ser sublimada pela pós-verdade³⁰ e sua liquidez. Informação pela informação. A notícia sobrepujando o conteúdo. A opinião pública sendo afetada pelo irreal. Embora se referindo ao paradoxo en-

²⁷ Ob. Cit., p. 79-80.

²⁸ CECCAGNO, Douglas. A verdade real do direito e a ficção na literatura. In: *Anamorphosis – Revista internacional de Direito e Literatura*. Vol. 1, nº 2 – Julho-Dezembro/2015, p. 286.

²⁹ Ob. cit., p. 291.

³⁰ Segundo livre tradução do que consta no Dicionário de Oxford, pós-verdade quer dizer “algo que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência para definir a opinião pública do que o apelo à emoção ou crenças pessoais”. Foi eleito a palavra do ano de 2016. Tal adjetivo é um caso típico em que se aplica a teoria de “cognição preguiçosa” criada pelo psicólogo e prêmio Nobel Daniel Kahneman.

tre realidade e verossimilhança, Milan KUNDERA³¹ reconhece a fluidez desta última, pois “o romancista quer conservar toda a verossimilhança da prosa da vida, mas a cena fica tão rica em acontecimentos, tão transbordante de coincidências que perde o caráter prosaico e a verossimilhança”. Ou como disse René DOTTI³², tendo por base premissas diversas, embora claramente adaptáveis a esses tempos de *fake news*, “Trata-se da faculdade inerente ao ser humano para imaginar tudo quanto a mente permitir. De bom e de ruim; do bem e do mal; do céu ao inferno. A ficção é, ao mesmo tempo, um traço de união com o leitor para usufruir os mundos da realidade e da fantasia. Do concreto e do abstrato”. É o poder da imaginação invadindo a nossa realidade cotidiano de tal sorte que a realidade está cada vez mais diluída. É o espetáculo pelo espetáculo. O concreto dilapida-se.

5 A GUIA DE CONCLUSÃO: LIQUIDEZ E PÓS-VERDADE

Como se pode perceber, tanto no Direito como na Literatura há um acordo ficcional. No Direito ele decorre da lei, enquanto que na Literatura é fruto da sistemática literária.

A verdade real, porém, no âmbito social tem sofrido a influência da sociedade líquida reconhecida por Zygmunt BAUMANN³³, na qual as relações sociais, inclusive de natureza existencial, valem por elas mesmas, não importando o conteúdo. Deste fenômeno surge a noção de pós-verdade, no qual a veracidade da informação não é mais tão relevante quanto a informação em si. As convicções pessoais superam as cognições aprofundadas. A horizontalidade do pensamento domina. Tal situação está disseminada nas redes sociais, gerando preocupação dos governos em coibi-la e condutas prévias dos gestores das redes com o fito de evitar nefastas consequências.

Enquanto isto, a pós-verdade pode trazer efeitos importantes tanto na ficção literária quanto na esfera jurídica. Naquela, com o alargamento

³¹ *A cortina*. São Paulo: Companhia das letras. 2005, p. 24-25.

³² Posfácio, in: POPP, Carlyle (org.). *Kafka: uma metamorfose inspiradora*. p. 152.

³³ A este respeito v., por exemplo, *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

da noção de real e sua liquidez, a verossimilhança externa literária restará mais fluída, pois o improvável e o impossível passam a ter visão mais restrita. Por sua vez, na esfera jurídica, pulularão demandas reparadoras de dano com vista a punir a responsabilidade pela divulgação maliciosa de informações sabidas falsas.

Esta situação de certa forma tem atingido o mercado literário. O interesse do leitor tem prevalecido para as obras de menor extensão, outras de leitura fácil e rasa ou mesmo para os chamados interesses vazios ou de autoajuda. Os editores seguem esta tendência. Isto, porém, não significa que a alta literatura tem sido esquecida, somente tem vindo com roupagem um pouco diferente daquela do final do século XIX e primeira metade do século XX.

O que se percebe, porém, é que em tempos bicudos como os atuais, quase tudo pode ser verdade, falando a informação de per si. Pensar, investigar e ter sua própria opinião sobre os fatos está cada vez mais difícil e, até, incomum.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, MACHADO DE. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CANDIDO, ANTONIO. *A personagem de ficção*. 13ª Ed., São Paulo: Perspectiva, 2014.
- CARROLL, Lewis. *Alice no país das maravilhas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.
- CECCAGNO, Douglas. A verdade real do direito e a ficção na literatura. In: *Anamorphosis – Revista internacional de Direito e Literatura*. Vol. 1, nº 2 – Julho-Dezembro/2015.
- CORTÁZAR, Julio. *Bestiário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. *Vocabulário jurídico*. Vol. IV, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOTTI, René Ariel. Posfácio. in: POPP, Carlyle (org.). *Kafka: uma metamorfose inspiradora*. Curitiba: Juruá, 2015.
- DOURADO, Autran. *Poética do romance: matéria de carpintaria*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1976.
- FULLER, Lon. *O caso dos exploradores de caverna*, traduzido por AZEVEDO, Plauto Faraco. Porto Alegre; Sergio Fabris, 1976.
- GARAPON, Antoine & SALAS, Denis. *Imaginer la loi: le droit dans la littérature*. Paris: Michalon, 2008.
- GASS, William H. *A ficção e as imagens da vida*. São Paulo: Cultrix, 1971- GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito e literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008
- JONGEN, François & LEMMENS, Jongen. *Droit & Littérature*. Louvain-la-Neuve, 2007
- KUNDERA, Milan. *A cortina*. São Paulo: Companhia das letras. 2005.
- MOISÉS, Masaud. *Dicionário de termos literários*. 12ª Ed., São Paulo: Cultrix, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- PEREC, Georges. *As coisas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- POPP, Carlyle (coord.). *Consumo e Consumismo: uma análise crítica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- POPP, Carlyle; GOMES, Maria Estela Leite. *A infância de um chefe: direito e economia em Sartre*. Disponível em: http://www.academia.edu/7973200/A_INF%C3%82NCIA_DE_UM_CHEFE_DIREITO_E_ECONOMIA_EM_SARTRE. Acesso em: 09 out. 2021.
- POPP, Carlyle. Democracia e liberdade em Julio Cortázar (p. 207/217) in: *Revista da Academia paranaense de Letras Jurídicas*. Vol. 03, Curitiba: Juruá, 2014.
- POPP, Carlyle; MESSAGGI, Ricardo Reis & PARODI, Ana Cecília. O direito de Família a partir da leitura brasileira, nos contos de Nelson Rodrigues. *UNOPAR Científica. Ciências Jurídicas e Empresariais*. v. 3, p. 13-22, 2012.
- REUTER, Yves. *A análise da narrativa: o texto, a ficção e a narração*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: DIFEL, 2014.

SAER, Juan Jose. O conceito de ficção. In: *Revista FronteiraZ*. São Paulo, nº 8, julho de 2012.

SALCES, Claudia Dourado de. A verossimilhança na narrativa: uma questão de coerência. *Conteúdo*. Março/2015.

SOARES, Manuela Goucha. *Marcelo Caetano: o homem que perdeu a fé*. Lisboa: Esfera dos livros, 2009.

TODOROV, Tzvetan. *Introdução à literatura fantástica*. 4ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2010.

TONET, Fernando; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A linguagem jurídica e a verossimilhança com a literatura. *Revista do curso de direito da FGS*. Ano 05, nº 09, jan/jun. Caxias, 2011.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). *Direito e literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

VIDAL, Gore. *De fato e de ficção: ensaios contra a corrente*. São Paulo: Companhias das letras, 1987.



LIBERDADES INDIVIDUAS E A ORDEM ECONÔMICA: O VOTO PLURAL NAS SOCIEDADES POR AÇÕES

MODESTO CARVALHOSA¹



RESUMO

O presente artigo visa traçar um paralelo entre o mais novo permissivo do voto plural, inserido pela Lei nº 14.195/2021 no âmbito das liberdades individuais, e a Ordem Econômica constitucional. Para tanto, aborda-se os contornos do exercício da livre-iniciativa à luz de sua função social e a importância da proteção das minorias acionárias e de todos aqueles afetados por suas atividades, como forma de equilíbrio e harmonização de interesses divergentes que devem coexistir para realização de uma justiça social.

Palavras-chave: liberdades individuais; livre-iniciativa; ordem econômica; voto plural.

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** A Livre-Iniciativa enquanto Liberdade Individual. **3.** A Livre-Iniciativa enquanto Fundamento da Ordem Econômica. **4.** A Modulação da Livre-Iniciativa enquanto Liberdade Relativa. **5.** O Controle Social da Livre-Iniciativa. **6.** O Voto Plural como um novo Instrumento da Livre-Iniciativa. **7.** O Voto Plural à luz da Ordem Econômica. **8.** Conclusão. Referências.

¹ Por Modesto Carvalhosa, advogado em São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente foi sancionada a Lei nº 14.195/2021 que, dentre outras importantes alterações na legislação societária, insere, no âmbito da Lei nº 6.404/1976 (Lei de S/A) a autorização do voto plural, em contraposição ao princípio *one share one vote* que há muito vigia no Direito brasileiro.

Não se pretende, nestas laudas, fazer uma análise exaustiva da referida Lei, tampouco esmiuçar todas as disposições sobre voto plural nela contidas, mas tão somente traçar um paralelo entre esse relevante instrumento e os seus reflexos sobre a Ordem Econômica.

Isto posto, é inegável o caráter liberal da Lei nº 14.195/2021, na medida em que dispõe sobre o exercício de direitos na esfera da livre-iniciativa. Há, contudo, que se ponderar a extensão das referidas liberdades individuais diante de interesses outros da comunidade em seu aspecto social. O que se propõe analisar, portanto, são os limites das liberdades garantidas pela Lei ordinária à luz da finalidade da Ordem Econômica constitucional.

2 A LIVRE-INICIATIVA ENQUANTO LIBERDADE INDIVIDUAL

Liberdade é o direito dos cidadãos de se contraporem ao poder do Estado de proibir ou limitar o exercício de seus direitos individuais². Da projeção dos princípios da liberdade individual no plano econômico resulta a liberdade de iniciativa econômica, entendida por um direito subjetivo dos particulares de se organizarem para exercerem atividade lucrativa não vedada por lei.

Trata-se de direito inviolável, que a Constituição atribui *status* formal de garantia (art. 1º, IV c/c art. 5º, §2º, CF), não podendo o Estado criar qualquer obstáculo ao seu legítimo exercício, tampouco atuar de forma a violar o seu núcleo e essência, visando a sua desconsideração, supressão ou afastamento.

² CARVALHOSA, Modesto. Uma nova constituição para o Brasil: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades. São Paulo: LVM Editora, 2021, p. 387-388.

A livre-iniciativa, enquanto direito subjetivo, é fundamental ao alcance da liberdade plena da pessoa humana. Portanto, para que os indivíduos sejam plenamente livres, é indispensável que lhes seja assegurado o direito de pleno exercício de suas faculdades criativas e existenciais, bem como de sua realização econômica individual de forma livre, desde que observados os limites dos interesses sociais e coletivos. É através da liberdade econômica que o indivíduo se torna apto a alcançar outras liberdades fundamentais.

3 A LIVRE-INICIATIVA ENQUANTO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA

Em nosso direito positivo, é a livre-iniciativa o próprio fundamento da Ordem Econômica constitucional (art. 170, *caput*, CF) e, enquanto tal, deve ser sempre por ela modulada.

Já a *empresa*, enquanto forma de organização jurídico-econômica da livre-iniciativa, constitui instrumento essencial para o desenvolvimento econômico e, por conseguinte, elemento nuclear para qualquer análise que se proponha a fazer sobre a Ordem Econômica.

A ideia de Ordem Econômica está permeada por valores jurídicos e sociais que condicionam o exercício de qualquer atividade econômica a determinados fins. Ou seja, o comportamento dos agentes econômicos, sejam eles empresários individuais ou grandes empresas, deve se pautar não somente por seus próprios fins, como também por fins sociais que condicionam a livre-iniciativa à promoção de um justo equilíbrio socioeconômico.

Com efeito, a Ordem Econômica constitucional tem por finalidade a promoção da justiça social. Assim sendo, a livre-iniciativa, enquanto seu fundamento e elemento estruturante, constitui instrumento para a consecução de objetivos constitucionais de realização de justiça econômica sempre a partir da observância da função social que lhe é atribuída.

Nesse sentido, o comportamento empresarial deve sempre adequar-se aos valores e interesses da sociedade e da comunidade em que se insere, devendo o agente econômico estar consciente da utilidade de suas atividades e de sua respectiva função social, a fim de também respeitar

as aspirações econômicas de todos os destinatários das atividades que são por ele empreendidas no meio social. Esse vínculo de utilidade social confere à livre-iniciativa caráter institucional e, como tal, tem a extensão do seu exercício limitada.

Com efeito, ao mesmo tempo em que é consagrada pela Carta Magna como direito fundamental, a liberdade de iniciativa é também por ela modulada, à luz da necessidade de se impor um equilíbrio entre as liberdades individuais e o seu fim de sempre promover justiça social, de modo a atender a seu fim último de manutenção da Ordem Econômica e Social. Isso ocorre pelo fato de que as atividades empresariais impactam a sociedade em geral, de forma mediata ou imediata, sendo imperativo que respeitem valores sociais como a liberdade, a dignidade e a segurança humanas, além da preservação do meio em que se insere a empresa, nele incluídos o meio ambiente e o clima. A empresa interessa não apenas a seus acionistas, mas também aos seus integrantes, àqueles que fornecem sua força de trabalho e que com ela se relacionam, como seus fornecedores e consumidores.

Nesse sentido, à livre-iniciativa são impostas regras de conduta que a vinculam aos interesses da comunidade em que está inserida. Trata-se de liberdade jurídica fundamental relativa e não absoluta, inderrogável enquanto direito, mas relativizada enquanto instituto.

4 A MODULAÇÃO DA LIVRE-INICIATIVA ENQUANTO LIBERDADE RELATIVA

A despeito de ser um direito inderrogável, a livre-iniciativa encontra limites, sejam eles de caráter intrínseco ou extrínseco. Enquanto direito fundamental, constitui prerrogativa inquestionável e inviolável da iniciativa privada, encontrando limites intrínsecos, consubstanciados nas conformações do seu objeto voltado à obtenção de rendimentos de capital. O fim econômico da livre-iniciativa é, afinal, o seu propósito primordial. E enquanto instituto, a liberdade de iniciativa depara-se com limites de ordem extrínseca, devendo coexistir com diversas esferas de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.³

³ CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico: obras completas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 648.

Por essa razão, são estabelecidas, pelo Estado, determinadas regras de conduta para que tais interesses sejam conciliados e para que seja mantida em harmonia a Ordem Econômica e Social. Conforme reiterado acima, a Ordem Econômica constitucional atribui uma função social à livre-iniciativa que condiciona o seu exercício a certos valores de conduta que não se limitam à mera satisfação individual do empreendedor, exigindo dele a proteção do meio social em que está inserido. Pode, assim, ser traduzida pelo comportamento do empresário visando, concomitantemente, a fins próprios e a fins sociais.

O exercício da atividade empresarial sujeita-se, pois, ao controle legal e administrativo do Estado, cuja legitimação advém desta função social que emana da própria livre-iniciativa. Convém pontuar, porém, que este controle não pode se dar de forma indiscriminada, a ponto de interferir no *modus operandi* do exercício legítimo da liberdade de iniciativa. A atuação do Estado deve limitar-se a providências de ordem geral, no intuito exclusivo de vincular a atividade privada aos interesses do meio social. Providências de ordem restritiva somente são admitidas quando voltadas a coibir abusos do poder econômico, ou seja, quando o exercício da liberdade de iniciativa mostrar-se não mais legítimo.

É notória a existência de um dualismo entre a essência da livre-iniciativa e a ingerência do Estado para regulá-la. Por se tratar de direito fundamental constitucionalmente garantido, a liberdade de iniciativa, de modo geral, deve se revestir de um caráter inviolável, ao passo que a ingerência estatal sobre suas atividades terá sempre caráter excepcional.

Nesse sentido, o controle exercido pelo Estado sobre a liberdade de iniciativa somente se justifica para vinculá-la aos interesses sociais, jamais a interesses de governo. Não se trata, portanto, em nenhuma hipótese, de sujeição da livre-iniciativa aos interesses políticos dos agentes públicos, mas tão somente de se fazer com que a atividade privada atenda aos interesses da coletividade em razão de sua inerente função social.⁴

⁴ É também nesse sentido a lição de COMPARATO: “tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social,

O seu exercício deve, assim, adequar-se ao conjunto de normas voltadas à proteção dos demais interesses individuais e coletivos, estando condicionado a não se manifestar contrariamente aos interesses sociais, sem, contudo, deixar de contribuir para o desenvolvimento socioeconômico. Referidos interesses devem, portanto, coexistir para juntos prosperarem.

À livre-iniciativa cabe, portanto, atuar de forma construtiva e positiva, de modo a criar oportunidades de emprego e valorizar o trabalho das pessoas que dela fazem parte como condição da própria dignidade humana, não havendo espaço para comportamentos antissociais⁵. O princípio da livre-iniciativa, revestido de utilidade social, passa a ser relativizado no confronto com outros direitos fundamentais constitucionalmente expressos.

5 O CONTROLE SOCIAL DA LIVRE-INICIATIVA

Como referido, o Estado deve estabelecer limites de juridicidade e critérios de antijuridicidade em relação ao modo do exercício da livre-iniciativa, permitindo que se desenvolva plenamente, desde que não haja abuso no exercício da prerrogativa constitucional.

O Estado, portanto, deve fiscalizar e regular a atividade empresarial impondo limites positivos, voltados à promoção do crescimento econômico e à realização da justiça social; e limites negativos, no exercício de seu poder de polícia e de suas funções de controle, coibindo o exercício ilegítimo da atividade empresarial, sem, contudo, afetar a sua capacidade produtiva. Repise-se que o controle que cabe ao Estado tampouco será absoluto, limitando-se a providências de ordem geral. De resto, terá o Estado papel de garantidor da livre-iniciativa, coibindo abusos das empresas na produção de bens e serviços.

igualmente expressos na Constituição.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 371)

⁵ Na acepção clássica de STUART MILL, “[...] o comércio é um ato social. Quem se ocupa de vender qualquer tipo de mercadoria ao público faz algo que afeta o interesse das outras pessoas e da sociedade em geral; portanto, sua conduta, em princípio, está sob a jurisdição da sociedade [...].” (MILL, John Stuart. Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Faro Editorial, 2019, p. 129)

Ademais, a todos deve ser dada igual oportunidade de se desenvolver de forma digna, profissional e economicamente. À luz de seu caráter institucional, a livre-iniciativa tem o dever de devolver ao meio social em que se insere o que recebeu para se desenvolver. Trata-se de devolver ao meio, à comunidade e aos indivíduos que para ela trabalham as contribuições que estes deram ao empreendimento, criando oportunidades. Este é, aliás, o papel contributivo e solidário que todo empresário deve ter em relação ao seu entorno social.

O vínculo da livre-iniciativa aos interesses da coletividade equivale, no plano jurídico, ao seu próprio condicionamento, i.e., na exigência de conformidade da atividade empresária a prioridades coletivas, e não apenas a interesses de ordem exclusivamente emulativa.

Nesse sentido, o art. 170 da Constituição Federal de 1988, ao inserir a livre-iniciativa dentre os elementos estruturantes da Ordem Econômica, não apenas confere contexto e estabelece balizas ao exercício dessa liberdade, mas também atribui à livre-iniciativa um caráter condicionante ao exercício dos demais princípios que compõem a Ordem Econômica. Há, portanto, uma reciprocidade de limitação entre os princípios constitucionais da Ordem Econômica e Social, os quais devem, outrossim, se integrar, complementar e coexistir para que haja um desenvolvimento harmônico da sociedade. Assim, à premissa outorgada à iniciativa privada de que seja livre para fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei, somam-se elementos condicionantes do exercício dessa liberdade, cabendo ao Estado fiscalizar as práticas que excederem os limites da livre-iniciativa na conformação com a sua utilidade social e demais interesses constitucionalmente tutelados.

6 O VOTO PLURAL COMO UM NOVO INSTRUMENTO DA LIVRE-INICIATIVA

Isto posto, visando a melhoraria do ambiente de negócios no Brasil, foi promulgada a Lei nº 14.195/2021, que, dentre outras relevantes alterações, passou a permitir o voto plural, antes expressamente vedado pela Lei Societária (antigo §2º do art. 110 da Lei de S/A).

A propósito, o voto plural é um privilégio conferido a determinadas ações, que passam a ter maior número de votos⁶ em relação às demais ações de igual espécie da mesma companhia, sendo comumente utilizado, em outros sistemas legais, em companhias compostas por uma determinada *pessoa chave*, cuja liderança é essencial ao desenvolvimento dos negócios sociais. Constitui, portanto, um meio de concentração da vontade social nas mãos de um único acionista ou de um pequeno grupo de acionistas, que se contrapõe ao princípio da proporcionalidade entre o número de ações e o poder de voto (*one share one vote*), vigente no sistema brasileiro até a edição da referida Lei e que, até então, somente poderia ser excepcionado em benefício do Estado, na hipótese de desestatização de companhias, mediante a conferência da *golden share*⁷⁻⁸.

Nesse sentido, o sistema de “uma ação, um voto” teve por finalidade assegurar que o poder de controle fosse exercido preponderantemente por aquele acionista, ou grupo de acionistas, detentores da maior parcela do capital investido, i.e., pela base de acionistas que tivesse assumido o maior risco na atividade empresária, reconhecendo a ela um poder-dever de atender aos interesses da sociedade anônima.

Com a promulgação da nova Lei, permite-se que um pequeno acionista detentor de irrisória participação no capital votante de uma companhia possa exercer – com a mesma extensão, os mesmos limites e, sobretudo, a mesma estabilidade – idênticas prerrogativas até então exercidas apenas por acionistas majoritários. Trata-se de medida que vai de encontro com os mais elevados padrões de governança, haja vista ser o sistema de “uma ação, um voto” elemento estruturante do nível de governança mais elevado da Bolsa de Valores de São Paulo (B3), o Novo Mercado, o qual exige que todas as companhias nele listadas apenas emitam ações ordinárias com direito a voto. Surpreende que a B3 não tenha planos de criar um novo segmento de listagem para disciplinar as empresas que

⁶ Nos termos na nova Lei, a cada ação ordinária podem ser atribuídos até 10 votos.

⁷ A *golden share* atribui ao Estado poderes especiais, dentre os quais o de veto em assembleias gerais que deliberem sobre matérias fixadas pelo estatuto social.

⁸ No Direito Brasileiro, podia ser também considerada uma *forma indireta* de voto plural – e, portanto, uma segunda exceção à sua então proibição – o exercício de voto pleno por titulares de ações não integralizadas ou parcialmente integralizadas, na medida em que o poder de voto seria o mesmo para todos os acionistas titulares de ações ordinárias, a despeito do capital efetivamente investido, i.e., integralizado.

venham a adotar o voto plural, impondo-lhes um regramento que atenda às suas especificidades, não as deixando dispersas pelos segmentos mais básicos de listagem⁹.

Esta liberdade de conferir a determinado acionista um poder acenuadamente desproporcional ao risco do negócio deve associar-se, a nosso ver, à atribuição de uma efetiva responsabilidade ao titular desse privilégio, cujo vetor de orientação deve estar sempre e necessariamente vinculado ao atendimento e à restauração da função social da empresa.

7 O VOTO PLURAL À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA

Como referido, as liberdades da iniciativa privada estão submetidas a determinadas balizas destinadas à sua necessária conciliação com os interesses coletivos que emanam do meio em que se insere a empresa. Nesse meio incluem-se não só os interesses dos acionistas que visam o rendimento de seu investimento, mas também os interesses de todos aqueles que se relacionam com a empresa, de seus trabalhadores, de seus consumidores, da concorrência, assim como do meio ambiente e de sua respectiva preservação.

Serve a Ordem Econômica constitucional de filtro à livre-iniciativa econômica, cabendo ao Estado garantir o seu exercício em respeito ao meio social, prevenindo e sancionando toda e qualquer sorte de comportamento abusivo, a fim de concretizar uma justiça social. É, a propósito, a função social atribuída à livre-iniciativa o que legitima referido controle.

Deve o controlador – qualquer que seja a conformação de seu poder-dever – votar, para a formação da vontade social, não apenas para perfazer interesses capitalísticos, mas também para buscar atender aos interesses da comunidade que compõe a empresa e que com ela se relaciona. Compete, portanto, ao Estado regular e fiscalizar as atividades empresárias, fazendo com que sejam respeitados os direitos de seus integrantes, sejam eles empresários ou trabalhadores, ou mesmo os seus

⁹ Nesse sentido foi o pronunciamento da B3, segundo matéria veiculada no jornal Valor Econômico, em 31 de agosto de 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/08/31/voto-plural-tira-de-cena-acao-super-pn.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2021.

consumidores, que devem ter acesso a bens e serviços de qualidade e a preço justo, ou, ainda, de seus investidores, destinatários necessários de informações verídicas, completas, transparentes e fidedignas.

O controlador não deve atender exclusivamente aos interesses daqueles que investem na companhia. A Lei Societária atribui ao controlador o dever de agir de modo a atender a interesses que transcendem os interesses de seu quadro de acionistas¹⁰, dever este que, a propósito, é igualmente atribuído aos administradores no exercício de suas atribuições¹¹.

À evidência, não há como se negar que, diante da autorização do voto plural, confere-se ao empresário, na esfera de suas liberdades individuais, um novo instrumento para o exercício do poder de controle de sociedades anônimas, o qual deve também ser manejado à luz da Ordem Econômica, observadas as balizas constitucionalmente estabelecidas. Ora, a questão que, a nosso ver, merece a maior atenção é saber como se poderá promover o exercício lícito e legítimo de referido poder-dever, tendo em vista essa nova conformação do controle societário, que confere àquele que diminuto risco corre na sociedade o poder permanente e incontestável de orientar as atividades sociais da companhia.

Ademais, para que o sistema seja mantido em equilíbrio, a atribuição de maior liberdade ao particular deve corresponder necessariamente à acentuação de sua respectiva responsabilidade, bem como à criação e ao fortalecimento de instrumentos estruturais efetivos de solução de potenciais conflitos de interesses. Deverá, assim, o titular do voto plural exercer referido poder-dever de controle mediante o reconhecimento de uma responsabilidade acentuada, tendo em vista um ambiente institucional

¹⁰ É o que dita o parágrafo único do art. 116 da Lei de S/A: “Art. 116. [...] *Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*” A propósito, sobre o referido dispositivo nos pronunciamos: “O parágrafo único do presente artigo institui o dever fiduciário do controlador, cujo poder de governar autonomamente a companhia corresponde ao dever de fazê-lo visando à realização do seu objeto social, atendida a sua função social. Esse dever se estende à preservação dos direitos políticos e patrimoniais dos demais acionistas (ordinaristas e preferencialistas), além de atender aos interesses do fator trabalho da empresa, aos dos seus stakeholders e aos da comunidade em que atua.” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas, v. 2: arts. 75 a 137. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 625)

¹¹ Cf. art. 154, *caput*, Lei de S/A.

adequado para o exercício dessa nova conformação do controle societário, que já no modelo anterior era objeto de excessivos abusos e de pouca ou nenhuma sanção no plano judicial ou administrativo.

A desproporcionalidade entre o poder de controle e o capital investido gera um desequilíbrio bastante perigoso à integridade da atividade empresária, uma vez que assegura a uma determinada pessoa ou grupo de pessoas com pequena participação no capital social um poder-dever permanente e estável de controle, consideravelmente desproporcional ao risco de seu investimento na sociedade, criando-se um incentivo perverso que prestigia a tomada de decisões excessivamente arrojadadas, senão simplesmente desconectadas do impacto que causará no meio social em que está inserida sua atividade econômica. Com efeito, o emprego do voto plural como previsto pelo legislador possibilita que um único acionista controle a companhia que tenha igual número de ações ordinárias e preferenciais com menos de 5% do capital social total. Tem-se, assim, um cenário em que o controlador pouco investe financeiramente na companhia, exerce o seu comando e se coloca numa posição jurídica da qual não pode ser retirado durante a vigência do privilégio¹².

Trata-se, como reiterado, de uma situação propícia à tomada de decisões aventureiras, que podem interferir não apenas nos legítimos interesses econômicos das minorias acionárias que pouco ou nenhum poder de voto têm e que, por vezes, tiram seus proventos dos rendimentos obtidos através de seu investimento na companhia, mas também de toda a comunidade que é afetada pela atividade econômica exercida por referida sociedade.

É certo que não há nenhuma novidade na hipótese de o comando de uma determinada sociedade anônima estar eventualmente dissociado da titularidade da maioria dos títulos de sua emissão, podendo ser exercido até mesmo por quem sequer detenha participação acionária – como ocorre, por exemplo, nas *corporations* norte-americanas, em que o controle possa ser exercido por sua própria administração, diante de extrema dispersão acionária –, ou por quem pouco capital investiu na sociedade – na

¹² Nos termos da nova Lei, a vigência inicial do voto plural será de até 7 anos, podendo ser prorrogada por qualquer prazo (art. 110-A, §7º, Lei de S/A), observados os critérios para a sua implementação e prorrogação.

hipótese do comando ser exercido por grupos minoritários, notadamente em companhias de capital pulverizado.¹³

Fato é que, diferentemente do que ocorre nas referidas hipóteses em que o controle decorre de situações de fato que podem ser alteradas – seja pela substituição da administração, seja pela articulação de diferentes grupos acionários que formem maiorias instáveis –, o voto plural é capaz de colocar o acionista minoritário, com uma participação ínfima e mediante a assunção de um diminuto risco, numa posição *irremovível* de controle.

Muito embora o controle não esteja necessariamente associado à titularidade da maioria do capital social, há, no voto plural, um elemento adicional na identificação do controle dele originado: o seu caráter permanente, apenas identificável no controle majoritário. O voto plural cria, portanto, uma situação sem precedentes de estabilidade do poder com a assunção de diminuto risco que, até então, apenas poderia haver na hipótese de controle majoritário. Materializa-se, assim, uma situação em que o titular das ações privilegiadas muito manda com pouco a perder, ocasionando uma completa irresponsabilidade do controlador no exercício de seu poder-dever e um enorme incentivo à sua negligência.

Isto posto, é preocupante como a utilização desse instrumento vigorará no mercado de capitais, especialmente quando em confronto com os interesses da poupança popular e de todos aqueles afetados pelas atividades da sociedade aderente a referido instrumento de controle societário; sobretudo diante da notória insuficiência, no mercado brasileiro, de mecanismos de proteção dos acionistas minoritários, que encontram dificuldades para serem ressarcidos pela má conduta de controladores e, principalmente, da própria companhia. Essa insuficiência pode ser atribuída à falta de rigidez na fiscalização e na aplicação de medidas repressivas que coíbam a prática de abusos e a inobservância das regras de mercado, o que acaba por favorecer a perpetuação da hegemonia do controlador.

Com a criação de mais um instrumento que viabiliza a perpetuação do poder de controle, urge a necessidade de implementação de eficientes

¹³ Sobre o tema, ver COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47 e ss.

medidas fiscalizatórias e sancionatórias voltadas à coibição do uso abusivo deste perigoso instrumento. Embora recentemente o Brasil tenha dado seus primeiros passos em direção ao aprimoramento de medidas protetivas aos acionistas minoritários¹⁴, referidas iniciativas mostram-se ainda tímidas e incipientes para promover o efetivo equilíbrio e conciliação entre o exercício do poder de controle e os interesses da coletividade que compõe o mercado de capitais.

Se quis o legislador introduzir na Lei nº 14.195/2021 “salvaguardas” para a proteção dos acionistas minoritários, são elas insuficientes para suprir as deficiências da proteção de tais acionistas frente ao poderoso instrumento do voto plural. Como moeda de troca à aprovação da instituição do voto plural na companhia, foi conferido ao minoritário dissidente o seu já desvirtuado direito de retirada¹⁵. Ademais, poucas foram as restrições estabelecidas pela nova Lei ao uso dessa ferramenta nas deliberações sociais, deixando em aberto um sem-número de possibilidades para o exercício desse controle hegemônico¹⁶.

Mecanismos que atribuem a um único acionista ou a um pequeno grupo deles um poder acentuado nas deliberações sociais, devem sempre ser analisados à luz da proteção das minorias e de todos aqueles por elas afetados, sobretudo quando se está em jogo o financiamento via poupança popular. Deve ser essa mais uma baliza fundamental ao exercício da livre-iniciativa para fins de realização da justiça social no mercado de capitais.

¹⁴ Tais como a redução dos quóruns necessários para propositura das ações sociais (cf. IN CVM nº 627/2020); o reconhecimento do dever de indenização da companhia em face dos investidores de mercado em virtude de divulgação de informação falsas e não fidedignas ao mercado; o fomento, por parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, da elaboração de estudos para propor medidas de aprimoramento dos mecanismos legais que contribuam para a democratização e desenvolvimento eficiente do nosso mercado de capitais; além da recente audiência pública promovida pela CVM para discussão de proposta de alteração da Instrução CVM 480 para criação de novo comunicado sobre demandas judiciais e arbitrais de natureza societária, visando dar maior transparência aos litígios que interessem ao mercado em geral e aos direitos de minorias acionárias.

¹⁵ Nos termos da Lei, o referido direito de retirada não será assegurado na hipótese de prévia autorização ou previsão estatutária quanto à criação da classe de ações ordinárias com atribuição de voto plural (§2º do art. 110-A da Lei de S/A).

¹⁶ A propósito, ver §§ 9º e 12 do art. 110-A da Lei de S/A.

Daí porque a atual flexibilização do princípio da proporcionalidade entre ação e voto evidencia a necessidade de aprimoramento e consolidação dos mecanismos de proteção. Na ausência dessa evolução, surgirá um caráter antidemocrático do voto plural, que confere, de modo permanente, um poder desproporcional a quem pouco capital investe, favorecendo a tomada de decisões aventureiras por parte de controladores que sofrem diminuto risco. Em consequência, poderá consolidar a exploração do investidor, que, a despeito de financiar a companhia, pouco ou nenhum poder decisório nela possui, restando instalado um verdadeiro desequilíbrio das liberdades econômicas individuais que resultará em injustiças sociais, em flagrante contrariedade à Ordem Econômica constitucional.

Desta forma, em observância das finalidades da Ordem Econômica e Social, fundamental será o papel do Estado, por si e por seus agentes reguladores do mercado, notadamente a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, e a própria B3, na regulamentação da utilização desse novo instrumento, a fim de coibir os perigosos abusos de seu emprego.

8 CONCLUSÃO

A Lei nº 14.195/2021 – de notável viés liberal –, ao permitir a criação de ação com voto plural conferiu maior liberdade à livre-iniciativa, mas o fez sem uma análise profunda de seu impacto. No que toca ao mercado de capitais, carece a consolidação de garantias mínimas de proteção aos acionistas minoritários, a fim de evitar a sobreposição das liberdades dos grupos de controle acionário em detrimento de direitos das minorias. É este o espírito da Ordem Econômica constitucional, que busca uma constante efetivação de justiça social, atribuindo à livre-iniciativa uma função social que modula o seu exercício.

Enquanto não houver um aprimoramento, no Brasil, de mecanismos e garantias mínimas aos acionistas minoritários, bem como de medidas sancionadoras efetivas para que o mercado se desenvolva de forma eficiente, propícia será a instalação de um desequilíbrio exacerbado entre, de um lado, os interesses do controlador e, do outro, os interesses e direitos da coletividade de acionistas minoritários. Referido desequilíbrio é agravado pela desproporção entre o risco assumido pelo grupo no comando da companhia e o seu poder de voto em caráter de estabilidade, o que

pode gerar verdadeiros prejuízos aos pequenos acionistas, que, por sua vez, terão como única alternativa – e ainda conforme o caso – retirar-se da companhia.

Há, portanto, uma necessidade de reflexão de como a conferência de maiores liberdades a determinado grupo poderá impactar outros, podendo, inclusive, ocasionar o seu aprisionamento. É a partir desse ângulo que o Estado deverá atuar para impedir que o mecanismo do voto plural se consolide como uma ferramenta para a prática de abusos, assegurando o exercício legítimo dessa liberdade. A proteção do mercado de capitais deve ser feita mediante a criação e implementação de mecanismos efetivos, que garantam o cumprimento das regras de mercado, sancionando eficazmente condutas ilícitas e ilegítimas, no intuito de reestabelecer e manter em equilíbrio as liberdades individuais e os demais interesses contrapostos no âmbito do mercado de capitais e no meio social em que a companhia esteja inserida, dando sentido à justiça social inerente à Ordem Econômica.

REFERÊNCIAS

CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico: obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*, v. 2: arts. 75 a 137. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Uma nova constituição para o Brasil: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades*. São Paulo: LVM Editora, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MILL, John Stuart. *Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Faro Editorial, 2019.

Voto plural tira de cena ação super PN: companhias que optarem pelo mecanismo não poderão integrar Novo Mercado da bolsa. *Jornal Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/08/31/voto-plural-tira-de-cena-acao-super-pn.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2021.



HART E OS LIMITES DO DIREITO PENAL NA REALIDADE ANGLO-AMERICANA: UM CONTRIBUTO À FILOSOFIA POLÍTICA DA PUNIÇÃO

RODRIGO SÁNCHEZ RIOS¹

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA²



RESUMO

O artigo tem por objetivo resgatar o pensamento de Herbert HART sobre a filosofia moral da punição, em especial no tocante ao aspecto dos limites da criminalização. Pretende demonstrar ser seu pensamento penal derivado da premissa sobre a separação entre Direito e Moral. Essa análise recairá, ademais, sobre a discussão teórica travada entre HART e Lord DEVLIN acerca da criminalização de fatos atinentes à moral sexual na Inglaterra. Ao final, discute-se como o pensamento de HART influenciou toda a tradição anglo-americana sobre os limites morais da punição e como tem potencial teórico para auxiliar no aprimoramento da teoria da criminalização no Direito penal continental.

Palavras-chave: Direito penal; filosofia moral; *Common law*; criminalização; bem jurídico.

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Chave de análise: a separação entre o Direito e a Moral. **3.** O debate HART-DEVLIN. **4.** Harm principle, paternalismo legal e os limites materiais do Direito penal. **5.** Considerações finais; Referências.

¹ Professor de Direito penal da PUCPR. Advogado criminalista.

² Doutorando em Direito pela PUCPR. Advogado criminalista.

1 INTRODUÇÃO

Entre nós, brasileiros, Herbert L. A. HART (1907-1992) tem um papel de destaque nas clássicas discussões sobre Teoria do Direito e sua contribuição acerca do positivismo jurídico, a ponto de alguns autores o classificarem como o mais influente teórico do Direito do mundo anglo-saxão da segunda metade do século XX.³ No entanto, seus aportes sobre Direito penal ainda permanecem, em grande medida, pouco explorados. Talvez por se acreditar que o Direito criminal, nos sistemas de *Common Law*, tenha bases muito diversas do nosso continental, ou ainda pelo pouco interesse nas traduções acadêmicas de obras mais específicas.⁴ Certo é que, tanto nós, como os anglo-saxões, temos preocupações comuns e convergentes: principalmente a questão sobre os fundamentos da punição⁵.

Tais fundamentos se ligam a uma espécie de filosofia política do *ius puniendi*, ao se propor a investigação crítica acerca da legitimidade da intervenção do poder punitivo estatal sobre a esfera de proteção da liberdade individual. Essa ideia remonta às clássicas discussões do contratualismo ilustrado, nas quais, apenas para lembrar a visão utilitarista de BECCARIA, se referia à cessão dos indivíduos de pequena parte da própria liberdade individual, de modo a se garantir um mínimo de segu-

³ Na lição de MACCORMICK: “*Por elevada que sea la distinción de Hart como jurista, la mayor de cualquier otro jurista inglés del siglo XX, uno no puede sostener que su obra es impecable, o que brinda una descripción exhaustiva del derecho. Como cualquier gran obra, ésta tiene sus lagunas y sus defectos; como todas las grandes obras, la suya lleva consigo las huellas de su lugar y de su tiempo; y como cualquier gran obra, ésta se halla em gran medida abierta a la crítica y debe buena parte de su importancia a las críticas que ha provocado*”. MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p.68-69. Nessa orientação da importância de Hart para a cultura jurídica do século XX, vide TORRES ORTEGA, Ilse Carolina. *Sobre la fundamentación del Castigo*. Madrid: CEPC, 2020, p. 118. Na literatura pátria vide MACEDO JR, Ronaldo Porto. As várias lições de H. L. A. Hart. In: *Ensaios de Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. I. Anteriormente, SILVA, George; COSTA, Victor. Breves notas sobre o que Hart ainda tem a nos oferecer: o pensamento jurídico hartiano entre a crítica da moralidade e a construção de um novo positivismo. *De Jure: Revista Jurídica (MPMG)*, v. 28, 2016, p. 178. Isso se deve, em grande medida, à ampla difusão de sua obra primordial: HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴ Sobretudo, os livros de que trata de problemas específicos de Direito penal: HART, Herbert. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002; e ainda, HART, Herbert. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

⁵ Vide TAMOYO Y SALMORÁN, Rolando. H.L.A. Hart. *Criminal lawyer*. Ciudad de Mexico: Unam. 2015, p. 891.

rança necessário para a vida em sociedade.⁶ Muito embora baseado em outros pressupostos, o poder punitivo é um traço distintivo de todas as democracias ocidentais, cuja celeuma sobre seu alcance e limites percorre por toda tradição jurídica.

De fato, para um autor da *Common Law* como George FLETCHER, o Direito penal não passa de um problema de filosofia política e moral, centrando sua principal preocupação na legitimidade do exercício do poder punitivo do Estado contra indivíduos livres e autônomos.⁷ O papel da filosofia moral repousa propriamente na necessidade de justificação do exercício da potestade estatal e os pressupostos racionais da infração penal. Outra não foi a intenção de HART ao investigar os alicerces da ciência penal à luz do princípio utilitário.⁸

Primordialmente, o desígnio de HART era o de perquirir sobre a própria finalidade da lei penal, partindo da polêmica dos anos cinquenta sobre a possibilidade, assentada em determinado entendimento, de que a norma criminal fosse utilizada para a punição de meras imoralidades, ainda que elas não imponham prejuízos a terceiros.⁹ Para uma certa ideia utilitária por ele encampada, recorrendo especialmente a John Stuart MILL, a única forma pela qual se poderia exercer o poder de forma justificada sobre os membros da sociedade, e contra suas vontades, seria para impedir a causação de um mal a outros indivíduos.¹⁰ Qualquer coação legal legítima sobre as ações de terceiros precisa, antes de tudo, ser justificada.¹¹

Tal coerção legal poderia se dar, para HART, em dois momentos: o primeiro, ao se permitir, pela ameaça de uma punição legal, que alguém faça ou deixe de fazer o imposto ou proibido pela lei; o segundo, com a certeza da punição de quem efetivamente tenha violado à lei.¹² De um lado, as preocupações da punição voltam-se para a teoria da criminalização e,

⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42-43.

⁷ FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000.

⁸ SANTOS, Gérson Pereira. H. L. A. Hart e a "analytical jurisprudence". In: *Direito, Liberdade, moralidade*. Porto Alegre: SAFE, 1987, p. 15-16.

⁹ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: SAFE, 1987, p. 30.

¹⁰ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 33. Sobre o pensamento utilitário, cf. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 82.

¹¹ HART Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 46.

¹² HART Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 77.

de outro, para a teoria da sanção criminal como retribuição. O objeto desta singela reflexão restringe-se ao primeiro âmbito de inquietações. Não se desconhece as contribuições deste importante teórico da ciência do Direito em relação a temas mais complexos de dogmática penal, máxime sua elucidativa construção em torno do fenômeno da causalidade e seus reflexos tanto em condutas comissivas quanto as omissivas¹³. Contudo, incursionar detidamente sobre sua profícua produção bibliográfica na seara do Direito penal¹⁴ é uma pauta a demandar espaços próprios de análise.

Partindo desse cenário, este texto seguirá a seguinte lógica: destacar as bases teóricas fundamentais do pensamento jusfilosófico de HART, sublinhando acima de tudo sua produção voltada aos fundamentos do poder de punir do Estado. Para tanto, indispensável, em um primeiro momento, estabelecer sua premissa inicial: para ele, trata-se, antes de mais nada, de uma discussão em torno das relações entre Direito e moral.¹⁵ Nesse contexto, é conhecido o debate empreendido por HART com Lord DEVLIN, discutindo sobretudo a questão da legitimidade de criminalização de atos atentatórios à moral sexual na Inglaterra. Isso permitirá a HART se filiar, não sem certa reserva, ao princípio utilitarista do dano como fundamento de qualquer norma proibitiva válida em um Estado de Direito. A partir dessa concepção se possibilita avaliar o potencial teó-

¹³ A respeito da causalidade na Omissão vide as indagações de Nino a partir da obra "*Causation in the law*", escrita por Hart em coautoria com Tony Honoré. De acordo com jurista argentino "*se considera que una omisión es causa de un resultado dañoso cuando implica un desvio de ciertas normas, de ciertas pautas, de ciertas rutinas de comportamiento*", vide NINO, Carlos. *Ocho lecciones sobre ética y derecho*. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2013, p. 101.

¹⁴ Apenas em 2019 a obra *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, foi traduzido ao espanhol sua obra "*Castigo y Responsabilidad*" pela editora Marcial Pons, traduzido por Jacobo Barja de Quiroga y Leon García-Comendador.

¹⁵ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 31. Segundo Nino: "*Hart realiza, al comienzo de su ensayo 'Derecho, Libertad y moral' dos importantes distinciones que revelan la posibilidad de extender el alcance de la controversia aun más allá de los límites fijados por sus protagonistas. La primera distinción apunta al hecho de que la controversia acerca de si el derecho debería imponer la moral, es de tipo moral; Hart aclara que el punto de vista desde el que se desarrolla la polémica es el de una moral crítica, es decir desde los principios morales que uno considera válidos con independencia de su valoración social. La segunda distinción se centra en que la polémica moderna no se ocupa del problema acerca de cuál moral puede ser impuesta a través de de la ley (...) sino con el problema de si el hecho de que una determinada moral haya adquirido cierto grado de aceptación en una comunidad tiene alguna significación que resulte suficiente como para justificar su imposición a través del derecho*". Vide NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires: Gedisa, 2008, p. 48.

rico-prático de suas contribuições para nosso próprio Direito penal, em especial ante aos limites do bem jurídico penal¹⁶.

2 CHAVE DE ANÁLISE: A SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Não restam dúvidas sobre a filiação de HART à chamada tradição positivista do Direito, que o antecedeu e influenciou diretamente¹⁷. Essencialmente, tal perspectiva é fundada sobre três pilares: o primeiro deles – e mais essencial – seria a crença na separação entre aquilo que o Direito é e aquilo que *deveria ser*; isto é, na separação necessária entre o Direito e a moral. Em segundo lugar estaria a tese pela qual o estudo de conceitos jurídicos se daria de forma meramente analítica, por meio do exame da linguagem do direito para a compreensão da natureza deste.¹⁸ Em terceiro, a tese segundo a qual o Direito caracteriza-se pela imperatividade da lei, ou seja, a doutrina pela qual esta se identifica como um comando.¹⁹

¹⁶ Na literatura penal pátria, MARTINELLI, em acurada pesquisa tem observado a correlação entre os dois principais sistemas jurídicos, *Common Law* e o *romano-germânico*. Justamente é no sistema anglo-americano onde o princípio da autonomia recebe maior ênfase, enquanto o nosso modelo recepciona a teoria do bem jurídico. Este estudo, entre nós, é pioneiro na busca da utilização das categorias próprias do modelo da *Common Law* no âmbito do sistema legal pátrio para, em seguida, dialogar com os conceitos do utilitarismo aplicados no desenvolvimento de uma regra de Direito penal, pela qual a utilidade da norma seja a maior proteção de bens relevantes pela menor restrição da liberdade individual. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Limites da Intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Liber Ars. 2015, p. 11 e ss

¹⁷ Basta uma detida leitura a entrevista concedida por Hart, a Juan Ramon de Paramo, publicado em *Doxa* n. 5, em 1988. Nesse diálogo, nas páginas 349 e ss, estão retratadas as influências de Bentham, Austin e Kelsen, no pensamento de Hart.

¹⁸ Segundo KOZICKI, “Este autor considera que grande parte dos problemas relativos a compreensão do fenômeno jurídico tem permanecido sem solução devido a esta ‘perseguição’ de definições precisas.” E continua: “[...] Hart considera inadequada à definição de expressões gerais e abstratas como as expressões jurídicas, preferindo desvendar o significado de tais expressões a partir das explicações contextuais” KOZICKI, Katya. *Uma abordagem do Direito em Hart*. Comunicação apresentada ao IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito. Seqüência. UFSC, Florianópolis, v. 12, n. 23, 1991, p. 79-80.

¹⁹ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. tec. Ronaldo Porto Macedo Jr e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 62.

Centrando no primeiro pressuposto, e tendo em vista o trabalho crítico de HART, o autor reconhece, mesmo diante do fato do desenvolvimento do Direito ter sido influenciado pela moral²⁰, não se poder afirmar que a existência do Direito dependa essencialmente da moral. A subsistência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta do seu mérito ou demérito moral.²¹ Simpático ao utilitarismo, o professor inglês também tende a afirmar não ser suficiente a imoralidade da conduta para justificar sua punição por meio da lei positiva.²²

Ao defender a ausência de uma ligação conceitual necessária entre Direito e Moral, HART rejeita os dogmas da corrente de pensamento resultantes de um certo “*direito natural*”, por ele mesmo classificado como termo vago, mas em certa medida defendido por pensadores tão diversos como Aristóteles, Tomás de Aquino, Grotius, Locke, Kant, Stammler, Fuller e John Finnis.²³ Nesse sentido, HART se aproxima da linha de pensamento inaugurada por Thomas Hobbes e David Hume, mas cuja influência mais direta na sua obra advém dos trabalhos de outros dois proeminentes juristas, Jeremy Bentham (1748-1832)²⁴ e John Austin (1790-1859)²⁵.

Tais autores tinham basicamente duas teses principais, as quais HART definiu como pontos característicos do positivismo atribuível a eles: (1) diante da ausência de um preceito constitucional ou legal explícito, o mero fato da norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser regra jurídica; e, de outro modo, (2) o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar na sua conversão em regra jurídica.²⁶

²⁰ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 31.

²¹ HART, Herbert. *O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*, op. cit., p. 94.

²² HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 33.

²³ No original: “Hart like all positivists, rejects the tenets of ‘natural law’ theorizing as propounded by thinkers as diverse as Aristotle, Aquinas, Grotius, Locke, Kant, Stammler, L. Le. Fuller and, most recently, John Finnis.” (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 37).

²⁴ HART, Herbert. *Utilitarismo e Direitos Naturais*. In: *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*, p. 205 a 231.

²⁵ HART, Herbert. *O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*, p.54 e ss.

²⁶ HART, Herbert . op. cit., p. 59-60

Com efeito, HART entende advir a existência do Direito de fenômenos sociais complexos, estando as leis sempre sujeitas à crítica moral. No entanto, não há qualquer embasamento conceitual autorizando concluir sobre aquilo que o Direito ‘é’ deva coincidir, no plano ideal, com o ‘dever ser’. Nas palavras de MACCORMICK, à exemplo de Jeremy Bentham e John Austin, HART acredita que as formas de moralização do conceito de Direito, defendida pelos adeptos do Direito natural, ou tendem para uma forma de conservadorismo extremo, de modo a aceitar a lei como essencialmente moral, e, portanto, toda lei é moralmente obrigatória; ou para um tipo de anarquismo revolucionário, na acepção segundo a qual sendo a lei sempre moral, os governos devem ser desobedecidos ou mesmo derubados se o proposto como lei não puder ser moralmente justificável.²⁷

Entretanto, se a crítica à filosofia jusnaturalista e o apreço à ideia de derivar o Direito de fontes sociais aproxima a teoria de HART daquelas preconizadas por Bentham e Austin, a caracterização daquelas fontes, por outro lado, as afasta irremediavelmente.²⁸ É justamente aqui, na crítica à doutrina desenvolvida por Bentham e Austin, onde o trabalho analítico de HART transparece. Diferentemente dos seus dois antecessores, os quais conferem função distintiva à coerção para a identificação do Direito e conceituam a lei como um comando do soberano respaldado pela ameaça de punição em caso de descumprimento, HART defende a existência de obrigações jurídicas desprovidas de sanção, na qual a coerção teria função meramente instrumental, não sendo essencial ao conceito de direito.²⁹

²⁷ No original: “Just as they do, Hart affirms that natural lawyers’ moralization of the concept of law tends either toward a form of extreme conservatism (whatever is law must be moral, therefore all law is morally binding) or toward revolutionary anarchism (since whatever is law must be moral, governments must be disobeyed or even overthrown if what they propound as law is not morally justified).” (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, op. cit., p. 37)

²⁸ HART, Herbert. *O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*, op. cit., pp. 63-64. Do mesmo modo: MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, op. cit., p. 37.

²⁹ Em contraposição à teoria hartiana, há quem defenda, atualmente, o resgate do papel central da coerção para o Direito. Frederick Schauer, por exemplo, constrói uma teoria não essencialista da normatividade, e diz que uma vez abandonada a leitura do Direito sob a ótica de suas características imprescindíveis, pode-se retornar com a coerção para o centro de sua definição, pois, apesar de contingencial, a sanção é elemento largamente difundido na prática jurídica. Segundo o autor, “[t]hat Bentham and Austin may have overstated the case for coercion is no excuse for facilitating an even great misunderstanding and inaccuracy by understating it”. (Tradução livre: “O fato de que Bentham e Austin podem ter exagerado sobre o caso da coerção não é desculpa para facilitar o

A fim de melhor explicitar as bases do pensamento de HART, Neil MACCORMICK assina o traço distintivo de seus predecessores. Embora concordasse derivar a lei sempre de fontes sociais, HART discorda, na essência, de Bentham e Austin quanto à caracterização dessas fontes. Sua doutrina aqui também o diferencia do maior dos positivistas de seu tempo, Hans Kelsen. Para este autor, a lei se limita a veiculação daquilo que o *Direito é*, determinando seus efeitos para uma certa forma de ordem social. Como um bom kantiano, Kelsen acredita em uma separação bem definida entre ideias normativas, restritas a categoria do “*dever ser*”, e aquelas do mundo do “*ser*”, ditadas pelo princípio da causalidade, as quais tem por objetivo a explicação de processos naturais. HART, por outro lado, acredita que para compreender-se a normatividade das regras sociais, sejam elas legais ou morais, é necessário refletir sobre as consequências práticas da ação humana, não recorrendo a distinções tão estanques.³⁰

Dessa forma, e a seu modo, HART acredita ser a fonte da normatividade do Direito não a ameaça de sanção, mas sim sua aceitação social. Estar atrelado a uma obrigação jurídica parte da internalização do sistema normativo e não necessariamente da ameaça de uma sanção. Isso o leva a rechaçar a ideia segundo a qual o Direito consistiria em um conjunto de ordens coercitivas do soberano, não sendo estas suficientes para explicar o fundamento e as características principais de um sistema jurídico.³¹ O grande objetivo de HART, quer nos parecer, foi o de oferecer critérios de

ainda maior equívoco e imprecisão de subestimá-la.”) (SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 41)

³⁰ No original: “Thus, while agreeing that law always and necessarily derives from ‘social sources’, Hart disagrees profoundly with Bentham and Austin as to the proper characterization of those sources. His doctrine here also differentiates him from the greatest of the other legal positivists among his own near contemporaries, Hans Kelsen. For Kelsen, as for Hart, law is intrinsically normative; that is, it determines what ought to be done relative to a certain form of social order, not what actually is done. As a follower of Kant, Kelsen takes this to mean that there is a separate category of human thought, the category of the ought, which is radically distinct from the is and from that principle of causality, which is presupposed in all our thought about natural processes. Hart disagrees. To understand the normativity of legal, moral, or other social rules, we need only reflect on human attitudes to human action.” (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, op. cit., p. 37).

³¹ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 103. Vide a concepção de HART sobre a regra de reconhecimento (*rule of recognition*), a qual atribui a função de identificar “a maneira correta de esclarecer dúvidas quanto à existência da norma” (HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 123). Os critérios oferecidos por tal regra secundária podem ser os mais diversos: a aprovação da norma por órgão específico, seu uso em decisões

limitação ao exercício do poder, ao estatuir requisitos pelos quais se possa identificar o Direito sem referência ao argumento puro e simples da autoridade de um soberano, nem recorrer à coação como fundamento de sua exigibilidade. Este é, entre muitos outros, um grande mérito da teoria hartiana, ao definir limites concernentes a coercitividade dos comandos estatais.

3 O DEBATE HART-DEVLIN

Ao comentar a questão específica da criminalização de atos supostamente atentatórios à moral sexual da primeira metade do século XX na Inglaterra, HART concretiza sua ideia da separação entre o Direito e a moral a partir das funções e finalidades da norma penal. Em suas conferências publicadas sob o título “*Law, Liberty and Morality*” em 1963, HART inaugura uma controvérsia com o juiz Lord Patrick DEVLIN a respeito da criminalização da prostituição e das relações consentidas entre pessoas do mesmo sexo, principalmente diante das conclusões do relatório do *Wolfenden Committee*.³²

Instalado em 1954, este comitê apresentou seu relatório em 1957 sugerindo a descriminalização da homossexualidade consentida entre adultos capazes e na esfera de sua privacidade. No tocante à prostituição, em si considerada, não poderia ser tida isoladamente como ilícita, mas seria possível criminalizá-la quando praticada na via pública, por ser reputada como um assédio o cidadão comum. Em grande proporção, o relatório apresentou uma justificação muito próxima àquela sustentada por MILL ao asseverar ser função da lei penal a preservação da ordem pública,

judiciais, sua aceitação como costume etc., além de estabelecer uma ordem de primazia hierárquica entre diversos critérios em caso de conflito.

³² HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 41. Sobre o debate HART-DEVLIN, vide BADARÓ, Tatiana. Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do *harm principle* da filosofia liberal anglo-americana. In: IENNACO, Rodrigo (org.). *Metadogmática penal: estudos em homenagem à professora Sheila J. Selim de Sales*. Belo Horizonte: D`Plácido, 2020, p. 132. Vide também. NINO, Carlos. *Ocho lecciones sobre ética y derecho*. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2013, p.126. E ainda de forma exaustiva o estudo preliminar de RAMIRO AVILÉS, Miguel. A. Prólogo a la edición castellana: *A vueltas con el moralismo legal*. In: HART, H.L.A. *Derecho, Libertad y Moralidad*, Madrid: Dykinson, 2006. p.9 e ss.

a proteção dos cidadãos daquilo ofensivo e prejudicial, e a salvaguarda contra ofensas de terceiros pessoas.³³

Nada obstante alguns assuntos sejam tangenciais ao âmbito da moralidade, não devem ser objeto do Direito. Com esteio nesse embate, HART coloca o problema da viabilidade da imposição de uma determinada moralidade majoritária por meio da norma penal.³⁴ Quem infringe uma regra incorre na desaprovação da coletividade a partir da convergência da receptividade de uma norma como válida.³⁵ Todavia, resta em aberto a indagação a respeito do que a norma possa proibir. Esse consiste em um problema permanente de todo o Direito penal, seja em qual tradição for.

As conclusões do relatório *Wolfenden*, baseadas em princípios muito vivos na crítica à legislação de cunho utilitarista, não deixaram de sofrer objeções. Em 1959, o então conhecido penalista inglês, Lord DEVLIN, publicou o seu ensaio “*The enforcement of morals*” no qual, ao observar criticamente o relatório, concluiu haver um campo de imoralidade a ser suprimido por meio da atividade legislativa.³⁶ O juiz inglês acreditava ser lícito a toda sociedade adotar as medidas necessárias para sua autopreservação, inclusive proibindo as assim consideradas condutas imorais.³⁷ Em última análise, a sociedade poderia impor, por meio do Direito, sua moralidade compartilhada.

³³ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit. p. 41. Podemos ler no informe Wolfenden: “ *su función, tal y como la entendemos es preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de aquello que sea ofensivo o perjudicial y proveer suficientes salvaguardas contra la explotación y corrupción de terceras personas, en particular de aquellas que son especialmente vulnerables porque son jóvenes, débiles física o mentalmente, no tienen experiencia, o están en un estado de especial dependencia física, oficial o económica. No es, en nuestra opinión, función del Derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, o tratar de imponer un patrón particular de comportamiento, más allá de aquello que sea necesario para llevar a cabo los objetivos que hemos señalado*”. Vide RAMIRO AVILÉS, Miguel. A. Prólogo a la edición castellana... p. 11.

³⁴ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 41.

³⁵ MACCORMICK, Neil. H. L. A. HART, op. cit., p. 37.

³⁶ DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965. Ao observar a posição de DEVLIN, cf. HART, *Direito, liberdade, moralidade*, p. 43. Uma leitura crítica completa em relação a teoria extremista de Devlin, vide RAMIRO AVILÉS, Miguel. *Op. Cit.* p. 16 a 24.

³⁷ DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*, op. cit., p. 13. Assim como cf. HART, *Direito, liberdade, moralidade*, p. 45.

A partir da orientação utilizada por DEVLIN, HART acredita poder tecer algumas críticas morais às instituições sociais, dentre elas o Direito. A lei não poderia, a princípio, impor uma moral positiva. Todavia, seria possível, de toda forma, proceder a uma crítica moral sobre a possibilidade de se impor coativamente uma certa moral aceita e compartilhada por determinado grupo.³⁸ Sujeitar alguém à punição, impondo-lhe um sofrimento físico, ou mesmo constranger os demais membros da comunidade à obediência por meio de uma ameaça de sanção, exige sempre uma justificação.³⁹

De um ponto de vista utilitarista, a imposição de uma certa moral sexual por meio da coerção legal pareceria desproporcional. A interferência na liberdade individual por meio da punição se justifica pela determinação de um sofrimento para a frustração de um desejo pelo temor da reprimenda. No tocante aos delitos comuns, pode-se compreender o impulso de roubar ou de praticar um homicídio como exceções à vida cotidiana. Por outro lado, os impulsos sexuais fazem parte do desenvolvimento mental e emocional de todos os membros da sociedade, prejudicando com a interferência de mecanismos penais seu equilíbrio, sua felicidade e sua própria personalidade.⁴⁰ Obviamente cabe o registro da referência a liberdade sexual sempre depender do consentimento válido entre pessoas adultas.

Além disso, encontra-se o problema acerca da identificação de qual moral é aquela a ser encampada pela legislação. Uma certa moral utilitária, sustentando servir o Direito apenas no dever de punir atividades danosas a terceiros, o faz por meio da aceitação desse viés como um princípio crítico, sendo-lhe indiferente se tal moral poderia ser oposta aos indivíduos como moral positiva. Não se está a impor uma forma utilitária de pensar a seus membros, mas antes instituindo-se um princípio impeditivo ao Estado de uma ingerência indevida na liberdade de seus membros.⁴¹

Um argumento oposto a tal concepção utilitarista é aquele segundo o qual se reconhece punir a lei vigente meras imoralidades, sendo-lhe

³⁸ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 46.

³⁹ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 47.

⁴⁰ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 48.

⁴¹ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 49.

irrelevante tal crítica. De certa forma, referida perspectiva não imporiria nenhuma barreira ao legislador positivo.⁴² Poder-se-ia concluir ser toda imoralidade passível de sanção criminal, e estaríamos na contracorrente da perspectiva liberal de um Estado de Direito. Sobre tal raciocínio recai, antes de tudo, um problema de coerência: a confusão entre normatividade e *faticidade*, ou, em outras palavras, entre aquilo que o Direito *é* e aquilo que *deveria ser*.⁴³ Além disso, há nessa oposição, como aponta HART, um nítido caráter conservador por parte de DEVLIN, pois haveria uma pretensão de legitimidade em tudo aquilo que as instituições estabelecidas produzem.⁴⁴ Essa presunção, obviamente, não está isenta de lhe serem opostas provas em contrário.

Cumprе frisar o papel relevante de NINO na divulgação da polêmica HART-DEVLIN em nosso continente. Na edificação das bases de um Direito penal liberal a moral não pode passar de instrumento crítico no ponto de vista da homologação jurídica de uma norma positiva. As regras proibitivas devem decorrer exclusivamente de critérios objetivos isentos de subjetividades dos inúmeros setores da sociedade, seja pelo fomento de um ideal de excelência pessoal ou de virtudes específicas. O Direito deve ressaltar, acima de tudo, a proteção da autonomia individual para escolher seus próprios planos de vida, dentro dos limites de não gerar danos a terceiros⁴⁵. Apenas as circunstâncias de atos impeditivos da escolha de planos de vida – no âmbito de sua liberdade de ação – por pessoas dis-

⁴² *Mutatis mutandis*, o Direito penal alemão se viu compelido a enfrentar tal crítica em relação à capacidade crítica da teoria do bem jurídico em opor limites ao legislador positivo, quando do julgamento sobre a constitucionalidade do crime de incesto por parte do Tribunal Constitucional. Nessa oportunidade, a Corte questionou a legitimidade democrática da dogmática jurídica em opor critérios limitadores ao legislador, prevalecendo a ideia de que efetivamente o legislador pode adotar o critério que melhor lhe aprouver, desde que não incompatível com a Constituição. Acerca de tal controvérsia, e defendendo o papel da dogmática penal de controle intelectual das decisões judiciais de forma a impedir uma justiça irracional e arbitrária, vide, SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito. In: *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 46-47.

⁴³ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 53.

⁴⁴ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op.cit., p. 54.

⁴⁵ Nesse percurso cabe mencionar a tese de doutorado de Nino, orientado por Tony Honoré, partindo das bases assentadas pelo pensamento de Hart. Vide NINO, Carlos. *Los limites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea, 2006. E ainda NINO, Carlos. *Ocho lecciones...*p. 126.

tintas do agente poderão sustentar eventual exercício do poder punitivo no marco de uma sociedade liberal⁴⁶.

A pauta dos costumes também não foi indiferente a doutrina pátria.⁴⁷ Distintiva foi a questão atinente a descriminalização do adultério, até 2005 tipificado no art. 240 do Código Penal, sob a controversa epígrafe de “*crimes contra a família*”. Inegável tal delito estar ligado a uma moral sexual imperante à época da edição do diploma substantivo em 1940, admitindo o próprio legislador, na exposição de motivos, ser tal conduta ofensiva a “*um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar*”. Tal qual a polêmica inglesa, o objeto do injusto em análise teve de ser submetido ao filtro da razão utilitarista do dano. Além de não impedir a eleição de qualquer projeto de vida, ou lesão a esfera jurídica de terceiro, representava outrossim um anacronismo ao discriminar indevidamente a mulher, questionando a forma de vida escolhida de acordo com sua própria autonomia. Mesmo com alguns anos de atraso em relação ao relatório *Wolfenden*, a extirpação do adultério foi um ganho considerável, mas a pauta moral na legislação penal brasileira ainda carece de uma pormenorizada análise por parte do legislador.

4 HARM PRINCIPLE, PATERNALISMO LEGAL E OS LIMITES MATERIAIS DO DIREITO PENAL

As críticas opostas por HART à tese de DEVLIN remontam à sua simpatia ao princípio liberal do dano, enunciado por John Stuart MILL. Em seu ensaio “*On liberty*”, MILL se preocupa com a natureza e os limites

⁴⁶ Vide NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho penal*. p. 64. Ao tratar da concepção perfeccionista sobre as normas penais, Nino assim se manifestou: “*Como resulta obvio, una concepción perfeccionista tiene una perspectiva clara acerca del alcance de las leyes penales. Cualquier acto inmoral es pasible, en principio, de ser convertido en un delito (o de resultar objeto de otro tipo de interferencias legales), con independencia de que el acto represente un daño a los intereses de un tercero. El derecho debe ser um instrumento para inducir a las personas a adoptar modos de vida valiosos y tender a la realización de ideales de excelência humana*”. Idem. p. 55.

⁴⁷ Como enaltece o Prof. René DOTTI, “*diversos países vem reconhecendo a necessidade de depurar o organismo jurídico-repressivo daquelas entidades típicas que podem ser melhor combatidas por outros setores do Direito ou, ainda, por outras disciplinas extrajurídicas, sem os inconvenientes da pena criminal*”. Cf. DOTTI, René. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

do poder que se possa exercer sobre o indivíduo pela sociedade. Enuncia, assim, um princípio objetivando condicionar o trato da sociedade sobre o cidadão de forma a controlar a imposição da força física ou da coação moral legítima. Para o autor, a única finalidade pela qual o Estado poderia interferir na liberdade alheia estaria assentada na sua autoproteção. O poder apenas pode ser exercido sobre um membro da comunidade, contra sua vontade, quando este cause um dano a outrem.⁴⁸

Desse modo, embora MILL não tenha se referido especificamente ao termo *princípio do dano* (*harm principle*), teve por objetivo estabelecer um simples princípio, devendo servir de parâmetro para a intervenção do poder estatal em face da liberdade individual, fixando as fronteiras de legitimidade da punição.⁴⁹ Tinha por pretensão limitar a coerção legal à ações prejudiciais à terceiros, dentre as quais estariam abrangidas as condutas próprias que atinjam interesses de outras pessoas na forma de atos lesivos, justificando assim sua desaprovação geral e a possibilidade de aplicação de penalidades legais.⁵⁰ Fora desse âmbito, estariam os comportamentos que dizem respeito apenas a si próprio: sobre seu corpo e mente o indivíduo é soberano.⁵¹

Para DEVLIN, haveria certos padrões de comportamento ou exigências morais demandados pela sociedade: entre eles a inviolabilidade da vida humana e, conseqüentemente, sua integridade física, estando o

⁴⁸ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, op. cit., p. 82. Também na versão em espanhol: “ *El objeto de este ensayo es afirmar un principio muy sencillo que sirva para regir completamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que implique compulsión o control, ya sean los medios utilizados la fuerza física em forma de penas legales, o la coerción moral de la opinión pública. Dicho principio es que el único fin que justifica que los seres humanos, individual o colectivamente interfieran en la libertad de acción de uno cualquiera de sus semejantes, es la própria protección. El único propósito por el que puede ejercitarse con pleno derecho el poder sobre cualquier integrante de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para impedir que dañe a otro*” Vide MILL, Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008. Ao apresentar a obra de Mill, Braun de forma assaz objetiva descreve o alcance da ideia de liberdade: “ *Pero su tesis no es simplemente que debemos ser libres en tanto que no violemos la libertad de los demás, sino que en todo lo que sea self-regarding no valen leyes, ni credos, ni valores, ni moral*”. BRAUN, Carlos Rodriguez, Estudio preliminar, in: MILL, Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008, p.141.

⁴⁹ Cf. BADARÓ, Tatiana. *Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do harm principle da filosofia liberal anglo-americana*, op. cit, p. 132.

⁵⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, op. cit., p. 83-84. No mesmo sentido, HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 34.

⁵¹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, op. cit., p. 82.

consentimento ou a disposição desses valores excluídos de plano. Desse modo, inegável a consideração da eutanásia ou da morte piedosa como homicídio, por exemplo. Ulteriormente, a função primordial do Direito penal seria o de impor, antes de tudo, um princípio moral.⁵² Tal constatação de DEVLIN, à luz de uma certa crítica utilitarista, abre espaço ao debate sobre as pretensões paternalistas da norma penal. Em verdade, a exclusão do consentimento do ofendido como argumento de defesa apenas pode ser interpretada como uma política paternalista, ao tentar defender as pessoas de si mesmas.⁵³

Mesmo não admitindo que a lei penal possa impor um princípio moral, HART não é assim tão crítico em relação às pretensões paternalistas do Direito penal. Mesmo MILL contestando tal ingerência como uma afronta desarrazoada à liberdade, como na compra e venda de substâncias entorpecentes entre adultos capazes para proteger a saúde dos usuários, por exemplo, HART afirma poder haver um sentido na proibição. Isso porque há uma certa crise na ideia de os indivíduos serem capazes de racionalmente escolher o melhor para suas vidas, estando sujeitos a desejos transitórios, ou terem suas capacidades viciadas.⁵⁴ Note-se que o argumento de HART, nesse ponto, está eivado de certa circularidade: o de defender o paternalismo de seus críticos, pelos seus próprios fundamentos atacados.

Nada obstante o princípio do dano tenha sido recuperado por HART do pensamento utilitário de MILL, talvez tenha sido a partir das reflexões de Joel FEINBERG, a partir dos anos 80, o encontro de sua versão mais bem-acabada. Partindo da ideia de MILL da legitimidade do exercício do poder, mas se restringindo ao âmbito do poder punitivo estatal, FEINBERG se propõe a responder à pergunta: quais tipos de

⁵² DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*, op. cit., p. 7-8. Assim como, HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 56.

⁵³ Para uma visão contemporânea sobre consentimento e paternalismo em Direito penal, na literatura pátria cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 82 e ss, também a imprescindível pesquisa de MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Limites da Intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Liber Ars. 2015.

⁵⁴ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 57.

condutas podem ser criminalizadas pelo Estado? ⁵⁵ Admite esse autor, portanto, uma crítica moral ao Direito positivo, pois algumas leis constitucionalmente válidas podem não ser moralmente legítimas, da mesma forma assim como algumas leis moralmente justificáveis podem não ser constitucionais. ⁵⁶

Assim como em MILL, o propósito de FEINBERG é o de investigar sobre os limites morais da liberdade, entendida simplesmente como uma ausência de coerção: onde a coerção legal termina, a liberdade começa. ⁵⁷ Partindo de uma ideia comumente aceita, pela qual liberdade é a regra e sua restrição a exceção, devendo esta ser sempre justificada, FEINBERG tenta sistematizar certos princípios capazes de se opor a tal presunção, os quais são por ele nomeados de *princípios limitadores da liberdade (liberty-limiting principles)*. ⁵⁸ Para o autor, a ingerência estatal sobre os comportamentos dos cidadãos tende a ser moralmente justificada quando seja razoavelmente necessária (haja motivos razoáveis para se crer em sua necessidade e eficácia) para prevenir o dano ou o desarrazoado risco de causar um dano a alguém. A necessidade de prevenir danos (aos indivíduos e às instituições públicas) à terceiros é sempre um argumento apropriado para impor uma coerção legal. ⁵⁹

Partindo dessa concepção ampla de dano, FEINBERG avança não só diante da ideia de MILL de um dano privado, segundo a qual a restrição da liberdade se limitaria a danos causados aos outros indivíduos em si considerados, ao aceitar, paralelamente, como justificável, a coerção para impedir o enfraquecimento das instituições públicas, na forma de um princípio do dano público. Assim, seriam legítimas as criminalizações tradicionais do homicídio ou roubo, mas plenamente admissíveis a sonegação de impostos, o contrabando, a corrupção etc. ⁶⁰ Mas também avança

⁵⁵ Sobretudo: FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the Criminal Law*. Nova York: Oxford University Press, 1984, p. 3 e ss. A respeito da repercussão da obra de Feinberg em matéria de moralismo legal, vide RAMIRO AVILÉS, Miguel. A. Prólogo a la edición castellana: *A vueltas con el moralismo legal*. In: HART, H.L.A. *Derecho, Libertad y Moralidad*, p.13 e ss.

⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to others*, op. cit., p. 5.

⁵⁷ FEINBERG, Joel, *Harm to others*, op. cit., p. 7.

⁵⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to others*, op. cit., p. 9.

⁵⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to others*, op. cit., p. 11.

⁶⁰ FEINBERG, Joel. *Filosofia social*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1974, p. 46-47.

ante às convicções do próprio HART, segundo as quais uma certa forma de paternalismo legal seria plenamente coerente.⁶¹

Com o desenvolvimento do princípio do dano no cenário anglo-saxão, FEINBERG sistematiza ser a intervenção do poder punitivo justificada não só pelo (1) dano causado à terceiros (*harm to others*), mas também, em certos casos, quando haja (2) ofensas a terceiros que não importem propriamente em um dano, mas em um sentimento desagradável (*offense to others*). De outro lado, mesmo que designados como princípios limitadores da liberdade, mas até certa medida incoerentes com uma perspectiva democrática de Estado de Direito, encontraríamos a possibilidade de (3) criminalização de comportamentos autolesivos sob certas condições, na forma de um paternalismo penal (*legal paternalism*) e (4) a punição de certas condutas imorais, independente de causarem danos a alguém (*legal moralism*).⁶²

Limitando-se especificamente ao difícil problema do paternalismo, FEINBERG aponta certas condições sobre as quais o paternalismo pode ser considerado válido e outras a partir das quais não o será, diferenciando um tipo fraco e outro forte. O primeiro, daria ao Estado o direito de impedir uma conduta prejudicial ao próprio indivíduo quando este a realize de forma involuntária, ou quando exija uma intervenção temporária para provar sua voluntariedade.⁶³ Em outras palavras, a intervenção do Estado estará justificada para protegê-lo da própria ignorância. O segundo tipo de paternalismo seria aquele do tipo forte, este tendente a um certo tipo de tirania governamental, ao se querer tutelar o indivíduo contra suas próprias escolhas conscientes e voluntárias.⁶⁴

Em que pese o *harm principle* seja considerado por FEINBERG como um princípio limitador da liberdade, o mesmo autor não o considera, por si só, como condição necessária e suficiente para legitimar a intervenção punitiva estatal. Trata-se, isso sim, de um critério delimitador das hipóteses danosas ao próprio agente ou referentes a questões exclusivamente

⁶¹ HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*, op. cit., p. 56.

⁶² FEINBERG, Joel. *Harm to others*, op.cit., p. 26 e ss. apud BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 276.

⁶³ FEINBERG, Joel. *Filosofia social*, op. cit. p. 79.

⁶⁴ FEINBERG, Joel. *Filosofia social*, op. cit., p. 81-82.

morais. Assim, define alguns princípios de mediação, dentre os quais a probabilidade e intensidade do dano, a relevância dos interesses protegidos, o valor social do comportamento e sua possibilidade de sanção por outros meios de controle social, formais ou informais.⁶⁵

Atualmente, é possível verificar uma incipiente influência das contribuições da filosofia moral anglo-americana no avanço das discussões sobre o conteúdo material do delito no Direito continental, razão pela qual a doutrina tem se perguntado como se podem obter resultados positivos da combinação do princípio do dano com a teoria do bem jurídico para a verificação da legitimidade da incriminação.⁶⁶ Importante esclarecer que bem jurídico e *harm principle* não são equivalentes funcionais: enquanto o primeiro é identificado como objeto de tutela da norma penal, o segundo diz respeito a estados lesivos criminalizáveis. Um se destina à proteção de bens e valores, outro à prevenção de danos.⁶⁷ Muito embora o sistema da *Common law* não tenha essa pretensão de validade universal almejada pela dogmática penal alemã, sua visão mais pragmática dos limites à criminalização pode contribuir para fixar contornos mais tangíveis à ideia de bem jurídico, no sentido de se preocupar com o impacto real de comportamentos humanos sobre a vida de outros indivíduos.⁶⁸

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

HART detém o mérito de ter sido um dos primeiros pensadores a recuperar o princípio utilitário do dano para opor limites à criminalização e fixar as bases sobre as quais um Direito penal pretensamente liberal e democrático deveria se edificar. Sua contribuição não se limitou ao plano teórico. De fato, teve repercussões práticas muito relevantes, principal-

⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 278.

⁶⁶ A partir das reflexões da própria teoria penal anglo-saxão, vide: HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Na doutrina nacional, cf. BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 278.

⁶⁷ BADARÓ, Tatiana. *Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do harm principle da filosofia liberal anglo-americana*, op. cit., p. 139.

⁶⁸ Assim: BADARÓ, Tatiana. *Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do harm principle da filosofia liberal anglo-americana*, op. cit., p. 139. Em sentido contrário, afirmando que o princípio do dano incide nas mesmas deficiências da teoria do bem jurídico: BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 280.

mente por ter influenciado a elaboração do Código Penal modelo para os Estados Unidos por parte do *American Law Institute*.⁶⁹

Indubitavelmente, HART edificou a estrutura de uma teoria liberal da criminalização. Ao recuperar o princípio de MILL, teve por objetivo defender a liberdade como regra e apontar que qualquer coerção legal, ao impor como consequência um sofrimento físico e psicológico como a pena, exige sempre uma justificação. A tolerância social sobre qualquer restrição da liberdade demanda sempre uma razão plausível.

Dessa forma, HART deu o tom do debate acerca de toda justificação das hipóteses aceitáveis de restrição da liberdade por parte do Estado. Não apenas na tradição anglo-americana, com o desenvolvimento do *harm principle* por parte de FEINBERG, mas também no Direito continental, com as contribuições de tal princípio, marcadamente influenciado pelo liberalismo político, para o desenvolvimento do conteúdo material do ilícito, a saber, o futuro da teoria do bem jurídico.

Ao recebermos o convite para participar da obra coletiva em homenagem ao Professor René Ariel Dotti, encontramos a razão essencial para refletir sobre um autor como HART: antes de se destacar como um teórico do Direito, exerceu a advocacia e teve uma ativa participação dentro de órgãos do poder público em momentos delicados da história do Reino Unido.⁷⁰ A obra teórica do Professor René integra o acervo de todos os penalistas brasileiros. Tivemos a felicidade de apreender suas lições como tribuno, admirado pela sua eloquência e respeitado pela firmeza dos seus posicionamentos em favor dos seus constituídos. Estamos entre aqueles agraciados com um conselho, uma palavra de incentivo (aos iniciantes), de apoio incondicional diante da injusta violação de qualquer de nossas prerrogativas.

Nosso homenageado declarou, ao se cumprir 30 anos da histórica VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada

⁶⁹ Cf. BADARÓ, Tatiana. *Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do harm principle da filosofia liberal anglo-americana*, op. cit., p. 133. Segundo BADARÓ, o art. 1.02 do referido Código modelo recepcionou a ideia de princípio do dano ao assim dispor que o objetivo da lei penal é “*proibir e prevenir conduta que injustificadamente e inescusavelmente inflija ou ameace infligir dano substancial a interesses individuais ou públicos*”

⁷⁰ Conforme palavras do próprio Hart: “*Cuando en 1940 abandoné el ejercicio de la abogacia e ingresé durante la guerra en el Servicio de Inteligencia Británico, empecé a darme cuenta de que mis verdaderos intereses no estaban en la práctica del Derecho, sino en la filosofía*”. In: PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H.L.A.Hart. *Doxa*, 5, p. 340.

em 1978, na nossa Curitiba: *“Os profissionais do Direito e da Justiça nascidos a partir dos 60s e a juventude acadêmica de hoje precisam ter referenciais significativos para compreender a grande transformação ocorrida entre o período do Estado autoritário até a chegada do Estado democrático de Direito e também a resistência heroica dos advogados brasileiros contra a ditadura militar e seus múltiplos atos de exceção”*.⁷¹ E a contribuição do Professor René aos debates, registrada nos Anais desse memorável evento – no qual participaram milhares de advogados e estudantes – foi sobre um tema basilar *“A informação cultural no Estado de Direito”*. As suas conclusões acabaram tendo ressonância na chegada do modelo estatal almejado: *“O direito e a liberdade de informação devem ser inscritos de maneira autônoma na Constituição Federal, no Capítulo dos direitos e garantias individuais”*. Ao pugnar pelo direito à cultura, a transparência do seu pensamento não deixava nenhuma dúvida: *“A informação objetiva e livre é uma das condições indispensáveis à participação de todos no domínio da cultura, como prolongamento do direito do povo a conhecer”*.

Uma releitura desse texto após mais de quatro decênios de sua exposição, perante uma plateia ávida por mudanças e por conquistas capazes de revestir e efetivar no manto constitucional o princípio da dignidade humana, poderá auferir o viés humanista e político desse grande penalista. Ao reivindicar o direito e a liberdade de informação, estava consciente da participação dos cidadãos na vida cultural como condição básica para o ideal democrático. E para isto, o direito a uma livre informação somente é possível sob a proteção do Estado de Direito. Justamente nesse ponto, sua aversão contra o regime de censura policial previa instalada na época. Eis a essência política do seu pensamento: a plena intolerância frente aos extremismos ideológicos, por serem estes uma via apta ao totalitarismo, ensejando nefastos resultados às liberdades individuais. Nas suas palavras: *“Os excessos em nome do interesse coletivo e da necessidade em harmonizar o conhecimento científico, literário e artístico aos padrões impostos pelo Estado, conduzem fatalmente ao quadro de violência espiritual tão bem descrito por Ray Bradbury em sua notável obra Fahrenheit 451”*.

Ao professor René nossa gratidão e saudades.

⁷¹ DOTTI, René Ariel. A VII Conferência Nacional da OAB (I): Memória da luta contra a intolerância e a opressão. *Migalhas*. 16 de junho de 2008.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Tatiana. Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do *harm principle* da filosofia liberal anglo-americana. In: IENNACO, Rodrigo (org.). *Metadogmática penal: estudos em homenagem à professora Sheila J. Selim de Sales*. Belo Horizonte: D`Plácido, 2020.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BRAUN, Carlos Rodriguez, *Estudio preliminar*, in MILL, Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008.
- DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965.
- DOTTI, René. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DOTTI, René Ariel. A VII Conferência Nacional da OAB (I): Memória da luta contra a intolerância e a opressão. *Migalhas*. 16 de junho de 2008.
- FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the Criminal Law*. Nova York: Oxford University Press, 1984.
- FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the Criminal Law* apud BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- FEINBERG, Joel. *Filosofia social*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1974.
- FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HART, Herbert. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HART, Herbert. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: SAFE, 1987.
- HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. tec. Ronaldo Porto Macedo Jr e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- KOZICKI, Katya. *Uma abordagem do Direito em Hart*. Comunicação apresentada ao IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito. Sequência. UFSC, Florianópolis, v. 12, n. 23, 1991.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Limites da Intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Liber Ars. 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MILL, Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008.

NINO, Carlos. *Ocho lecciones sobre ética y derecho*. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2013.

NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires: Gedisa, 2008.

NINO, Carlos. *Los limites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea, 2006.

PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H.L.A.Hart. *Doxa*, 5, 1988.

RAMIRO AVILÉS, Miguel. A. Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal. In: HART, H.L.A. *Derecho, Libertad y Moralidad*, Madrid: Dykinson, 2006.

SANTOS, Gérson Pereira. H. L. A. Hart e a “analytical jurisprudence”. In: *Direito, Liberdade, moralidade*. Porto Alegre: SAFE, 1987.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito. In: *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TAMOYO Y SALMORÁN, Rolando. H.L.A. Hart. *Criminal lawyer*. Ciudad de Mexico: Unam. 2015.

A portrait of an elderly man with white hair, wearing a dark suit jacket, a light-colored shirt, and a dark tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is slightly blurred, showing what appears to be an office or library setting with bookshelves.

5

DEPOIMENTOS

PESSOAIS



AS LIÇÕES DE UM JURISLÍTERATO¹

ANGELA DOS PRAZERES²



*René enxergava
a lágrima
no olho do peixe.³*

-
- ¹ O termo *jurisliterato* é empregado no sentido de caracterizar o intelectual das letras jurídicas e literárias que reconhece que a literatura dispõe de efetivas possibilidades de expressar o jurídico, assim como concebe o direito como um material com possibilidades de expressão literária.
- ² Possui Especialização MBA em Auditoria Integral (UFPR), Bacharelado em Ciências Contábeis (UTFPR) e em Direito (FAE). Pesquisadora-adjunta do Núcleo de Pesquisa Sistema Criminal e Controle Social (UFPR), Membro da International Association for Court Administration (EUA), Professora Universitária (FAE), Assessora Jurídica (TJPR), Auditora Quality Management System (BSI) e Articulista da Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.
- ³ Aproprio-me do *haikai* de Alice Ruiz dedicado a Matsuo Bashô. Vênia rogo. Paulo Leminski aludiu à referida poesia a fim de arrematar o juízo de que Bashô era santa pessoa. O santo, uma das possibilidades humanas: o herói do espírito, da ideia, do signo. E Bashô assim o era, segundo o poeta curitibano, porque compreendeu o que acontecia no aqui e agora – vida e significado. Porque estudou o tesouro da sua cultura, viveu com plenitude mental e espiritual. Vida boa de ser vivida. Portanto, deveras inspirava o tal Bashô. LEMINSKI, Paulo. *Vida*: Cruz e Sousa, Bashô, Jesus e Trótski – 4 Biografias. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, pp. 94-95. Nessa esteira, tenho que o Professor René Ariel Dotti, para além do extraordinário intelecto que o levou a luzir o direito, logrou compreender o humano. Próceros no estudo das normas jurídicas. Espectável na significação humana que dava aos fatos *sub judice*. Daí que também enxergava a lágrima no olho do peixe. Detentor de grande talento e cultura, inspiração irradiava.

RESUMO

Este escrito majoritariamente memorialístico tem como objetivo apresentar algumas das lições legadas pelo saudoso Professor René Ariel Dotti que circundam o direito e a literatura. Para tanto, apresenta as vivências proporcionadas pelo projeto “Literatura para a Juventude”, especificamente aquelas que dizem respeito ao encontro ocorrido em 29 de junho de 2018.

Palavras-chave: Direito; Literatura; Humanidade.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. René Ariel Dotti: filho, esposo, pai, notável das letras jurídicas e literárias, defensor incansável das liberdades individuais, da cultura e da arte. 3. “Literatura para a Juventude”. 4. *À guisa de conclusão*. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente agradeço a Direção da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, representada pelo ilustríssimo Professor Doutor Sérgio Said Staut Junior, e aos caríssimos Professores Doutores Paulo César Busato e Gustavo Britta Scandelari pela oportunidade de participar desta obra. Parafraseando Pessoa, agradecer é preciso. Agora e sempre.

Recebido o convite-desafio, o sentimento de honra e uma grande emoção assaltaram meu ser. Depois esse estado cedeu lugar à agonia, visto a dificuldade da empresa. Afinal, como meu singelo cabedal intelectual poderia dar conta de abordar uma personalidade tão grandiosidade como a de René Ariel Dotti.

Como bem asseverou Eugenio Raúl Zaffaroni⁴, nosso preclaro homenageado era muito mais do que um penalista brilhante, era um homem de cultura no mais extenso dos polissêmicos sentidos da expressão.

⁴ “No dejo caer trilladas palabras de falsa modestia en la huella de lo habitual, sino que me hallo perplejo ante una tarea para la cual no me reconozco capaz en totalidad. Quizá el único merito sea mi relativa ajenidad al medio y la parcialidad de mis potencialidades, pero la figura de René me excede. No se trata sólo de presentar el homenaje a un penalista, pues René es mucho más que eso. Es un hombre de la cultura en el más extenso de los polisémicos sentidos de la expresión. Lo es por su formación integral, por su tránsito por el arte, por el periodismo, por la elegancia y elocuencia de su estilo, pero también por la incuestionable pertenencia a su Pueblo.” ZAFFARONI, Eugenio

E, conforme aduziu Adriano Sérgio Nunes Bretas⁵, do menino que soltava balões, numa Curitiba provinciana, ao vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, com sede em Paris, muita história existiu.

Surgiram-me também preocupações com o estilo textual. Professor René Ariel Dotti era notável nas letras e como imortal se sagrou. Disse-me ele certa feita: “Ao escrever lembremos Machado de Assis”. Daí que em razão do conselho reminiscente o assombro me tomou. “*Estilo, meus senhores, deem estilo nas descrições e comentários (...), não é bonito aparecer des-penteado aos olhos do futuro*”⁶. Eis o que apregoava o Bruxo do Cosme Velho, em “A Semana”, Gazeta de Notícias, 13 de janeiro de 1895.

Reconheço que me faltam os atributos necessários a esta empreitada. Faça-a constrangida pela inépcia. Vencida em tudo, salvo da profunda admiração pela figura do augusto homenageado no concerto dos gigantes, ao velho poeta alemão recorro. “Teu ser à obra se encoraje!”⁷

Pois bem. Revisitando lições e compulsando o arquivo de memórias, eu recorro de René Ariel Dotti como mestre na ciência que tem em Papiniano a sua figura de símbolo. Espírito combativo de lutador bravo e indômito. Detentor de vasto conhecimento sobre arte e cultura. Apaixonado pelo teatro e pela literatura. Sempre que se fazia oportuno aludia ele à máxima de Machado de Assis que considerava irretocável. “*O teatro é para o povo o que o Coro era para o antigo teatro grego: uma iniciativa de moral e civilização*”⁸.

Proponho-me, portanto, a compartilhar com o nobre leitor nas linhas que se seguem, uma das experiências que mui alegremente vivenciei com o saudoso Professor René Ariel Dotti, a saber, a minha partici-

Raúl. Prólogo. In: *Notáveis do direito penal*: livro em homenagem ao emérito Professor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex. 2006.

⁵ BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Biografia do homenageado. O escudeiro da liberdade. In: *Notáveis do direito penal*: livro em homenagem ao emérito Professor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex. 2006, p. 33.

⁶ ASSIS, Machado de. *Máximas, pensamentos e ditos agudos*. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 63. (Grifos meus).

⁷ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*: uma tragédia – segunda parte. 1ª ed. Trad. de Jenny Klabin Segal. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40.

⁸ ASSIS, Machado de. *Máximas, pensamentos e ditos agudos*. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 46. (Grifos meus).

pação no “*Literatura para Juventude*”, projeto que era por ele lindamente conduzido.

Destarte, o presente texto mostrar-se-á preponderantemente memorialístico. Terá início com uma breve exposição sobre a vida do nosso concidadão que tanto orgulho às terras paranaenses espargiu. Na sequência apresentará o supradito projeto literário e como se deu a participação desta que vos escreve e as lições daí decorrentes a modo de conclusão.

2 RENÉ ARIEL DOTTI: FILHO, ESPOSO, PAI, NOTÁVEL DAS LETRAS JURÍDICAS E LITERÁRIAS, DEFENSOR INCANSÁVEL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS, DA CULTURA E DA ARTE.

Na catedral de carne e espírito de René Ariel Dotti, se destacaram, à maneira de colunatas helênicas esculpidas por Fídias, os valores fundamentais do humanismo, da cultura e da ética. Teórico e pragmático, capaz do rigorismo da ciência e da flexibilidade do sentimento artístico. Nasceu em Curitiba, no Paraná, em 15 de novembro de 1934. Filho de Gabriel Dotti e Adelina Zulian Dotti. Estudou nos colégios Iguazu, Novo Ateneu e Estadual do Paraná. Este último, nos anos de 1950 a 1953. Casado com Rosarita Fayet Fagundes (1969) e pai de Rogéria e Cláudia. Com Ary Fontoura, Odclair Rodrigues, Divo Dalcol, Sinval Martins e outros, fundou a Sociedade Paranaense de Teatro (1954). Foi colaborador no jornal Diário do Paraná, produzindo uma coluna diária sobre teatro (1956-1961). Autor de diversas crônicas publicadas no suplemento Letras e Artes, editado pelo jornal Diário do Paraná (1963-1965). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1958). Membro do Partido Acadêmico Popular (PAP). Diretor do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico Hugo Simas (1958). Início da atividade profissional como estagiário do Escritório Salvador de Maio e Élio Narézi (1958) em causas criminais. Advocacia com escritório próprio desde junho de 1961. Foi titular da banca de advocacia Escritório Professor René Dotti, completando 57 (cinquenta e sete) anos de atividade ininterrupta em junho de 2018⁹.

⁹ Academia Paranaense de Letras Jurídicas. *Memórias*: edição comemorativa 20 anos. Munir Karam [coord.]. Angela dos Prazeres [org.]. Curitiba: Exclusiva, 2018, p. 110.

Com a obra *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, classificou-se em 1º lugar no Concurso Nacional de Letras Jurídicas, promovido pela Secretaria da Justiça do Paraná e o jornal *Gazeta do Povo* (1978), cujo prêmio (“De Plácido e Silva”) foi outorgado por Comissão presidida pelo Ministro do STF, Oswaldo Trigueiro, e da qual participaram, entre outros, o ex-ministro Seabra Fagundes, o jurista Miguel Reale e os mestres Washington de Barros Monteiro e Benjamin de Moraes Filho. Integrou o Conselho Diretor do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Foi vice-presidente da Associação Internacional do Direito Penal (sede em Paris) e membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Foi coautor do projeto de reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro e também da Lei de Execução Penal do Brasil (leis nº 7.209 e 7.210, de 11/07/1984), além de relator do anteprojeto da nova Lei de Imprensa. Foi nomeado secretário de Estado da Cultura (1987-1991), realizou obra de grande sensibilidade. Dinamizou e modernizou a pasta. Assumiu a cadeira nº. 3 da Academia Paranaense de Letras (1992). Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas ocupou a cadeira de nº. 23 (1998) ¹⁰.

Seus autores e obras literárias preferidas eram: Shakespeare (“*Otelo*”, “*Hamlet*”); Franz Kafka (“*O processo*”, “*A metamorfose*”, “*O castelo*”); Fiódor Dostoiévski (“*Crime e castigo*”, “*Recordações da casa dos mortos*”, “*Memórias do subsolo*”); Voltaire (“*Cândido ou o otimismo*”); Albert Camus (“*O estrangeiro*”); Gabriel Garcia Marques (“*Cem anos de solidão*”, “*O amor nos tempos da cólera*”, “*A crônica de uma morte anunciada*”); Gustave Flaubert (“*Madame Bovary*”); José de Alencar (“*Iracema*”); Eça de Queirós (“*O primo Basílio*”); José Saramago (“*O Evangelho segundo Jesus Cristo*”); Machado de Assis (“*Memórias póstumas de Braz Cubas*”); Lima Barreto (“*O homem que sabia javanês*”); Manuel Antonio de Almeida (“*Memórias de um sargento de milícias*”); Guimarães Rosa (“*Grande sertão: veredas*”); Fernando Sabino (“*Encontro marcado*”); Rubem Braga (crônicas diversas). Sua produção literária incluiu várias obras, entre elas: “*Comentários ao Código Penal*”, Volume 1, Tomos I e II, “*Atualização da obra clássica de Néelson Hungria*”, Editora GZ, 2014, 2016; “*Curso de Direito Penal – Parte Geral*”, *Revista dos Tribunais*, 3ª

¹⁰ Academia Paranaense de Letras. *Biografia*. Ernani Buchmann [ed.] Curitiba: Posigraf, 2016, p. 46.

edição em 2010 (1ª edição em 2001 e 2ª edição em 2004, ambas pela Editora Forense) ¹¹.

3 “LITERATURA PARA A JUVENTUDE”

Por iniciativa do nosso homenageado, os estagiários do escritório Professor René Dotti realizavam encontros para falar sobre literatura. A cada sessão, ele sorteava 4 exemplares de seu acervo pessoal e 2 estagiários eram escolhidos para expor, na sessão seguinte, suas impressões sobre o livro que receberam. As obras escolhidas iam de Revistas Jurídicas a Shakespeare. Além disso, cada encontro contava com a participação de um convidado externo. Eu tive a honra de participar da sessão inaugural ocorrida em 29 de junho de 2018. Depois participaram os ilustres: Adélia Maria Woellner (escritora e poetisa); João Manuel Simões (escritor e poeta); Ernani Buchmann (Presidente da Academia Paranaense de Letras); Guido Viaro (romancista); Luiz Eduardo Gunther (desembargador do TRT-9); Eduardo Rocha Virmond (jurista); Albino de Brito Freire (jurista); Marta Moraes da Costa (escritora) e Dante Mendonça (escritor e colunista) ¹².

Sobre o projeto, assim assinalou René:

“(...) decidi criar o programa Literatura para a Juventude, que se realiza no próprio local de trabalho, às sextas-feiras, duas vezes ao mês, com a duração de duas horas. A iniciativa é simples: em cada sessão há o sorteio de quatro livros de contos, crônicas, poesias e romances. O (a) estagiário (a) premiado (a) leva o exemplar para sua casa, assumindo o compromisso de no próximo encontro fazer uma exposição de 5 (cinco) minutos sobre o texto lido. Na abertura do evento há uma exposição de autor de obras literárias para narrar a sua experiência e dialogar com os jovens. García Marques, Pablo Neruda, Fernando Sabino, Rubem Braga, Castro Alves, Agatha Christie, Adelia Wolner, Shakespeare, Vinícius de Moraes, Carlos Drummond de Andrade e muitos outros consagrados autores são

¹¹ Academia Paranaense de Letras Jurídicas. *Memórias*: edição comemorativa 20 anos. Munir Karam [coord.]. Angela dos Prazeres [org.]. Curitiba: Exclusiva, 2018, p. 110.

¹² Literatura para a Juventude. Disponível em: <https://dotti.adv.br/literatura-para-a-juventude/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

escolhidos para os sorteios. Os bons resultados obtidos com esse projeto são extraordinários, como é possível saber pela satisfação dos estudantes e pela sua presença que, embora sendo facultativa, torna-se obrigatória para cada um deles pelos momentos de prazer intelectual e formação de uma cultura bem diversa do Direito, cujas aulas constituem rotina nem sempre aproveitáveis como aprendizado para o futuro. O programa, para seu melhor rendimento, tem a colaboração eficiente das colegas Thais Guimarães, Claudia Penovich e Marli Leal¹³.”

Recebi o convite do Professor René para participar do “Literatura para a Juventude” em uma visita que lhe fiz para entregar um exemplar da Revista da Academia de Paranaense de Letras Jurídicas, para qual ele prestimosamente havia colaborado com um artigo intitulado “Por um direito penal do trabalho”. Começamos a conversar sobre os textos nela publicados, tendo ele apontado que dois deles lhe chamavam especial atenção, porquanto versavam sobre direito e literatura, sendo que um se tratava de um singelo trabalho de minha lavra¹⁴.

Daí que, tal como fazíamos em encontros anteriores em que discutíamos projetos que buscavam relacionar normas jurídicas à literatura, em especial a shakespeariana, nossa conversa cingiu-se ao direito e a literatura, com efeito, mais ao deleite proporcionado pela segunda (risos). Além das obras do Bardo de Avon, lembro que naquela oportunidade comentamos sobre Albert Camus e o “O homem revoltado”, obra cuja leitura à época havia me deixado atônita.

Uma breve pausa no diálogo entabulado. O tempo de ele me entregar um regalo. Uma edição do seu acervo pessoal de “Um homem extraordinário e outras histórias, de Anton Pavlovitch Tchekhov, acompanhada de uma gentil e afetuosa dedicatória: “Para a querida Colega Angela dos Prazeres, com profunda admiração e respeito pela sua carreira profissional. Do René Ariel Dotti, 26/06/2018.” Indagou-me se eu já o havia

¹³ Literatura para a Juventude. Disponível em: <https://dotti.adv.br/literatura-para-a-juventude/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁴ DOS PRAZERES, Angela. Direito e literatura: uma relação de complementaridade para a realização da justiça. *Revista da Academia de Paranaense de Letras Jurídicas* n.º. 4. Curitiba: Exclusiva, 2018, pp. 285-298.

lido. Ao que respondi que não. Sorriu. Disse-me que eu iria gostar. Que Tchekhov era ótimo contista. Que havia ali uma história muito boa (“Em casa”), a qual certa feita ele utilizara nas razões de uma causa importante que patrocinava. Discussão sobre tabaco e saúde pública. Finalizou vigoroso: “divirta-se; cuide bem dele”. De plano sentenciei. Tal como o protagonista de Tchekhov, Professor René era um homem extraordinário¹⁵.

De volta à nossa conversa sobre direito e literatura sobreveio o convite. Aceite exarado. Instruções delineadas. Abordar o direito em obras ficcionais. Tempo de exposição os 15 minutos que lhe eram sacrossantos. Dizia ele. Mais ou menos assim: “15 minutos é o tempo que o advogado tem para sustentar perante o tribunal e reverter o resultado da sua causa. Portanto, é tempo mais que suficiente para qualquer expositor dar conta daquilo que a plateia dele espera.”

A fim de cumprir o avençado selecionei três obras literárias: a sétima novela (“Sra. Filipa”) que integra o Decamerão, de Giovanni Boccaccio; a peça “Otelo”, de William Shakespeare; e o conto “Mineirinho”, de Clarice Lispector.

A escolha de Giovanni Boccaccio se deu em razão do encantamento que eu havia vivenciado ao realizar o minicurso “A construção dos fatos e as narrações probatórias”, em outubro de 2017, na sede do Instituto Goethe Porto Alegre, oportunidade em que o Professor Doutor Alberto Vespaziani da Università del Molise, apresentou as novelas italianas numa perspectiva jurídica.

Daí que tão logo cheguei a Curitiba tratei de adquirir os volumes 1 e 2 de o Decamerão lançados pelo Editora Nova Fronteira e passei a buscar extrair as minhas próprias impressões da obra sob as luzes do direito. Aliás, cabe aqui fazer um parênteses para registrar que, não obstante escrito entre 1348 e 1353, este livro tem se mostrado hoje deveras presente no cotidiano dos leitores.

¹⁵ Sentença transitada em julgado. Lágrimas furtivas me acompanham neste momento. Saudades acoçam. À luz das palavras de João Manuel Simões prossigo. “Essa palavra saudade, / Lembra uma doce amargura. / Porém, sentida na alma, / É sempre amarga doçura. SIMÕES, João Manuel. *Ensaios Escolhidos – segundo volume*. Seleção e Prefácio de René Ariel Dotti. Curitiba: Chain, 2017, p. 369.

Segundo a *The New York Magazine*, em março de 2020, as livrarias nova-iorquinas começaram a esgotar os estoques de um livro do século XIV – o tal *Decamarão* –, dada a identificação entre o contexto histórico em que a obra foi escrita (pandemia de peste bubônica) e o cenário imposto pelo Sars-CoV-2 (pandemia do COVID-19). Para o periódico que veicula a cultura norte-americana, os leitores têm buscado nas histórias escapistas de Giovanni Boccaccio possíveis orientações para o enfrentamento à realidade que se impôs¹⁶.

William Shakespeare não poderia ficar fora da minha seleção, posto que verdadeira carta marcada. A uma, porque se trata indelevelmente do meu escritor favorito. A duas, porque eu já havia trabalhado com a peça “*Otelo*” sob o prisma direito. E o mais importante, porque o meu futuro anfitrião havia me solicitado tal feito. Conforme já mencionado, dentre as obras do Bardo de Avon, “*Otelo*” e “*Hamlet*” eram as preferidas do Professor René.

Como costume dizer, Clarice Lispector e as irmãs Brontë (Charlotte Brontë, Emily Brontë e Anne Brontë) são as minhas garotas preferidas. A escolha de “*Mineirinho*” foi influência de um belíssimo texto do saudoso Professor e Magistrado espanhol José Calvo González, publicado na revista *ANAMORPHOSIS* v. 2, n. 1, janeiro-junho 2016¹⁷.

Chegado o dia 29 de junho de 2018. Horário: 10h30min. Local: biblioteca do 14º andar do escritório Professor René Dotti. Dado o momento de me manifestar, primeiramente apresentei escólio das obras selecionadas naquilo que interessava à proposta da minha exposição¹⁸.

“Sra. Filipa”

¹⁶ ROPER, Caitlin. *O projeto Decamerão: 29 histórias da pandemia*. 1ª ed. Trad. de Isabela Sampaio, Luisa Geisler, Rogerio W. Galindo e Simone Campos. Rio de Janeiro: Roco, 2021, vii.

¹⁷ CALVO GONZÁLEZ, José. “Sair ao outro”: Afetividade e justiça em *Mineirinho*, de Clarice Lispector. *ANAMORPHOSIS*, v. 2, n. 1, janeiro-junho 2016. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/220>.. Acesso em 08 out. 2021.

¹⁸ As edições utilizadas foram: BOCCACCIO, Giovanni. *O Decamerão – Sra. Filipa*. 2ª ed., vol. 2. Trad. de Raul de Polillo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, pp. 34-37; SHAKESPEARE, William. *Otelo*. In: *Grandes obras de Shakespeare*: volume 1, Tragédias. 1ª ed. Trad. de Barbara de Heliadora. Liana de Camargo Leão [org.]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, pp. 349-496; LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. In: *Clarice Lispector todos os contos*. 1ª ed. Benjamin Moser [org.]. Rio de Janeiro: Rocco, 2016, pp. 386-390.

Decamarão significa “as dez jornadas” e a obra de Giovanni Boccaccio é, de fato, a narração de como um grupo, constituído de sete mulheres e três homens, transcorre o tempo, entre outras coisas, contando histórias durante os dias terríveis da peste de 1348. Os dez jovens decidem entrar em quarentena longe de Florença empregando as dez jornadas. Na sexta jornada está localizada a sétima novela que narra a história de Filipa, uma bela mulher que é encontrada, pelo seu marido, em companhia de um seu amante; chamada em juízo, apresenta sua tese de defesa a qual é acolhida pelo podestade.

Sra. Filipa violou o código da cidade de Prato, o qual não era menos lamentável do que rigoroso; sem estabelecer distinção alguma, determinava que fosse queimada a mulher apanhada, pelo marido, em ato de adultério. Valendo-se do referido código e de uma testemunha ocular, Rinaldo, marido da Sra. Filipa, apresentou a acusação. Intimada, a Sra. Filipa compareceu em juízo.

Dos termos da acusação lida pelo podestade:

“Senhora, como se vê, aqui está Rinaldo, seu marido; queixa-se ele da senhora; afirma que a encontrou com outro homem, em ato de adultério; e, por isto, pede e quer que eu, de acordo com o código que existe, a puna, faça-a morrer; contudo, não posso fazê-lo sem a sua confissão.”

Do depoimento pessoal da acusada:

“Senhor, é verdade que Rinaldo é meu marido e que ele na noite passada, me encontrou nos braços de Lazarinho, devido ao grande e perfeito amor que nutro para com ele; nunca eu negaria tal fato. Contudo, como estou certa de que o senhor sabe, as leis devem ser comuns, aplicáveis a todos, e feitas com o consentimento daqueles aos quais devem ser aplicadas. Ora: nada disso acontece com a lei à qual o senhor se refere. Não somente mulher alguma lhe deu o consentimento quando essa lei se fez, mas também nenhuma foi sequer chamada a se manifestar. Por todas estas razões, pode-se dizer que se trata de uma lei má. (...) se ele sempre recebeu e tomou de mim aquilo de que teve necessidade e de que foi de seu agrado, que é que eu devo fazer com aquilo que lhe sobra? (...) não é muito melhor servir a um gentil-homem, que a gente ama,

do que permitir que se perca aquela sobra ou mesmo deixe que se deteriore?”

No recinto para exame e julgamento da Sra. Filipa, praticamente todos os pratenses se encontravam, e, ao cabo do depoimento desta, quase que a uma só voz, gritaram que ela tinha razão. Daí que o podestade convocou-os todos e, em seguida, eles modificaram o código cruel.

“Otelo”

Segunda das “quatro grandes” tragédias shakespearianas, Otelo data de 1603-1604. Na peça também há uma acusação de adultério que recai sobre uma das personagens – Desdêmona.

Após ser convencido por Iago, o alferes, Otelo, o protagonista e marido da bela jovem veneziana, nossa acusada, apresenta o Libelo:

“Mas foi feita essa página, ou esse livro,
Para se escrever “puta”?... Que cometeu?
Que cometeu! Prostituta de todos!
As minhas faces virariam forjas
Nas quais em cinzas fazem-se os pudores,
Falando de seus atos. Cometeu!
O céu torce o nariz, a lua pisca,
O vento, cáften que beija o que encontra,
Pra não ouvi-los... O que cometeu?
Putá vil...”

No entanto, a situação de Desdêmona não é a mesma da Sra. Filipa, tampouco será o seu destino. Desdêmona não cometeu adultério com Cassio, tal como piamente acredita o seu marido. Não terá direito a um julgamento no qual possa exercer a defesa e o contraditório. Não haverá juízo da causa.

Otelo, diferentemente de Rinaldo, marido da Sra. Filipa, arroga para si o papel de acusador, juiz e executor aplicando à sentenciada pena capital.

“É a causa, sim, minh’alma,
Não a nomeio ante as castas estrelas:
É a causa; mas sangue não derramo,
Nem mancho sua pele, alva de neve
E lisa como a glória do alabastro;
Porém tem de morrer, senão trai outros.
Apago a luz e, então, apago a luz:
Se a ti eu sufocar, oh flama ardente,
Posso de novo restaurar-te a luz,
Se me arrependo; mas, se a você apago,
Molde sagaz na natureza excelsa,
Desconheço calor de Prometeu
Que a reacendesse: já colhida,
Não posso dar à rosa força viva;
Tem de secar; vou cheirá-la no galho.
Hálito quente assim quase convence
A justiça a trair-se uma vez mais:
Se ficar assim morta, vou matá-la,
E amá-la depois: mais uma, a última,
E o doce mais fatal: agora choro,
Mas é pranto cruel, dor celestial
Que golpeia o que ama...
Sim, e dentro em pouco:
Confesse então os seus pecados todos,
Pois nem jura que negue cada um deles
Pode abalar a forte convicção
Por que eu gemo tanto; vai morrer!”

Desdêmona morre pelas mãos do marido, vítima de feminicídio.
Otelo ao tomar ciência da falsa acusação apunhala-se.

“Mineirinho”

Esse conto de Clarice Lispector é de 1962. Originalmente publicado na revista *Senhor*, com o título de “Um grama de *radium* – Mineirinho”, escrito a propósito da execução, durante uma ação policial, de um conhecido criminoso homônimo que atuava na cidade do Rio de Janeiro.

Considerando a temática abordada em “Mineirinho”, importante destacar que, como jovem estudante de Direito, Clarice publicou n’A *Época* – revista estudantil de sua Faculdade, a UFRJ –, acanhado estudo de direito penal intitulado “Observações sobre o fundamento do direito de punir”. Nele, sustentou a tese de que “não há direito de punir. Há apenas poder de punir¹⁹”.

Voltando a *Mineirinho*, vejamos alguns excertos do conto:

“Sentir-se dividido na própria perplexidade diante de não poder esquecer que *Mineirinho* era perigoso e já matara demais; e no entanto nós o que queríamos vivo.”

“Essa justiça que vela meu sono, eu a repudio, humilhada por precisar dela”.

“Eu não quero essa casa. Quero uma justiça que tivesse dado chance a uma coisa pura e cheia de desamparo e *Mineirinho* – essa coisa que move montanhas e é a mesma que o faz gostar ‘feito doido’ de uma mulher, e a mesma que o levou a passar por porta tão estreita que dilacera a nudez –; é uma coisa que em nós é tão intensa e límpida como uma grama perigosa de *radium*, essa coisa é um grão de vida que se for pisado se transforma em grão ameaçador; (...). Já era tempo de, com ironia ou não, sermos mais divinos; se adivinhamos o que seria a bondade de Deus é porque adivinhamos em nós a bondade, aquela que vê o homem antes de ele ser um doente criminoso.”

“(...) que viesse uma justiça prévia que se lembrasse que nossa grande luta é do medo, e que um homem que mata muito é porque teve medo. Sobretudo uma justiça que olhasse a si própria, e que visse que nós todos, lama viva, somos escuros, e por isso nem a maldade de um homem pode ser entregue à maldade de outro homem:

¹⁹ LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o fundamento do Direito de Punir. *A Época*: Órgão oficial do corpo discente da Faculdade Nacional de Direito. Ano XXXIV, nº 2. Rio de Janeiro: 1941.

para que esse possa cometer livre e aprovadamente um crime de fuzilamento. Uma justiça que não esqueça que todos nós somos perigosos, e que na hora que o justiceiro mata, ele não está mais protegendo nem querendo eliminar o criminoso. Ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado. Na hora de matar um criminoso – nesse instante está sendo morto um inocente.”

Mineirinho, criminoso perigoso, foi morto pelas mãos da polícia. Recebeu em seu corpo treze tiros de metralhadora.

Apresentados os núcleos que considerava centrais nas três histórias escolhidas, lancei aos nobres que me ouviam, as minhas impressões e as discussões jurídicas que, a meu ver, poderiam ser extraídas de “Sra. Filipa”, “Otelo” e “Mineirinho”.

No primeiro caso, o vanguardismo de Giovanni Boccaccio ao tratar em 1348 o tema da igualdade de direitos entre homens e mulheres, reconhecendo a liberdade sexual das mulheres e a tirania da lei que pregava o contrário. Somente 620 anos depois foi recepcionado na Itália pela jurisprudência constitucional o entendimento de ser injusta a punibilidade apenas do adultério feminino²⁰. Sem falar que, no Brasil, somente em 2005, o dispositivo do Código penal que previa o crime de adultério foi revogado. No mais, que a novela escapista poderia nos fazer refletir sobre a legitimidade do ordenamento jurídico como corolário da participação popular no processo de elaboração das leis.

Já em Otelo, que ainda vivenciamos triste retrato social que aponta resquícios de uma visão de mundo que vê no adultério feminino falta irreparável, restando àquele que sente ofendido “lavar a honra” com o sangue da adúltera, e que, inobstante a lei inadmitir ignóbil “solução”, o quão isso ainda é problemático no plenário do júri.

E, em Mineirinho, a denúncia da violência praticada pelo Estado em operações policiais. A estigmatização de sujeitos como Mineirinho em inimigos e daí o conforto de parte da sociedade em negar-lhes uma jus-

²⁰ VESPAZIANI, Alberto. “Alguma força com aparência de razão”: direito, juristas e poder constituinte em Decameron. *ANAMORPHOSIS*, v. 3, n. 2, julho-dezembro 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/407>. Novo acesso em: 21 de Ago. de 2021.

tiça calcada em garantias. A importância de um sistema de justiça que aplique um direito penal que leve em conta os fundamentos da prevenção especial positiva.

Finalizada minha exposição. Pôs-se a falar o maestro.

Professor René nos fez lembrar o caso de Ângela Diz, apontando aquilo que mais tarde consignaria em seu livro “Casos Criminais Célebres” (4ª edição revista, atualizada e ampliada). “*O uxoricídio, sob a capa da honra ultrajada pelo adultério, é um anacronismo que não mais se sustenta na sociedade moderna, com igualdade de direitos entre homem e mulher e as soluções humanas e sociais conduzidas pelo Direito Civil, com a separação judicial e o divórcio que podem abrir corações e portas para a felicidade a dois*”²¹.

Disse-nos que é invencível no homem a necessidade de ouvir e contar histórias. Daí o poder e o encanto da literatura, do teatro. Com seu tom professoral nos explicou a importância da literatura, de modo que com ele compreendemos que as narrativas ficcionais têm a capacidade de provocar o riso ou sorriso do leitor, comovê-lo ou fazê-lo estremecer diante da infinita variedade de fatos humanos, dos inexauríveis aspectos da natureza humana.

Referindo-se às tragédias e às histórias de Sra. Filipa, Desdêmona e Mineirinho assinalou o poder arrebatador destas, uma vez que despertam em nós o que há de mais humano, segundo julgava. Permitiu-nos entender que não há humanidade maior do que a gente ter compaixão pelos aflitos. E que poderíamos fazer isso para além do espaço ficcional. Como atores do sistema de justiça sempre haveríamos de lembrar que um processo judicial não se trata da mera prática de atos formais, observância à burocracia. Que um feito *sub judice* comporta uma causa humana que requer uma solução justa.

Retomando as histórias expostas, Professor René nos fez perceber o quanto ficamos sensibilizados com o trágico destino das duas últimas personagens e alegres com o êxito da primeira ao se desvencilhar da aplicação de uma lei injusta, residindo aí, importante contribuição da literatura àquele que maneja o direito – o alargamento da sensibilidade, da percepção da realidade humana e do senso de justiça.

²¹ DOTTI, René Ariel. Doca street: o preço do machismo. In: *Casos Criminais Célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 400. (Grifos meus).

Assim, ao cabo da maravilhosa experiência que foi a minha participação no “Literatura para Juventude”, recordei da provocação do saudoso Professor Dino Del Pino. “Em que medida obras de ficção podem ser úteis para um sistema do saber como o do direito, cujos laços de compromisso estreitam a realidade, já que se dedica a prover ao equilíbrio das relações e à resolução de conflitos sociais, seja a posteriori, seja aprioristicamente?²²”. Sentenciei em seguida.

Em primeiro lugar, tal como advertiu Kathrin Holzermayr Rosenfield,²³ o navegar do direito pelas águas da literatura não é, por certo, um “avalizar de clichês”, não se presta a sustentar citação falsamente erudita. E, em segundo lugar, que o debruçar sobre obras literárias constitui um ganho para jurista, eis que lhe possibilita olhar pela perspectiva de mundos alternativos àquele tradicional, permitindo-lhe, assim, experimentar a complexidade da vida mediante a participação nas escolhas, decisões e submissões de personagens.

Nesse diapasão, se manifestou Raquel Barradas de Freitas. Segundo a Professora da Universidade da União Europeia, a literatura exsurge como um veículo de criatividade no direito, na medida em que possibilita ao operador do direito alargar a sensibilidade, os horizontes referenciais, afinar a percepção, melhor compreender a realidade, a sociedade, os indivíduos e seus comportamentos²⁴. Outrossim, Arianna Sansone²⁵ ao assinalar que a análise de questões jurídicas retratadas no âmbito de obras de ficção responde à pergunta acerca da capacidade de a literatura contar – com particular inquietação – os valores do direito, posto que permite ao leitor refletir sobre as questões humanas, sociais e existenciais – vida e morte, paz e guerra, igualdade e justiça.

²² DEL PINO, Dino. Prefácio. In: *Direito e literatura: reflexões teóricas*. André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto [orgs.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²³ ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. Os sentidos da literatura para o direito: o exemplo de Édipo Rei. In: *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. Judith Martins Costa [coord.]. Rio de Janeiro: GZ, 2013, pp. 35-51.

²⁴ FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1990, pp. 22-23.

²⁵ SANSONE, Arianna. *Diritto e letteratura: un' introduzione generale*. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 141-142.

Assim sendo, força convir que, junto às lições dogmáticas, o saudoso Professor René Ariel Dotti, lançando mão do seu caudaloso conhecimento literário e empregando imensa generosidade, consubstanciada no ato de ensinar, ouvir – interessar-se genuinamente pelo outro, pelos outros –, proporcionou que naquela manhã de 29 de junho de 2018 – que na alma sentida sempre será amarga doce lembrança – percebêssemos que o direito não é um aparato que tem valor em si mesmo, mas um elemento da vida humana.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO

O privilégio de vivenciar algumas experiências com ao augusto homenageado, tal como a que se deu no projeto “Literatura para Juventude”, me permitiu alcançar valiosas lições: no direito e na literatura o homem é centro de todas as coisas; o aperfeiçoamento do direito e do sistema de justiça requer diálogo inteligente e interessado, afinal, as advertências de Fausto a Vagner bem cabem ao dito operador do direito – o orador na arenga não apraz, pelo que deve procurar o seu leal e bom proveito, não ser um parvo de sons ocós²⁶ –; um amigo preciso e dedicado é o livro; por um trabalho alheio somos conduzidos até as mais belas ideias.

Professor René Ariel Dotti nos deixou fisicamente em 11 de fevereiro de 2021. Porém, isto não foi de modo algum um epílogo, um ponto final, crepúsculo, pois, consoante as suas próprias palavras lançadas em homenagem a Evandro Lins e Silva “*les temp passe, lês souvenirs restant*”²⁷. E as memórias, conforme consignou Sêneca²⁸, “*constituem a parte sagrada e intocável do nosso tempo, posta acima de todos os reveses humanos, subtraída ao reino da Fortuna, e que nem a penúria, nem o medo podem atingir.*”

²⁶ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto: uma tragédia – primeira parte*. 4ª ed. bilíngue. Trad. de Jenny Klabin Segal. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 77.

²⁷ DOTTI, René Ariel. O pensamento vivo de Evandro Lins e Silva. In: *Casos Criminais Célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 475. (Grifos meus).

²⁸ SÊNECA. *Sobre a brevidade da vida. Sobre a firmeza do sábio*. 1ª ed. Trad. de José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017, p. 21. (Grifos meus).

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. *Máximas, pensamentos e ditos agudos*. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

Academia Paranaense de Letras Jurídicas. *Memórias*: edição comemorativa 20 anos. Munir Karam [coord.]. Angela dos Prazeres [org.]. Curitiba: Exclusiva, 2018.

Academia Paranaense de Letras. *Biografia*. Ernani Buchmann [ed.] Curitiba: Posigraf, 2016.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Biografia do homenageado. O escudeiro da liberdade. In: *Notáveis do direito penal*: livro em homenagem ao emérito Professor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex. 2006.

BOCCACCIO, Giovanni. *O Decamerão – Sra. Filipa*. 2ª ed., vol. 2. Trad. Raul de Polillo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

CALVO GONZÁLEZ, José. 'Sair ao outro': Afetividade e justiça em Mineirinho, de Clarice Lispector. *ANAMORPHOSIS*, v. 2, n. 1, janeiro-junho 2016. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/220>. Acesso em: 08 out. 2021.

DEL PINO, Dino. Prefácio. In: *Direito e literatura*: reflexões teóricas. André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto [orgs.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DOS PRAZERES, Angela. Direito e literatura: uma relação de complementaridade para a realização da justiça. *Revista da Academia de Paranaense de Letras Jurídicas* n.º. 4. Curitiba, Exclusiva, 2018.

DOTTI, René Ariel. Doca street: o preço do machismo. In: *Casos Criminais Célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DOTTI, René Ariel. O pensamento vivo de Evandro Lins e Silva. In: *Casos Criminais Célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, linguagem e literatura*: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1990.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*: uma tragédia – primeira parte. 4ª ed. bilíngue. Trad. de Jenny Klabin Segal. São Paulo: Editora 34, 2016.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*: uma tragédia – segunda parte. 1ª ed. Tradução de Jenny Klabin Segal. São Paulo: Editora 34, 2011.

LEMINSKI, Paulo. *Vida: Cruz e Sousa, Bashô, Jesus e Trótski – 4 Biografias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: *Clarice Lispector todos os contos*. 1ª ed. Benjamin Moser [org.]. Rio de Janeiro: Rocco, 2016.

LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o fundamento do Direito de Punir. *A Época: Órgão oficial do corpo discente da Faculdade Nacional de Direito*. Ano XXXIV, nº 2. Rio de Janeiro: 1941.

Literatura para a Juventude. Disponível em: <https://dotti.adv.br/literatura-para-a-juventude/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

ROPER, Caitlin. *O projeto Decamerão: 29 histórias da pandemia*. 1ª ed. Trad. de Isabela Sampaio, Luisa Geisler, Rogerio W. Galindo e Simone Campos. Rio de Janeiro: Roco, 2021.

ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. Os sentidos da literatura para o direito: o exemplo de Édipo Rei. In: *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. Judith Martins Costa [coord.]. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SANSONE, Arianna. *Diritto e letteratura: un' introduzione generale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SÊNECA. *Sobre a brevidade da vida. Sobre a firmeza do sábio*. 1ª ed. Trad. de José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

SIMÕES, João Manuel. *Ensaios Escolhidos – segundo volume*. Seleção e Prefácio de René Ariel Dotti. Curitiba: Chain, 2017.

SHAKESPEARE, William. Otelo. In: *Grandes obras de Shakespeare: volume 1, Tragédias*. 1ª ed. Trad. de Barbara de Heliodora. Liana de Camargo Leão [org.]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

VESPAZIANI, Alberto. Alguma força com aparência de razão: direito, juristas e poder constituinte em Decameron. *ANAMORPHOSIS*, v. 3, n. 2, julho-dezembro 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/407>. Novo acesso em: 21 de Ago. de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: *Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor René Ariel Dotti*. Brasília: Editora Consulex. 2006.



RENÉ DOTTI, O REGIME MILITAR E A DEFESA DAS MINORIAS PARLAMENTARES: O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34/71

FRANCISCO ZARDO¹



RESUMO

O presente artigo, publicado em homenagem à obra do Professor René Ariel Dotti, narra a história do Mandado de Segurança nº 34/71, pelo qual Deputados Estaduais de oposição ao Regime Militar obtiveram a suspensão da vigência da Emenda Constitucional nº 3, que havia reformado a Constituição do Estado do Paraná durante o Governo de Haroldo Leon Peres.

Palavras-chave: Regime Militar; Emenda Constitucional; Mandado de Segurança; Direitos das minorias parlamentares.

SUMÁRIO

1. Nossa última conversa. **2.** A Emenda Constitucional nº 3. **3.** O Mandado de Segurança nº 34/71. **4.** O julgamento no Plenário do Tribunal de Justiça. **5.** A renúncia de Haroldo Leon Peres. **6.** O convívio com o Professor René: mentor, amigo e exemplo. **7.** O diálogo continua. Referências.

¹ Bacharel e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador de Direito Público da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Sócio e Coordenador do núcleo de Direito Administrativo da Dotti Advogados.

1 NOSSA ÚLTIMA CONVERSA

Na manhã do dia 31 de janeiro de 2021, eu pesquisava no Arquivo Nacional a relação de passageiros do navio que, em 1895, trouxe de Gênova para o Rio de Janeiro o meu trisavô, Francesco Zardo, aos 22 anos de idade, em busca de um novo mundo e de dias melhores. A procura pelo sobrenome levou-me a um discurso proferido, em 1976, na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, pelo meu tio-avô, Deputado Estadual Lino Zardo (MDB), sobre privilégios de ministros do governo Ernesto Geisel (1974-1979).

Decidi, então, pesquisar o nome de René Ariel Dotti para ver se encontrava algum registro sobre sua notória atuação em defesa dos adversários do Regime Militar (1964-1985). Para minha grata surpresa, encontrei os registros do Serviço Nacional de Informações (SNI) a seu respeito.

Imediatamente, enviei-o, por e-mail, ao Professor René. Era domingo. Ele me ligou no mesmo dia, entusiasmado com a descoberta. Foi nossa última conversa.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3

Um dos registros era sobre a atuação do Professor René no Tribunal de Justiça do Paraná, em 1971, contra a reforma da Constituição Estadual realizada durante o Governo de Haroldo Leon Peres.

Em 24 de janeiro de 1967, fora promulgada pelo Congresso Nacional a Constituição que substituíra a Carta de 1946. O seu artigo 188 previa que os Estados reformariam as suas Constituições para adaptá-las à nova Constituição Federal.

Para tanto, o então Governador do Estado, Paulo Pimentel, formou uma Comissão de Estudo da Reformulação Constitucional do Estado, composta pelos Professores Catedráticos José Munhoz de Mello (Direito Constitucional), Ary Florêncio Guimarães (Processo Civil) e Altino Portugal Soares Pereira (Direito Civil).

O texto, que recebera contribuição dos órgãos oficiais, de entidades de classe, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas, foi aprovado

pela unanimidade dos Deputados Estaduais, unindo Arena e MDB, dando ensejo à Constituição Estadual, de 8 de maio de 1967.

No entanto, em 17 de outubro de 1969, foi editada pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica a Emenda Constitucional nº 1º, que conferiu nova redação à Constituição Federal de 1967.

Diante disso, fez-se necessária a revisão da Constituição do Estado do Paraná, mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 2, em 28 de fevereiro de 1970, também aprovada por unanimidade pelos legisladores estaduais.

Em 15 de março de 1971, o Deputado Federal da Arena, Haroldo Leon Peres, nascido no Rio de Janeiro e radicado em Maringá, tornou-se Governador do Paraná por indicação do Presidente Emílio Garrastazu Médici.

Já no mês seguinte à sua posse, Leon Peres encaminhou à Assembleia Legislativa nova proposta de reforma da Constituição Estadual, a pretexto de sua adaptação à Constituição Federal de 1969, o que redundou na promulgação da Emenda Constitucional nº 3, de 29 de maio de 1971.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34/71

Um grupo de parlamentares do MDB, opositores ao Regime Militar, procurou o Professor René para a impetração de mandado de segurança contra o Ato da Mesa Executiva da Assembleia Legislativa que promulgou a Emenda Constitucional nº 3. O fundamento da impetração era a inobservância do devido processo legislativo, em especial o direito de participação das minorias parlamentares.

Figuraram como impetrantes do Mandado de Segurança nº 34/71, os Deputados Estaduais José Muggiati Filho, Nivaldo Kruger, Domício Scaramella, Nelson Bufara, Álvaro Dias, Maurício Fruet, Antonio Casemiro Belinati e Sebastião Rodrigues Junior.

A petição inicial do *writ* impetrado por René Dotti, no dia 1º de junho de 1971, perante o Tribunal de Justiça do Paraná registra que a reforma da Constituição Estadual foi precedida de alteração do Regimento Interno da Assembleia Legislativa, com redução do prazo de discussão e

votação de Emenda Constitucional e do número de membros da Comissão Especial, de 13 para 5. Desde a leitura da Mensagem do Governador pela Mesa da Assembleia até a promulgação do novo texto da Constituição Estadual, num sábado de manhã, foram apenas 17 dias.

De acordo com a inicial, ao longo do processo legislativo

feriu-se direito líquido e certo dos impetrantes, 1º) ao lhes ser cortado o prazo de vistas do Projeto, que é de três dias (...); 2º) ao lhes ser anunciada a inclusão da Mensagem na Ordem do Dia sem observância do prazo mínimo de 24,00 horas; 3º) ao lhes ser tolhida a votação das emendas (...); 4º) ao convocar-se sessão da Comissão Especial para a data de 27.5, quando o Projeto estava sob o poder da Mesa e não havia passado pela segunda discussão (...); 5º) na sessão extraordinária do dia 28, ao lhes ser negado prazo para encaminhamento da votação do requerimento de encerramento da discussão (...).

E prossegue: *“Esmagados sob o peso de um ‘rolo compressor’, pois é assim que ela própria, a Bancada radical do Governo, se denomina, viram-se os legisladores esbulhados em seus direitos (...)”*.

O pedido formulado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi que se suspendesse

liminarmente o Ato que promulgou a Emenda Constitucional nº 3 à Constituição do Estado do Paraná, no dia 29 de maio de 1971, praticado pela Comissão Executiva da Assembleia Legislativa Estadual, sustando-se a sua publicação e, se já o foi, suspenda-se a sua vigência, por ferir direito líquido e certo dos Impetrantes, im pedidos como se viu, através dos atos ilegais que enumeraram, de participarem de sua elaboração legislativa, conforme lhes assegura a Constituição Estadual (...).

Em 04 de junho, o relator, Desembargador Henrique Nogueira Dormund, concedeu a liminar:

Suspendo, em consequência, a vigência do Ato que promulgou a Emenda Constitucional nº 3 à Constituição do Estado do Paraná, no dia 29 de maio de 1971, praticado pela Comissão Executiva da Assembleia Legislativa Estadual, face a relevância do fundamento invocado e da irreparabilidade do direito atingido, procedimento que se justifica face à alegada ilegalidade do ato e também ao denunciado abuso de poder.

Contra esta decisão, o Consultor Geral do Estado requereu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a Suspensão da Segurança, autuada sob o nº 95, alegando que a liminar concedida *“representa fator de pernicioso instabilidade social, debilitando a ordem pública e a segurança do povo, pois os cidadãos nem sequer sabem qual a Constituição que vige e quais as garantias de que dispõem”*.

Na resposta ao pedido, o Professor René demonstrou que *“a emenda (de autoria incerta e elaboração clandestina) evidenciava a tentativa de hipertrofiar o Executivo em reiteradas ofensas à Constituição Federal de 1969 e à Constituição Estadual de 1970”*.

O jornal *Gazeta do Povo*, de 10 de junho de 1971, noticiou a ida do Governador Leon Peres a Brasília:

Em Brasília, onde se encontra desde terça-feira, o governador Haroldo Leon Peres manteve longa entrevista com o Ministro Alfredo Buzaid, da Justiça. O governador, que levou à capital o secretário do Interior e Justiça, Ruy Ferraz de Carvalho, estava acompanhado, na visita ao Ministério, pelos senadores Mattos Leão e Ney Braga. Obviamente, a conversação mantida com o professor Alfredo Buzaid versou sobre o problema da reforma da Constituição do Paraná. Falando à noite, pelo Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, o sr. Leon Peres referiu que seu Governo vai participar do feito judicial originado com o mandado de segurança impetrado pelo MDB e recorrerá contra a liminar concedida no Tribunal de Justiça do Paraná.

Dias depois, em 15 de junho de 1971, o Ministro Aliomar Baleeiro, Presidente do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a liminar,

considerando que, no caso concreto, - paralisação de diploma constitucional, de plano, por simples despacho de concessão de liminar, - ocorre as circunstâncias do art. 275 – do R. I., com risco de lesão grave à ordem e à segurança pública, além de comoção política de consequências ilimitadas, talvez nacionais por propagação local, sem que isso fosse contrabalançado pelos possíveis males da execução da Emenda Paranaense n. 3.²

4 O JULGAMENTO NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 15 de outubro de 1971, o Plenário do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, concedeu a segurança,

para o fim de serem devolvidos aos impetrantes todos os prazos a contar da inclusão na Ordem do dia, em 25 de maio de 1971, da Proposta de Emenda da Constituição, para que se renove o ato, nos estritos termos do art. 29 da Constituição do Estado do Paraná e, a partir daí, com integral renovação de toda a elaboração legislativa e plena observância dos preceitos regimentais e constitucionais, até final promulgação”. “Em consequência, restaura-se a vigência, no Estado do Paraná, do texto da Emenda Constitucional nº 2, promulgada pela Assembleia Legislativa, em data de 28 de fevereiro de 1970, até que a referida Emenda Constitucional nº 2, seja alterada ou modificada pelos meios próprios.³

De acordo com o voto do Relator, Henrique Dorfmund,

É absolutamente impossível pretender-se que se respeite a lei quando se negue o direito às minorias de contribuírem para a sua elaboração”. “O fato da maioria não necessitar dos votos da minoria para lograr sucesso em todas as suas iniciativas não significa possa ela, só por isso, violentar normas constitucionais e regimentais para abreviar a consumação de atos do seu interesse. A minoria, face à

² STF, SS nº 95, rel. Min. Aliomar Balleiro, J. 15/06/1971.

³ TJPR, Pleno, MS nº 34/71, rel. Des. Henrique Dorfmund, J. 15/10/1971.

lei, está colocada em pé de igualdade com ela e todos têm a obrigação indeclinável de se subordinarem às normas que se impuseram através de Regimento e às que lhes impôs a Constituição.

A imagem abaixo retrata a participação do Professor René neste julgamento, aos 36 anos de idade:



5 A RENÚNCIA DE HAROLDO LEON PERES

Um mês após este julgamento, em 23 de novembro de 1971, o Governador Haroldo Leon Peres renunciou ao cargo, encerrando seu breve mandato de apenas 8 meses.

Segundo o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (FGV CPDOC), o Mandado de Segurança nº 34/71 foi um dos fatores que contribuíram para a sua queda, além de denúncias de corrupção que transcendem o objeto da presente análise:

Apenas algumas semanas após ter tomado posse, porém, envolveu-se em atritos com a Assembleia Legislativa e com o Tribunal de Justiça, tendo recorrido por duas vezes ao Supremo Tribunal Federal (STF), inicialmente para sustar o decreto do Tribunal de Justiça que aumentava os vencimentos da magistratura e, depois, para garantir a realização de reformas na Constituição do estado que haviam sido anuladas pelo Tribunal de Justiça. Na ocasião ordenou que a polícia invadisse redações de jornais e estúdios de televisão — alguns dos quais de propriedade do ex-governador Paulo Pimentel — que criticavam sua atuação no governo do estado.⁴

6 O CONVÍVIO COM O PROFESSOR RENÉ: MENTOR, AMIGO E EXEMPLO

Foram diversas as razões que me levaram a escolher este tema para homenagear a obra de René Dotti como advogado, professor e jurista.

Primeiro, pelo orgulho com que ele contava os detalhes deste caso, quase quarenta anos depois, sempre ressaltando a sua grande importância naquele momento histórico. Afinal, por meio do mandado de segurança por ele impetrado fora suspensa a vigência da Constituição do Estado! Estou certo de que ele ficaria feliz com o registro desta atuação em obra que se propõe a resgatar e homenagear a sua trajetória. Especialmente, porque organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que ele tanto amava.

⁴ CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV CPDOC). *Verbetes biográfico. Haroldo Leon Peres*. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/peres-haroldo-leon>. Acesso em: 08 set. 2021.

A segunda razão é porque, embora tenha se consagrado como professor de Direito Penal e como advogado criminalista, o Professor René era um profundo conhecedor do Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral, Ambiental e Processual Civil, tendo advogado com plenitude também nestas áreas. Pude testemunhar isso na atuação conjunta em centenas de processos, ao longo de 18 anos de convívio quase diário, de onde recebi preciosas lições de estratégia jurídica, de relacionamento com o cliente, de Direito, de Ética, de solidariedade humana, de respeito às autoridades, de amor à profissão, de dedicação aos estudos – predicaos que ele possuía e transmitia.

A terceira razão é porque a impetração do mandado de segurança nº 34/71 é mais um exemplo do seu talento, da sua coragem, da sua luta contra o Regime Militar e da defesa dos seus opositores e de como, na sua atividade privada de advogado, o Professor René, com frequência, prestava serviço público. Aos 36 anos de idade – portanto, ainda jovem – fora-lhe confiada por parlamentares estaduais causa de enorme repercussão institucional, desafio que ele aceitou e enfrentou, com êxito. Como consignou nos *memoriais* do caso,

A iniciativa dos impetrantes não pode ser degradada para se lhe emprestar conotações de atividade partidária rebelde, devendo ser compreendida no plano elevado da relação jurídica, em homenagem ao Estado de Direito que realiza a Justiça com independência e serenidade como corolário da harmonia imprescindível entre seus Poderes.

A relevância do seu legado para a nossa cidade e para o Estado do Paraná foi bem ilustrada por Nilo Batista, quando o Professor René recebeu da Câmara de Vereadores o título de Vulto Emérito de Curitiba, em 2004:

Bem, só Curitiba poderia ter-nos dado René Dotti. Só Curitiba teria este advogado com dramaturgia nas veias, este jurista que se decanta escritor, este cosmopolita homem de sua terra querida. Quando, daqui a muito tempo, os historiadores olharem para esta cidade neste período, entre tantos outros personagens que não cabe ora convocar, estará, talvez entre as tensões surpreendentes dos contos

de Dalton Trevisan e a poesia concisa e completa de Paulo Leminski, a advocacia libertária e o magistério frutuoso de René Dotti.

7. O DIÁLOGO CONTINUA

No dia 16 de fevereiro, recebi de D. Rosarita Dotti, sua esposa, o livro *Nêumane Entrevista: O Brasil passado a limpo em mais 35 dedos de prosa, vol. 2*, no qual o Professor René figura como um dos personagens entrevistados. Ele carinhosamente havia encomendado um exemplar para mim após nossa última conversa, mas o livro não chegou a tempo de ele me entregar pessoalmente. Recebi-o como um sinal de que nosso diálogo continua, por meio de suas entrevistas, seus livros, suas petições, seus ensinamentos, suas lembranças.

Como disse Rogéria Dotti, sua querida filha, na cerimônia de entrega da medalha Pamphilo D´Assumpção outorgada, no dia 27 de agosto, pelo Instituto dos Advogados do Paraná, o Professor René “*teve uma vida plena e foi muito feliz e desde 11 de fevereiro deste ano ele passou a viver em nós*”.

Viva René Ariel Dotti!

REFERÊNCIAS

BRASIL. STF, SS nº 95, rel. Min. Aliomar Balleiro, J. 15/06/1971.

BRASIL. TJPR, Pleno, MS nº 34/71, rel. Des. Henrique Dorfmund, J. 15/10/1971.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV CPDOC). *Verbete biográfico. Haroldo Leon Peres*. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/peres-haroldo-leon>. Acesso em: 08 set. 2021



RENÉ ARIEL DOTTI E O JULGAMENTO DE OTELO¹

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO²



SUMÁRIO

1. De como uma conversa franca resolve um mal-entendido. **2.** De como o julgamento de Oteló não era uma questão de ganhar ou perder.

1 DE COMO UMA CONVERSA FRANCA RESOLVE UM MAL-ENTENDIDO.

Não fui aluno do René. Desculpem-me pela falta de elegância, mas foi o que ele me pediu quando nos aproximamos. Sem dizer o motivo, ele foi direto ao ponto: se queremos ser amigos precisamos nos tratar como amigos, logo, você deve me chamar de René. Da minha parte, só restava referir o argumento de sempre, embora verdadeiro: aprendi em casa que

¹ Texto em homenagem à memória do estimado e saudoso amigo René Ariel Dotti, orgulho da UFPR, do Paraná e do Brasil.

² Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado). Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6532-2460>.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9618548225963480>.

o tratamento para as pessoas mais velhas e aquelas que você respeita é “senhor”. Tudo bem – disse ele – é louvável e fala muito sobre você; mas isso deve acontecer até que aquele que você nomina não lhe libere. E estou lhe liberando. Nunca mais perguntei nada, embora, seguido por pedidos de desculpas, mais duas ou três vezes lhe chamei de senhor. Mas logo me dei conta que o pedido que havia feito era movido por um desejo: René queria estar no mesmo patamar de idade que as pessoas mais jovens, o que era legítimo porque ele tinha, de fato, um pensamento jovem, não raro muito mais novo que os amigos de roda. O conhecimento, a aproximação com os estudantes, essas coisas todas, em realidade deslocam a idade; e enchem de vida uma pessoa que, como ele, queria e vivia o seu tempo. Desdizia a conhecida frase de Pedro Nava que dizia algo como: a experiência é um farol voltado para trás.

Como disse, René não foi meu professor. Meu professor de Direito Penal na graduação foi Luiz Chemim Guimarães, um notável mestre que foi estudar com Pietro Nuvolone em Milão mas, depois, pelo caminhos do destino, não se dedicou à carreira acadêmica como o fez com a carreira institucional e política (ele foi Procurador-geral de Justiça e Secretário da Justiça, dentre outros cargos importantes), porém, se tivesse se dedicado, sem dúvida, teria sido professor titular. Com as mudanças, no final dos anos 70, do Sistema Nacional de Pós-graduação, o sintoma de qualidade (um tanto duvidoso porque era e segue sendo o volume e não a qualidade em si) passou a ser a *produção acadêmica* e, assim, muitos dos professores não tiveram opção, justo porque – sabe-se bem – é quase impossível exercer um cargo de relevância e, ao mesmo tempo, ter produção acadêmica que demanda pesquisa e tempos longos nas bibliotecas e computadores. René, neste aspecto, foi uma exceção, porque nunca parou de produzir com qualidade, mesmo no período em que foi Secretário de Cultura, por sinal, um grande secretário, daqueles que ninguém esquece. Muito disso – arriscaria dizer – deveu-se à sua ojeriza pelos papéis da burocracia ou, melhor dizendo, pela burocracia e pela imensa quantidade de papéis que ela produz, de modo a escravizar os órgãos e agentes estatais em rotinas absurdas, quando deveriam estar fazendo outras coisas, sem dúvida, mais importantes.

Por outro lado, meu professor de Prática Penal foi Antonio Acir Breda, grande amigo e que dispensa comentários; e meu professor de Pro-

cesso Penal foi Fernando Newton Bittercourt Fowler, um tipo inteligentíssimo e que tinha – talvez porque era Procurador de Justiça e, portanto, trabalhava fazendo pareceres – um poder de síntese imenso. Fernando, no MP, era respeitadíssimo e, quem sabe, a qualidade do seu conhecimento e seu jeito peculiar de ser levou-o a se aproximar de Alcides Munhoz Netto. Eles eram muito amigos; deviam regular na idade. Formavam como que um grupo – embora ele não existisse formalmente –, ao qual se vinculava, também, Luís Alberto Machado, mais tarde Professor Titular de Direito Penal e Diretor da Faculdade; que acabou sendo meu professor de Direito Penal no Mestrado, após o falecimento de Alcides Munhoz Netto.

Fernando Fowler acabou ficando, por conta da matéria, um amigo especial, com quem eu aprendia sempre que possível em encontros na Toca do Tuca, no Clube Curitibano, antes dos meus treinos de Judô. E ele sabia muito. Logo que me formei (agosto/80) fiz concurso para o MP (outubro/80) e logo em seguida, para a PGE, na qual o concurso acabou suspenso, por conta de uma liminar em Mandado de Segurança, para só ser retomado no final de 81. Nesse intervalo, exerci minha função pública no MP, atuando da Seção de Foz do Iguaçu e, por um bom período, na comarca de Santa Helena, onde aprendi muito e talvez principalmente lendo as indicações de Fernando Fowler, dentre os quais os manuais de Franco Cordero e Jorge de Figueiredo Dias.

Pois bem. Quando volto para Curitiba, no final de 81, retomo minhas aulas na Católica (que ainda não era PUCPR), na qual eu já havia feito concurso logo que me formei. Fernando Fowler, quando soube disso, disse que aquilo era muito bom, mas que me queria na Faculdade como seu assistente; e que iria dar um jeito. Em um belo dia me chamou para nos encontrarmos na Faculdade e fui. Lá chegando, fomos direto à sala do Diretor, Alcides Munhoz Netto. Fernando, como sempre, foi direto ao ponto: disse-lhe que me queria como seu assistente. Ele sorriu (não sei se pelo Fernando ou por minha causa, sabendo da minha situação) e disse que estava tudo bem. Assim, portanto, como assistente-estagiário, comecei na Faculdade, acompanhando-o nas aulas sempre que ele estava; e dando as aulas quando ele não vinha por algum motivo. Um dia, encontramos-nos no Clube Curitibano; e tivemos uma conversa sobre isso. Ele me disse: você sabe que não vai receber nada. Eu sei – respondi – mas não importa: quero aprender e já está bom. Mas quem lhe falou do problema

esqueceu de dizer que a pessoa era eu; e que se dou a minha palavra, cumpro. Nunca irei acionar a Universidade por isso. Fernando, depois de um gole, riu. E assim fiquei quase cinco anos.

Esse foi, quiçá, o maior contato que tive com Alcides Munhoz Netto. Eu o admirava muito e li quase toda a sua obra, mas não tínhamos contato. Ainda, como eu não era professor oficial, não participava das reuniões do Departamento e, assim, sequer tinha contato com ele por longos períodos. Ademais, naquela altura, ele já deveria ter idade para se aposentar; mas o que não permitiu que tivéssemos alguma convivência foi o seu precoce falecimento, não muito tempo depois.

Toda esta história contei ao René, quando, enfim, tivemos a oportunidade de conversar e nos tornamos amigos. E relatei os fatos para que entendesse a minha impressão de que ele não havia me dado a chance de me aproximar dele porque me via como alguém ligado ao grupo do Alcides. Há de se notar que isso foi, salvo engano, em 2006, já depois do meu concurso para professor titular, portanto, tinham-se passados 25 anos. René, com a habilidade de maestro que escuta a música antes dela, afirma peremptoriamente: meu caro, você erra na premissa: nunca pensei assim e sempre soube separar as coisas e as pessoas. Se tivesse algo contra você teria demonstrado nas suas bancas, das quais participei. René era grande. De fato, ele participou das minhas mais importantes bancas como a do mestrado e a de titular, nunca deixando um traço sequer de ter por mim alguma repulsa. Ao contrário.

Por outro lado, René sabia separar as coisas e, com suas atitudes honestas, conquistou os colegas da Faculdade. Afinal, a chefia – é preciso pensar bem nisso – do Departamento de Direito Penal e Processual Penal ele dividia, pelo prazo legal, com Alcides – antes – e depois com Luís Alberto Machado. Eram os mais antigos e, portanto, tinham preferência porque, independentemente do assunto que fosse, lutavam pelo Departamento, se necessário contra a direção do Setor e mesmo a Reitoria. Eis por que o Departamento, mesmo sendo a célula administrativa por excelência, mas com menos poder, nunca foi subjugado. Os jogos do poder pareciam ser, porém, leais. Lutavam eles pelos professores e – quem sabe o mais importante – reconheciam na liberdade de cátedra a mais importante das prerrogativas. Isso não significava que

os professores tinham sempre razão, e sim aquilo que era do conhecimento geral, ou seja, de que contra eles era preciso ter prova fundada. Em suma, tinham consciência de que, mormente em uma Universidade Pública, a liberdade de cátedra é pilar fundamental, sem o qual não se tem a imprescindível mistura dos diferentes. Ora, desse modo, garantiam o bom funcionamento do Departamento; e nunca usaram do lugar que ocupavam para perseguir qualquer professor; mesmo aqueles que poderiam ter sido perseguidos.

Enfim, apesar das atividades na Faculdade, René e eu não nos aproximamos. Isso ocorreu em 2006, em Florianópolis. Convidado para um congresso da Magistratura de Santa Catarina no Costão do Santinho, fui em um voo no qual também estava o René. Encontramo-nos na chegada, no aeroporto; e ali descobrimos que tínhamos ido para falar no mesmo congresso. Havia um carro nos esperando; e haveríamos de fazer, juntos, quase uma viagem. Ao esperar o motorista que tinha ido fazer alguma coisa, contei-lhe que estava sofrendo com um altíssimo ácido úrico; e ele riu. Ah! Jacinto, eu sofria tanto com isso, mas meu médico mandou eu tomar Ziloric 300; e agora posso tomar o meu vinho. Um comprimido por dia e tudo está resolvido. E foi assim, com essa receita, que nossa conversa, antes narrada, começou, ali no carro, ambos dizendo o que devia ser dito. René estava feliz naquele dia; era visível. Só não sei se tanto quanto eu. Quando chegamos ao Costão, marcamos para jantarmos juntos com os juízes catarinenses. Sabíamos, porém, que éramos amigos de longa data.

A partir daquele dia, volta e meia conversávamos por telefone ou em eventos; e sempre foi visível o respeito que ele me dedicava, tanto quanto aquele que eu retribuía. Trabalhamos em várias causas juntos; e outras como adversários – como aquela de um famoso Ministro de Estado onde a disputa foi mais dura –, sempre, porém, dentro do *fair play*. Isso, no fundo, é o que torna alguém grande, como ele, maior. Mesmo porque os defeitos são humanos; e as qualidades são adquiridas, conquistadas e construídas, logo, em geral elas decorrem da *sublimação* – como Freud mostrou tão bem –, ali residindo o que faz um *nome*. Assim, de uma conversa/receita sobre o *Ziloric*, ganhei um amigo e, com ele, construímos uma amizade de muito respeito.

2 DE COMO O JULGAMENTO DE OTELO NÃO ERA UMA QUESTÃO DE GANHAR OU PERDER.

Certo dia, de tarde, ligou-me o René: Meu caro Jacinto, tenho um cliente para você: é negro, general, da Maurîtânia. Respondo meio sem pensar: René, se é o Otelo, não tem defesa! Risos dos dois lados. E assim ele me explicou as questões que envolviam o Julgamento de Otelo, do que tinha se passado em 1961 e por que era importante refazer o julgamento quando do cinquentenário. No final da conversa, aceitei, dizendo-lhe algo mais ou menos assim: não é propriamente como um desafio – mesmo porque a vitória é quase impossível, ainda mais que a acusação caberá ao grande Tício Lins e Silva, um gênio da palavra – mas porque você está me dando a chance de, advogando, ser um ator de verdade, algo que sempre tive vontade de fazer. Ganhar ou perder não importa!

Aquele convite tinha sido um gesto puro de amizade mas, também, de reconhecimento. René, da mesma forma que convidou o brilhante Tício Lins e Silva, grande defensor da democracia e dos presos políticos no regime militar (como René), poderia escolher um advogado de qualquer cidade do Brasil e, mesmo de Curitiba, vários outros, por certo melhores que eu. René, porém, por amizade e reconhecimento, escolheu a mim, o que me deixou muito feliz. Precisava, contudo, responder à altura; e tratei de me preparar da melhor maneira possível.

O texto de Shakespeare, Otelo, eu havia lido ainda quando estudante e, mais tarde, em atividade do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR que coordenava. Sabia, portanto, da questão penal envolvida e de como era impossível – ou quase – uma tese defensiva que pudesse ser vitoriosa, ainda mais nos nossos tempos. Para me preparar, li tudo o que foi possível, de Harold Bloom a Barbara Heliodora, mas a definição técnica, mesmo, veio com a leitura de O julgamento de Otelo (2ª edição, José Rodrigues Vieira Neto e Carlos de Araújo Lima, Curitiba: Juruá, 2004), livro sobre o julgamento que se realizara em 1961, do qual participou Paulo Autran como Otelo e ao qual a obra foi dedicada, como “O maior ator brasileiro”. No livro, que vale ser lido porque, dentre outras coisas, tem o condão de remeter a todos ao brilho do momento que se viveu, em um Teatro Guaíra em (re)construção. A acusação e a defesa são peças únicas: aquela, do inesquecível – como disse René em

texto que vai encartado no livro – José Rodrigues Vieira Netto; e essa, do famoso advogado carioca Carlos de Araújo Lima, conhecido pela defesa que fez no famoso Caso da Rua Tonelero, no qual se tentou matar, em 05.AGO.54, Carlos Lacerda e que, de certo modo, foi o começo do fim político de Getúlio Vargas.

A abertura da defesa é magnífica; e vem com uma isca, sutilmente plantada e engolida. Diz Araújo Lima: “Senhores jurados: Onde o acusado, nesta causa? Por mais que procure só vejo vítimas. Onde, neste processo, a coerência do Ministério Público? Singular este julgamento. Contraditório também. Pretendeu a Acusação, ou melhor aquele mágico da palavra, que vós, jurados, ao invés de julgar um homem, aqui viésseis para selecionar teses, teses psicológicas, teses filosóficas, interpretações subtilíssimas, em manobra cavilosa pois do libelo se acha excluído o grande acusado, Iago. Repito, aqui só vejo vítimas. Este (aponta para Otelo) é vítima. Desdêmona outra vítima. Não obstante tudo isso, por milagre de talento, Vieira Netto, na interpretação psicológica pretendeu uma unificação tática, que tudo cobrisse e possibilitasse deixar, para efeito de sanção penal, só este infelizmente homem que quando agiu já não era o mesmo, era o produto de uma manipulação infernal promovida por um celerado perfeito. Este, sim, deve ser condenado. O outro, Iago...

Vieira Netto: Iago não está sendo julgado aqui.

Araújo Lima:– Professor Vieira Netto, esse aparte é a maior demonstração de que V. Excia. sente que estou caminhando, estou indo bem...”

Sem dúvida, não se pode dizer que o júri terminou ali, embora já naquele momento alguns jurados devem ter pendido para a defesa, o que se passou com o saudoso Oto Luiz Sponholz, advogado e depois desembargador, na época estudante e jurado naquela noite histórica, conforme me confessou tempos depois.

Ali, portanto, estava selado o lugar da defesa: ataque sistemático a Iago e, juridicamente, ancorar a tese na Coação Irresistível, do art. 22, do CP, o qual determina que: “Se o fato é cometido sob coação irresistível (...), só é punível o autor da coação...”. Sobre a irresistibilidade da coação, Delmanto é cirúrgico: “A lei refere-se à coação *irresistível*, que significa insuperável. Todavia, a insuperabilidade ou não da coação deve ser aferida

em concreto (e não abstratamente), de acordo com a situação, condição e personalidade do coagido”. Enfim, a articulação da defesa estava montada, mas faltava achar o que fizesse a tese ser passível de vitória. E isso veio por uma ideia brilhante que tiveram meus sócios Ana Carolina Teixeira (hoje respeitada Defensora Pública do PR e que me acompanhou no julgamento) e Marco Antônio Lima Berberi, grande professor doutor e ex-Procurador-geral do Estado. Uma semana antes do júri, na conversa do lanche no meio da tarde, reclamava eu que a missão da defesa era quase impossível e por mais que acreditasse na tese, ela não vingaria se não fosse por algo arrebatador contra Iago, que era, a meu juízo, a encarnação shakespeariana do diabo. Pois dito e feito. Não sei donde, arranjaram uma máscara de borracha com a representação do diabo e que era muito – muito – feia. Com uma bola de isopor e um espeto, construíram o próprio cão que, passeando comigo pelo palco do Teatro Guaíra, falava, pela minha boca, as palavras que Iago disse, sempre na construção da *coação irresistível*.

Era preciso, então, para construir a tese jurídica, mesmo que respeitando a tragédia, teatralizar aquele que é o mais malvado das personagens do bardo. Isso deveria produzir riso – se houvesse plateia – mas fixaria a *coação irresistível* tão só alguém lembrasse daquela máscara horrível. Era uma estratégia; e sobre ela René não disse uma palavra sequer, embora tivesse admitido que deu certo, o que lhe respondi: o resultado não importa. O que valeu – e sempre vou lhe agradecer – foi ter podido advogar e representar, ao mesmo tempo, no Teatro Guaíra; e lotado.

Sem dúvida, o gigantesco empreendimento vingou, no dia 23.SET.2011. Estivemos todos à altura do Julgamento. A abertura feita por uma das presidentes do CAHS, Mayra Gasparoto Tonin, deu o tom acadêmico. A fala do saudoso Des. Munir Karam (que era o presidente do CAHS em 1961) lembrando o primeiro julgamento há cinquenta anos foi emocionante. Da mesma forma, a oração magnífica de René Dotti, grande articulador intelectual dos dois júris e incentivador primeiro de eventos culturais que, por certo, só engrandecem a todos. A presidência coube ao Juiz do 1º Tribunal do Júri de Curitiba, professor Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, que teve uma condução didática e compreensiva. Na representação de Otelo, com estupendos monólogos, o grande artista para-

naense Danilo Avelleda; na iluminação, o famoso e inigualável Humberto Bruel; e na direção cênica, o irrepreensível José Plínio Taques, que só não conseguiu enquadrar os advogados. Esses, porém, além de representar, tinham que advogar, o que fez com brilhantismo ímpar o estupendo Técio Lins e Silva, na acusação, também ele, como Viera Netto em 1961, um “mágico da palavra”.

Para um Teatro Guaíra lotado, o tempo parece ter passado rápido. Ao final, todos tinham o desejo de que o Julgamento de Otelo deveria se repetir, o que poderá acontecer, em 2061, se ainda houver Universidade Pública, se ainda houver o CAHS e se ainda houver gente que se preocupe com a cultura. Terão que arranjar, por certo, um novo René Dotti, o que não será fácil. Haverá de ter alguém que, como ele, saiba fazer de uma conversa sincera, um amigo, daqueles que se sela a data do aniversário com um passamento tão sentido. Onze de fevereiro nunca mais será o mesmo.



O JULGAMENTO DE OTELO: DIREITO E ARTE SOB A BATUTA DO PROFESSOR RENÉ ARIEL DOTTI

PRISCILLA PLACHA SÁ¹



“Todo escritor tem, sem dúvida nenhuma, a esperança de ser lido mais tarde, independentemente do tempo. Então, essa pretensão eu também tenho. Mas eu escrevo mais para manifestar aquilo que penso e que digo, o que tem sido um exercício muito gratificante.

É uma forma de me conhecer e aprender, inclusive com meus próprios defeitos.”

(DOTTI, René Ariel. A história do professor René Dotti. [Entrevista cedida a] José Wille. *Paraná Portal*, Curitiba, 25 maio 2017, Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/colunas/memoria-paranaense/a-historia-do-professor-rene-dotti/>. Acesso em: 27 jul. 2021.)

¹ Especialista em Direito Processual Penal pela PUCPR. Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Estágio de Pós-Doutorado, em curso, pela UniCeub. Professora Adjunta de Direito Penal da PUCPR (licenciada) e da UFPR. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Desembargadora do TJPR.

RESUMO:

O presente artigo visa a abordar a trajetória acadêmica e artística do Professor René Ariel Dotti valendo-se de sua participação em três momentos da interpretação da obra shakespeariana “Otelo, o Mouro de Veneza”, ocorridos no Paraná. A mescla entre vida e arte, ou entre arte e direito, é abordada no presente trabalho a partir do julgamento de Otelo, em torno do feminicídio, tema tão antigo quanto atual. A atuação do homenageado, com destaque para as ciências criminais (tanto na academia quanto na advocacia) e no campo do teatro, é a pedra de toque para referenciar o legado que deixa nessas duas esferas. Direito e Arte foram o enredo de cenas memoráveis, com lições perenes no mundo do direito e no das artes.

Palavras-chave: Otelo; feminicídio; julgamento.

SUMÁRIO

1. Nota introdutória. **2.** Otelo em três atos. **3.** Ensinar a arte como direito; ensinar o direito como arte. **4.** A atualidade da obra de Otelo: feminicídios íntimos por ciúme. **5.** Considerações Finais. Referências.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

A morte do Professor René Ariel Dotti é um acontecimento do campo físico. Do campo limitado no qual nós nos encontramos. Mas é de outro campo, em que somente algumas pessoas estão inscritas, que sua vida e obra sempre estarão. Permito-me, como introdução, registrar a homenagem que lhe dediquei no dia de seu passamento, em 11 de fevereiro de 2021, quando da abertura da sessão de julgamento da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná.

Na manhã do dia 11 de fevereiro de 2021, apesar do ensolarado dia, não apenas o mundo das ciências criminais ficava mais triste, como o mundo do direito e da cultura. Nos deixava com a paz a que fez jus, o Professor, Jurista e Advogado René Ariel Dotti, numa trajetória iluminada que trilhou em sua estada entre nós; uma trajetória da liberdade. Nessa manhã, seu nome ecoou aos quatro ventos, com mensagens trocadas primeiro como incredulidade e depois pelo rendimento de justas, porém insuficientes homenagens à pessoa que foi. Não sou eu quem, reconhecendo o humilde lugar que ocupa, é quem irá pretender lembrar toda a sua biografia, de cul-

tor das ciências criminais, com não apenas uma vastidão de obras jurídicas, como também na consultoria e na produção legislativa de nossa história recente, do Curso de Direito Penal a sua participação em Comissões Legislativas, temos em nossas bibliotecas um sem fim de exemplos daquilo que um grande homem das ciências criminais nos deixará. Ainda, com a generosidade que lhe era peculiar, recebi ao fim do ano de 2020, a edição atualizada dessa obra referenciada, com sua assinatura. Também não seria eu, quem iria lembrar de sua enorme contribuição como ser humano de elevada cultura humanística, ocupando cargos na pasta da cultura; um incentivador de seus milhares de discípulos, nos saraus literários que cuidava de promover aos estagiários, como apreciador de escritos, crônicas, poemas e obras, até o mais recente blog que mantinha pois muito apreciador também das novas tecnologias.

O Professor René Ariel Dotti foi o primeiro nome que conheci nas ciências criminais, porque, tínhamos uma querida e também saudosa contraparente comum. Mas só tive a oportunidade de conhecê-lo pessoalmente anos depois, e com a humildade que lhe era própria perdoava os anseios de uma mera estudante de Direito, quando o atendi no balcão da 10ª VCR de Curitiba. Permito-me com o respeito que sempre lhe tive, em registrar a gratidão de poder estar próxima de seus textos e em alguns momentos da própria pessoa, especialmente na homenagem que organizamos com os Professores Paulo César Busato e Gustavo Britta Scandelari, tal a figura que era que recebemos tantos textos de autores nacionais e estrangeiros que o volume se tornou algo em tornos de mil páginas sobre seus escritos. Sua trajetória na Universidade Federal deixou marcadamente grande a tradição dessa Academia no Direito Penal.

A grandeza de sua obra nunca lhe rendeu vaidades tampouco arrogância, ao contrário a voz calma e pausada era mais para sempre ouvir. Permito-me com brevidade registrar uma passagem que presenciei sobre o que é grandeza e humildade. Ainda nas sessões presenciais, estava o Professor René, em pé, na fila, para confirmar uma sustentação oral que faria na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando eu e diversos Colegas queríamos lhe ceder a vez, e o Meirinho da mesma forma pedia a concessão de passagem ele disse: “Filhos, deixe esse homem velho ficar entre os jovens, pois é aqui que sempre gosto de estar.”

A Av. Marechal Deodoro, no coração da cidade, fica sem um de seus pedestres mais ilustres; o escritório que leva seu nome, verá uma cadeira vazia, mas sua presença ali sempre estará.

Concluo registrando meu elevado pesar, a sua Senhora Rosarita, e as filhas Cláudia e a minha querida Rogéria, com profundo sentimento de tristeza, não pela perda pessoal mas pela figura proeminente que brilha agora em outras sendas. Professor René Ariel Dotti não marcou uma época, marcou uma história.

O Professor René Ariel Dotti foi considerado, para além de um jurista completo, um homem culto e preparado, um visionário de seu tempo e um ícone das ciências criminais, muito especialmente, cujo palco de cena foi a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Com esse escopo é que o presente trabalho visa a rememorar a atuação do Professor René Ariel Dotti, no campo das ciências criminais e das artes cênicas, a partir de um evento no qual participou e contribuiu para a disseminação não só de um pensamento reflexivo no meio jurídico, como também das artes.

2 OTELO EM TRÊS ATOS

A obra shakespeariana, por diversos de seus trabalhos, inspirou – e ainda inspira – muitas encenações e apropriações no mundo do direito. Talvez as que mais apareçam nessa perspectiva sejam: Romeu e Julieta, Macbeth, Hamlet, O Mercador de Veneza e Otelo, O Mouro de Veneza. À exceção de O Mercador de Veneza, o assassinato com notas e tintas distintas aparece como o drama central nas demais. Mas é Otelo a que contém um dos dramas mais contemporâneos que é o que atualmente está nomeado como feminicídio no Código Penal brasileiro, desde 2015.

Tanto assim que, para um grupo de casos de assassinatos íntimos e domésticos, quando motivados por ciúme, seguido pelo suicídio de seu autor, já se descreveu que isso representa a Síndrome de Otelo.²

² “Importante lembrar que a obra de Willian Shakespeare, assim, como muitas de suas peças, fora inspirada em coisas da vida real. Otelo, em particular, na novela ‘*Un capitano mouro*’, de Giovanni Batista Giraldo, na qual Otelo vinha descrito como um nobre

Escrita entre os anos de 1599 a 1604, a obra é uma das peças mais encenadas de William Shakespeare. Relata a história do general mouro Otelo a serviço de Veneza, que se apaixona à primeira vista por Desdêmona, a filha de Brabâncio um dos senadores mais poderosos da cidade.

O amor é correspondido e Otelo, de volta à Veneza após uma longa batalha, se casa com Desdêmona, mas de maneira sigilosa. O pai, ao saber do enlace dos dois, fica furioso, mas acaba perdendo a filha. Os dois parecem viver na mais plena harmonia, quando Otelo, o sábio e discernido general, acaba sendo envenenado pelo personagem Iago, que o inveja em diversos aspectos.

Iago por meio de um plano diabólico, mas muito eficaz, faz Otelo crer que sua adorada esposa Desdêmona o está traindo com Cássio, outro personagem da história. Otelo cego e envenenado pelo ciúme, torna-se um homem descontrolado e acaba matando Desdêmona, movido pela manipulação ardilosa e cruel de Iago, que ainda recebe a ajuda de sua esposa, que era dama de companhia de Desdêmona.³

Um componente adicional é o fato de que julgamentos do Tribunal do Júri ocupam um lugar no imaginário social e nas próprias academias de Direito que é muito interessante. Parece ser ali que – como aliás se chama de “palco” – a performance do direito e de quem protagoniza cada um dos papéis ganha vida, com forte alusão – é de sublinhar – ao júri norte-americano e suas representações cinematográficas. São diversas as películas que tratam do tema, além de séries criminais, sobre julgamentos e investigações policiais.

guerreiro, um homem que ‘tinha ciúmes doentios de sua linda esposa’ (MIRANDA *et al.*; *s.d.*). Ciúme, e não a honra de um militar guerreiro, parece ter sido o móbil do assassinato de Desdêmona e por isso se batiza o ciúme patológico de ‘Síndrome de Otelo’ (ALMEIDA *et al.* 2008). Ciúme que a jurisprudência e a doutrina utilizam e admitem até mesmo para falar em uma ‘morte por amor’”. SÁ, Priscilla Placha. #SomosTodas-Desdêmona. In: AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de (coord.); PRAZERES, Angela dos; LEÃO, Liana de Camargo (org.). *O Julgamento de Otelo, o mouro de Veneza*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 109-120. p. 112.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. *Lançamento da obra jurídico-literária “O julgamento de Otelo, o mouro de Veneza” será nesta segunda-feira*. Disponível em: <https://bit.ly/3lTJL-Gl>. Acesso em: 24 jul. 2021.

A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná tem atualmente, inclusive, disciplinas que trabalham com cinema e direito, tem docentes que atuam na interface entre direito e arte, há projetos de extensão que trabalham com casos de júri, além do que – muito do que sequer é matéria de júri – acaba sendo realizada com essa perspectiva de encenação, com as competições internacionais.

Assim, de nítida inspiração anglo-saxônica, mais propriamente norte-americana, o lugar que o júri ocupa como uma espécie de arena privilegiada do embate de teses e de ideias enseja nas academias de Direito propostas acadêmicas para além da sala de aula, quando não a própria reformulação da sala de aula⁴. Houve, em Curitiba, inclusive por muitos anos, o chamado júri das “Três balanças”, envolvendo as faculdades mais antigas da Capital.

Ainda que esse parêntese tenha sido feito para tratar de uma certa influência do cinema nos cenários de júri, é o teatro – o segmento da arte – a que se alude com frequência ser o palco das paixões humanas, para muito além de questões meramente jurídicas⁵.

Na história da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, foi a sua comunidade discente, por intermédio do Centro Acadêmico Hugo Simas (o CAHS), que firmou essa tradição.

A primeira edição do julgamento de Otelo ocorreu em 1961 – há 60 anos –, quando o Teatro Guaíra ainda estava em construção – no lado oposto do Prédio Histórico da Universidade Federal do Paraná, que abriga a Faculdade de Direito desde a sua fundação, em 1912. Naquela edição, o CAHS estava sob a presidência de Munir Karam, que depois se tornaria membro do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A cena era dividi-

⁴ LACERDA, Gabriel. *O direito no cinema*: relato de uma experiência didática no campo do direito. São Paulo: FGV, 2007.

⁵ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Etnografia dissonante dos tribunais do júri. *Tempo Social*, [São Paulo], v. 19, n. 2, p. 111-129, nov. 2007. Um dos temas que mais levantou vozes no modo de atuar do sistema de justiça, durante a pandemia, foi o Tribunal do Júri, por tudo que nele está envolto. Cf. RODRIGUES, Ronald Pinheiro; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. Tribunal do júri virtual: em busca da harmonização entre as soluções emergenciais ocasionadas pela pandemia do novo coronavírus e a observância dos preceitos constitucionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 475-508, jan./abr. 2021.

da⁶ entre o advogado criminalista Carlos de Araújo Lima⁷, na defesa de Otelo, e o Professor José Rodrigues Vieira Netto, no papel da acusação. O diretor da Faculdade de Direito, Professor Ernani Guarita Cartaxo, presidiu o júri. Paulo Autran, ator conhecido, amigo e colega na Faculdade de Direito de René Ariel Dotti⁸, faria o papel de Otelo.

Interessante registrar como as disputas eleitorais pelo CAHS são sempre acirradas, e quem conhece por ter frequentado ou por ter passado pela Faculdade de Direito sabe que esteve na memória do adversário de Munir Karam, o também então estudante de Direito da Faculdade, Edésio Passos, o julgamento de Otelo.

Ele lembrou o momento vivido quando se disputavam não só as eleições do CAHS, como também as presidenciais na qual fora eleito Jânio Quadros.⁹ Anos tensos em que “a tragédia de Shakespeare prenunciava as nuvens carregadas da tempestade que viria, os difíceis tempos da ditadura militar que conduziriam a Nação a provações não esperadas”.¹⁰

Tempos que seriam terríveis e fariam prender nas escadarias da Faculdade de Direito o Professor José Rodrigues Vieira Netto, Catedrático de Direito Civil, cujo advogado de defesa – o defensor das liberdades – seria o Professor René Ariel Dotti, que, já em sua juventude, ostentava os atributos de galhardia e independência que lhe acompanhariam em sua trajetória advocatícia¹¹.

⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO PARANÁ. CAHS vai comemorar 80 anos com evento “O Julgamento de Otelo”. *Jusbrasil*, [s. l.], 2011. Disponível em: <https://oab-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2736525/cahs-vai-comemorar-80-anos-com-evento-o-julgamento-de-otelo?ref=serp>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷ Autor do livro *Os grandes processos do júri*. 5. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

⁸ FACULDADE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Nota de pesar da Faculdade de Direito da UFPR*. [Paraná], 11 fev. 2021. Facebook: Direito UFPR. Disponível em: <https://fo-fo.facebook.com/UFPRDIREITO/posts/1541890359344528>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁹ PASSOS, Edésio. O CAHS, Munir Karam, Vieira Netto, Araújo Lima e o julgamento de Otelo. *Tribuna PR*, [Paraná], 12 mar. 2006. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/o-cahs-munir-karam-vieira-netto-araujo-lima-e-o-julgamento-de-otelo/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ O Professor René Ariel Dotti concedeu uma entrevista para uma tese de doutorado, na qual contou detalhes sobre essa defesa e os motivos da prisão de Vieira Netto. COSTA, Regis Clemente da. *José Rodrigues Vieira Netto: intelectual orgânico, professor brilhante, advogado perseguido, cidadão sem direitos (1945-1973)*. 2018. Tese (Doutorado em

A memória de Edésio Passos, vencido em terceira contagem por 3 votos de diferença, registrou ter recebido de seu então adversário na disputa pelo CAHS, Munir Karam, muitos anos depois, o livro “O julgamento de Otelo”, lembrando que o evento fora “uma magistral oportunidade e beleza, [que] propunha julgar um personagem célebre da literatura mundial”.¹²

No julgamento televisionado, foi René Ariel Dotti, recém-formado, quem fez a apresentação¹³. A encenação – que redundou em empate, pois composto à moda inglesa, com 12 jurados – foi comentada por *experts* da área, dentre eles, tendo o crítico literário Wilson Martins, que apresentou os trabalhos, em conjunto com René Ariel Dotti, lembrado por ocasião do próprio julgamento:

O homem que vamos julgar mais uma vez vem sendo julgado há trezentos e cinquenta anos. Tantos julgamentos diferentes deveriam ter conduzido a um julgamento uniforme, mas a verdade é que Otelo, como todas as grandes figuras da literatura universal, continua a despertar julgamentos contraditórios.¹⁴

O empate culminaria na absolvição de Otelo.

Anos mais tarde, em 2011, em comemoração ao 80º aniversário do CAHS, ocorreria a 2ª edição do evento, a pleno palco do Guairão, como é carinhosamente chamado por Curitiba o espaço central do mesmo Teatro Guaíra, sob a presidência do Juiz de Direito Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, que preside a 2ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba. O Advogado José Plínio Taques Martins produziu o evento e o ator Danilo Avelleda interpretou Otelo. Defesa e acusação foram protagonizadas por dois eméritos Advogados Criminalistas, Tércio Lins e Silva e o titular de Direito

Educação) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2018. p. 228-230, em especial nota de rodapé 128.

¹² PASSOS, op. cit.

¹³ Munir Karam (cf. CENTRO ACADÊMICO HUGO SIMAS. *O Julgamento de Otelo*. [Curitiba]: CAHS, 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20110921-01.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021).

¹⁴ Segundo René Ariel Dotti (cf. CENTRO ACADÊMICO HUGO SIMAS, 2011, não paginado).

Processual Penal da Universidade Federal do Paraná Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, respectivamente. A coordenação geral do evento foi incumbida ao Professor René Ariel Dotti e a Munir Karam. Otelo não se suicidou e foi ao banco dos réus.¹⁵ Dentre o corpo de juradas e jurados estava a Secretária da Direção da Faculdade de Direito, a servidora Jane do Rocio Kiatkoski.

O Professor René Ariel Dotti registrou a importância desse julgamento:

O crime de morte provocado por paixão encontra em Otelo um dos modelos de maior referência para o estudo das ciências da conduta. E bem assim, no contexto da Criminologia, disciplina que trata das origens da lei criminal, da administração da justiça penal, das causas do comportamento do delinquente e da prevenção e controle do delito.

A reencenação do Julgamento de Otelo é devida à sensibilidade, idealismo e entusiasmo de jovens estudantes que concebem o Direito na perspectiva radical do ser humano em sua essência e circunstância. A sociedade está cercada de Otelos que vivem o amor, a paixão, o ciúme e a violência como pontos cardeais de uma viagem existencial que pode aportar no crime de morte ou sublimar-se nos escaninhos da religião, nas letras, na poesia, na música e nos mais profundos e sensíveis territórios da alma.¹⁶

Otelo é então absolvido.

A terceira encenação de Otelo agora o levaria – literalmente – ao plenário do Tribunal do Júri de Curitiba, no ano 2016. O mesmo juiz Daniel Ribeiro Surdi de Avelar coordenou os trabalhos e presidiu o júri, com auxílio recebido do idealizador do primeiro júri de Otelo, o Desembargador aposentado Munir Karam. O evento e o livro “O Julgamento de Otelo, o mouro de Veneza” foram resultantes do projeto Direito e Literatura, envolvendo as Professoras Angela dos Prazeres e Liana de Camargo Leão.

¹⁵ O JULGAMENTO de Otelo. *Migalhas*, [s. l.], 21 set. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141671/o-julgamento-de-otelo>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁶ CENTRO ACADÊMICO HUGO SIMAS, 2011, não paginado.

O embate no plenário agora seria travado por estudantes da FAE Centro Universitário, que atuaria na defesa, e da Universidade Tuiuti, que faria a acusação de Otelo. Importa notar que foi a primeira edição em que mulheres atuaram nesse cenário – nas diversas encenações – tanto na defesa quanto na acusação. A Lei n. 13.104/2015, a Lei do Feminicídio, que inseriu o inc. VI e o § 6º no Código Penal brasileiro, já se encontrava em vigor há um ano e os ventos já rumavam em uma nova interpretação sobre o assassinato cometido por Otelo.

A tese da legítima defesa da honra, de um homem nobre e general ao serviço de Veneza, não fez eco e pela primeira vez Otelo foi condenado. Assim, muito antes da decisão recentemente proferida à unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 779, fora rejeitada a pretendida tese de que é possível assassinar uma mulher sob a pretensão de licitude pela excludente.¹⁷

O júri integrado por literatas e juristas – pela primeira vez na história – condenaria Otelo, também protagonizado por Daniel Avelleda, cujo suicídio em plenário pode ser interpretado como uma tentativa de fuga à lei e corrobora a nomeação da Síndrome já referida¹⁸.

Posteriormente, foi lançado um livro, produto final da escrita do direito e da literatura, cuja conferência foi proferida por René Ariel Dotti, que versou sobre “o encontro entre a ciência criminal e a arte do teatro”¹⁹.

3 ENSINAR A ARTE COMO DIREITO; ENSINAR O DIREITO COMO ARTE.

Sua profícua produção científica em diversos ramos do conhecimento jurídico acabou sendo referenciada com mais ênfase no âmbito das ciências criminais, muito provavelmente pela atuação do Professor René Ariel Dotti em diversas Comissões para subsidiar tecnicamente a

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF proíbe uso da tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&ori=1>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁸ SÁ, 2017.

¹⁹ BOLETIM TRIMESTRAL DO ESCRITÓRIO PROFESSOR RENÉ DOTTI. Curitiba: Escritório Professor René Dotti, jan.-mar. 2018. Ano 13, n. 39. p. 4.

produção legiferante nessa área²⁰, como também por ocupar a titularidade da cadeira de Direito Penal do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e por advogar – nessa esfera – causas tidas como inglórias ou ingratas por quem não compreende o verdadeiro mister da advocacia: defender os direitos de quem está sendo acusado ou a memória e a história de quem foi vítima.

Vale aqui, pois emblemático, sublinhar a já mencionada defesa feita em favor do Professor José Rodrigues Vieira Netto.

A produção teórica do Professor René Ariel Dotti, em tal âmbito, impressiona. Mas um dos artigos que marca a sua posição em tratar de um direito penal com cariz libertário é o texto “As bases constitucionais do Direito Penal democrático”, produzido no ano de 1985, por ocasião da IV Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro²¹, no qual o trecho abaixo transcrito dá conta de seu pensamento:

O Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressão coletiva da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito à vida até o direito à sepultura, começo e

²⁰ “Foi a partir da administração do ministro Petrônio Portella que fui convidado, juntamente com 10 outros colegas, para elaborar um relatório sobre as causas da violência e da criminalidade em nosso país. E, a partir de então, nos governos que se sucederam, tenho sido distinguido com convites para participar de comissões do Ministério da Justiça, quer de reforma penitenciária, quer de reforma do Código Penal. Também no Superior Tribunal Eleitoral, participei de comissão para elaborar um projeto de código eleitoral. E tenho recebido essa honraria dos convites, independentemente da natureza política e ideológica dos governos federais. Ainda agora, em julho, tive um honroso convite do Ministério de Relações Exteriores para ter o meu nome submetido à consideração do Presidente da República para nomeação na Organização dos Estados Americanos. Convite extremamente honroso, mas que, por exigir minha presença permanentemente durante 2 anos em Washington, não me foi permitido aceitar, porque isso implicaria, mais uma vez, em interromper as atividades de meu escritório e da universidade”. DOTTI, René Ariel. A história do professor René Dotti. [Entrevista cedida a] José Wille. *Paraná Portal*, Curitiba, 25 maio 2017. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/colunas/memoria-paranaense/a-historia-do-professor-rene-dotti/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

²¹ DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985.

fim da aventura da existência, movimenta-se um amplo repertório de bens e interesses que têm no ser individual os pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.²²

Adiante, no mesmo trabalho, reforça que o direito penal é um sistema de garantias.²³ Dentre outros textos, o seu “Curso de Direito Penal – Parte Geral” ocupa o lugar não só na biblioteca, mas como verdadeiro livro de cabeceira de juristas e estudantes.

Nos seus escritos, além da cultura jurídica, da forma da escrita e do conteúdo de seus manuscritos, mostra-se um conhecimento de cultura geral, política, e, dentre tantos segmentos, da arte, literatura e teatro.

Seu altruísmo impedia que guardasse tanto conhecimento para si. Além do que se encontra espalhado em seus diversos trabalhos, coordenava, em seu escritório, o “Programa Literatura para a Juventude”, e com esse mesmo vigor para a juventude e atento aos novos tempos criou o *Blog do Dotti*, espaço no qual, segundo ele próprio sublinhou, gostaria de falar de esportes, política, arte, teatro, literatura, cinema e ficção.²⁴

Desde a adolescência, imerso no mundo das artes, iniciando aulas de teatro “para superar dificuldades de comunicação, ele acabou por se tornar um amante das artes cênicas. Atuou como crítico de teatro e de literatura e foi secretário de Cultura no Paraná, no Governo Álvaro Dias (1987-1991)”²⁵, período em que revitalizou o Teatro Guaíra promovendo grandes eventos culturais, sob a direção de Constantino Viaro. A Secretaria de Cultura, nas suas próprias palavras era: “a usina dos sonhos”.²⁶

²² Ibidem, p. 23.

²³ Ibidem, p. 42-43.

²⁴ BLOG DO DOTTI. *Quem é René Ariel Dotti*. [20--]. Disponível em: <https://blogdodotti.com.br/sobre-o-autor/> Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁵ Ibidem.

²⁶ PARANÁ. Secretaria da Comunicação Social e da Cultura. *Morre René Dotti, advogado, humanista e ex-Secretário de Cultura do Paraná*. Disponível em: <https://www.comunicacao.pr.gov.br/Noticia/Morre-Rene-Dotti-advogado-humanista-e-ex-Secretario-de-Cultura-do-Parana#>. Acesso em: 25 jul. 2021.

As aulas de dicção com um professor do Serviço Nacional de Teatro fizeram com que superasse dificuldades de fala, seguidas de pequenas participações sob a direção de Norberto Teixeira no Colégio Estadual do Paraná. No teatro amador, atuaria em 14 peças, tendo como seus companheiros de palco Odclair Rodrigues, Sinval Martins, entre outros. Ganhou o prêmio Paschoal Carlos Magno de melhor ator com a peça “A importância de chamar Ernesto”, de Oscar Wilde, no ano de 1953. O amigo do palco e do teatro, Ary Fontoura, no 3º ano de Direito, convidou-o para irem ao Rio de Janeiro e fazer teatro profissional.

René Ariel Dotti decidiu finalizar a Faculdade de Direito²⁷: “apesar de não seguir carreira, tenho um envolvimento profundo com o teatro, tanto que, em muitas ocasiões, escrevendo fazendo referências a ele. Isso me enriquece interiormente.”²⁸

Sua atuação no mundo das artes não se resumiu nem a esse momento, tampouco ao teatro, inclusive, na condição de crítico teatral, tanto que teve assento na Academia Paranaense de Letras.

Seu trânsito fluido entre as ciências jurídicas e o mundo da arte lhe renderia uma posição destacada no mundo do direito – palco por ele mesmo escolhido; sua fala culta e sua fluência faziam com que sua plateia soubesse estar presenciando algo muito além de uma conferência jurídica.

4 A ATUALIDADE DA OBRA DE OTELO: FEMINICÍDIOS ÍNTIMOS POR CIÚME

Uma análise crítica do texto shakespeariano, não raro, volta-se ao tema do racismo de que o Mouro de Veneza seria vítima²⁹. E a atenção de Shakespeare ao escrever essa peça seria por uma posição que atualmente poder-se-ia afirmar “empática” com esse outro (não-inglês). A fala da professora Beatriz Viegas Farias, ao encerrar o ciclo de palestras

²⁷ MEMÓRIAS PARANÁ 2009 RENÉ DOTTI. 2009. 1 vídeo (1h25min54s). Publicado pelo Canal Memórias Paraná. Disponível em: <http://memoriasparana.com.br/rene-ariel-dotti/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁸ Ibidem.

²⁹ MIRANDA, Célia Arns de. As controvérsias raciais em Oteló de William Shakespeare. *Revista Letras*, Curitiba, n. 77, p. 13-25, jan./abr. 2009. Editora UFPR.

da Biblioteca Negra do Centro de Letras e Comunicação da Universidade Federal de Pelotas, traz essa conclusão:

Na Inglaterra elisabetana, a escravidão de indivíduos africanos era um fato, bem como a exploração das colônias americanas, e no reinado de Elizabeth I tanto negros como judeus foram extraditados. A percepção que Londres tinha dos não brancos (africanos, mouros, sarracenos, indianos, persas etc) era algo confusa, uma mistura de características de mais de uma etnia. Quanto aos judeus, que não se diferenciavam dos brancos pelo fenótipo, naquela época deviam usar na indumentária elementos que os diferenciassem dos europeus.³⁰

Também afirma que isso se dá à condição específica que é ocupada pelo delator Iago, um soldado branco. Em outro momento assinala que a peça critica a condição de trabalho escravo explorado pelos ingleses.³¹ Embora sua atualidade seja sempre referida pela complexidade que encerra:

Por se tratar de um enredo que expõe temas como racismo, misoginia, miscigenação, identidade e choque culturais, conflito sexual e violência doméstica, esta tragédia escrita no início do século XVII torna-se uma misteriosa presciência do nosso mundo. As questões raciais que são expostas abertamente dentro da peça ressoam com o racismo que é vivenciado fora dela.³²

Transposto para o sistema de justiça, a condição de branquitude, sabe-se, é a reprodutora do racismo agora com sua faceta institucional. Os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional evidenciam o que a criminologia crítica atribui ao aspecto fundacional do racismo de Estado, operado em terras brasileiras pelos pressupostos de Nina Rodri-

³⁰ “SHAKESPEARE e Racismo” encerrou as Conversas na Biblioteca Negra. *Portal do Centro de Letras e Comunicação*, [Pelotas], 30 nov. 2018. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/clc/2018/11/30/shakespeare-e-racismo-encerrou-as-conversas-na-biblioteca-negra/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

³¹ *Ibidem*.

³² MIRANDA, 2009, p. 13.

gues. O cenário, aliás, do sistema prisional, tão bem conhecido de nosso homenageado, que levou à sua atuação detidamente na escrita da Lei de Execução Penal, fruto dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquéritos instalada durante a ditadura civil e militar.

A falência do sistema prisional e suas mazelas restariam assim descritas pelo Professor René Ariel Dotti em 1981:

Na verdade, porém, a execução arbitrária e injusta das penas de reclusão e detenção e da chamada prisão simples, caracteriza situações claras de ofensas à integridade física ou à saúde do condenado, submetido não raro às mais dolorosas formas de maus tratos institucionalizados.

As flagrantes violações da intimidade do presidiário – como de outros direitos da personalidade constituem a porta aberta para a execução cruel da sanção penal que vai para muito além da perda da liberdade determinada na sentença. A negação ou o desconhecimento dos direitos do condenado, do preso provisório e dos destinatários das medidas de segurança, abre o caminho para a lapidação moral, produzindo os sentimentos de revolta ou acomodação da vítima e de indiferença ou de ódio da sociedade com relação às minorias que habitam o sistema penitenciário.

A falta de assistência em diversos níveis; a inexistência de programações eficientes e produtivas com vistas ao trabalho, sua justa remuneração e a correta aplicação dos frutos; e a feracidade tradicional dos regimes de disciplina compõem não apenas a destruição moral e espiritual do delinquente, mas também se estendem, como espetáculos de dor e sofrimento aos parentes e à própria sociedade. Na verdade, todo esse quadro de terror estimula a violência do carcereiro e dos demais funcionários do sistema e provoca as reações naturais de explosão a que se tem assistido, como as ocorrentes na Casa de Detenção de São Paulo.³³

³³ DOTTI, René Ariel. Problemas atuais da execução penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, [Curitiba], v. 20, n. 0, p. 51-69, 1981. Diário do Congresso Nacional, suplemento ao n. 61, de 4 jun. 1976. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8859/6170>. Acesso em: 24 jul. 2021. p. 54.

E os frequentadores das prisões são aqueles que ocupam as condições de maior vulnerabilidade social e econômica, atravessados pelas questões de classe e raça, no grupo social masculino. Não obstante, a própria criminologia crítica – ao denunciar os critérios da seleção criminalizante³⁴ – foi alvo de reflexões de que isso desse conta do problema criminal, ao deixar em aberto questões tão antigas quanto atuais tanto no campo da branquitude³⁵ quanto de gênero³⁶. Isso porque o fenômeno da violência doméstica e familiar que culmina numa cifra de assassinatos de mulheres impressionante tem em seus autores um grupo bastante heterogêneo³⁷. Especialmente, quando se trata do denominado feminicídio íntimo ou doméstico motivado por ciúmes que é o que se tem no caso de Otelo.

Assim, a criminalização por estereótipo não parece ser a possível explicação para a intervenção judicial no caso de Otelo, como se viu na última encenação aqui referida.

O momento – 2016 – já contava com um ano da aprovação da Lei do Feminicídio, que nomeou o assassinato de mulheres pela questão de gênero. Embora, a Lei tenha utilizado a expressão “razões da condição do sexo feminino”. A Comissão Parlamentar de Inquérito que resultou na referida alteração legislativa descreveu em suas conclusões que aproximadamente 44% dos casos de assassinatos tinham entre os autores os companheiros e ex-companheiros.

No Brasil, entre 2000 e 2010, 43,7 mil mulheres foram assassinadas, cerca de 41% delas mortas em suas próprias casas, muitas pelos companheiros ou ex-companheiros, com quem mantinham ou haviam mantido relações íntimas de afeto e confiança. Entre 1980 e 2010, dobrou o índice de assassinatos de mulheres no País, pas-

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 43 et seq.

³⁵ PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquitude. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.

³⁶ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; CARVALHO, Salo de. Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: perspectivas teóricas e teses convergentes. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1783-1814, 2020.

³⁷ Cf. SÁ, Priscilla Placha (coord.). *Dossiê Feminicídio: por que aconteceu com ela?* Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, 2021. p. 70-78.

sando de 2,3 assassinatos por 100 mil mulheres para 4,6 assassinatos por 100 mil mulheres. Esse número coloca o Brasil na sétima colocação mundial em assassinatos de mulheres, figurando, assim, dentre os países mais violentos do mundo nesse aspecto.³⁸

Longe de estarmos diante de loucos e doentes, o autor do feminicídio – com rara frequência – tem alegada ou reconhecida a sua insanidade mental; o que se vê com nítida percepção é o espectro mais estrutural do patriarcado, do machismo e da misoginia revelar-se na violência cometida.

Posteriormente, com a aprovação da Lei, com a descrição legislativa mais limitada, na expressão de sua caracterização³⁹, esse percentual corresponde à quase totalidade dos feminicídios íntimos ou domésticos, nos quais o perfil de seus autores é bastante heterogêneo em termos de idade, escolaridade e profissão⁴⁰. Embora, seja importante fazer uma intervenção de olhar para as mulheres atingidas⁴¹. O entrecruzamento com os dados de seu perfil exige uma análise multifatorial para entender o porquê, de todo modo, ainda se tem uma prevalência de casos que envolvem – por exemplo – uma escolaridade mais baixa. Percepções de estudos empíricos partem de saberes distintos (ciências sociais, humanas, jurídicas) e hipóteses distintas a fim de problematizar o fenômeno, por condições socioeconômicas, com interferências como religião e a questão

³⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. *Relatório final*. Relatora Senadora Ana Rita. Brasília, DF: Senado Federal; Secretaria Geral da Mesa; Secretaria de Comissões Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, jul. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>. Acesso em: 3 ago. 2021. p. 1002-1003.

³⁹ Registre-se as críticas sobre a alteração da expressão original “gênero” por “sexo feminino”, como também o fato de que as duas possibilidades de sua conformação típica aludem à (i) situação anterior de violência doméstica e (ii) discriminação da condição de mulher. Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, [São Paulo], ano 23, n. 270, p. 4-5, maio 2015.

⁴⁰ SÁ, 2021, p. 70-78.

⁴¹ PORTELLA, Ana Paula; RATTON, José Luiz. A teoria social feminista e os homicídios: o desafio de pensar a violência letal contra as mulheres. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 93-118, jan./jun. 2015.

ecológica da ambiência dos crimes⁴². São cada vez mais frequentes as críticas sobre pensar esse fenômeno de modo monolítico ou monocausal.

O acesso à informação, ao sistema de justiça e às redes de atendimento, bem como a autopercepção da condição e a quebra do ciclo de violência, são dados importantes para evitar os casos de feminicídio. É nesse ponto que existe uma aposta institucional – a partir não só de estudos jurídicos, mas de outras áreas – de que é possível evitar os feminicídios por intermédio de medidas protetivas de urgência e da construção de um plano individual de segurança. Mas para isso, além da posição do patriarcado e dos relacionamentos abusivos que asfixiam as mulheres, é preciso romper a barreira da invisibilidade do fenômeno, como também a transgeracionalidade da violência de gênero.

A importância das medidas protetivas de urgência desponta como fator relevante com o intuito especialmente de prevenir o agravamento de situações de violência, nas quais a violência letal possa se anunciar como próxima; situação que implica não só viabilizar o acesso efetivo da mulher ao sistema de justiça, incluindo as polícias, como também a existência de políticas públicas de prevenção e de monitoração do cumprimento das medidas.

Impressiona, no entanto, que os casos são de autoria conhecida (por serem feminicídios íntimos), o que leva à prisão provisória e mesmo a condenação dos autores, e, mesmo assim continuam no presente. Os estudos sobre a Síndrome de Otelo e o seu personagem podem colaborar com a discussão do tema.

Sabe-se que a força preventiva das descrições penais e mesmo a responsabilização criminal não têm caráter pedagógico, tampouco desestimulam o crime, mas é enigmático perceber que reiteradamente são co-

⁴² Por exemplo: ÁVILA, Thiago Pierobom de *et al.* Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [São Paulo], v. 180, p. 297-328, jun. 2021; MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicídios: homicídios femininos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [São Paulo], v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011; PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, [Campinas], n. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011; SOUSA, Ingrid Sampaio de; NUNES, Larissa Ferreira; BARROS, João Paulo Pereira. Interseccionalidade, femi-geno-cídio e necropolítica: morte de mulheres nas dinâmicas da violência no Ceará. *Revista Psicologia Política*, [s. l.], v. 20, n. 48, p. 370-384, 2020.

metidos, inclusive, como forma de afirmar-se numa estrutura machista e até mesmo superar a lei, daí o suicídio de Otelo, como episódio final.

A posição social e do sistema de justiça em face dos feminicídios, sobretudo, no trabalho de evitar novas ocorrências, ganha também as ruas e a convergência de muitos setores que se aliam aos movimentos sociais.

No Paraná, a Lei n. 19.873/2019, criada em decorrência da morte de Tatiane Spitzner a fim de promover ações unificadas para interromper o ciclo da violência doméstica e evitar mortes, instituiu o dia 22 de julho como o “Dia Estadual do Combate ao Feminicídio”. O caso, cuja denúncia imputou a ocorrência de feminicídio, tem na assistência de acusação o escritório de René Ariel Dotti.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O último ato de uma trajetória coroada no palco da vida não encerrou, como se dá em espetáculos inesquecíveis, a trajetória e a performance do protagonista. Assim é em relação ao Professor René Ariel Dotti. O ator, em verdade, transcende e o faz junto com a sua obra, o legado que deixa.

As lições, vertidas em dezenas de artigos, livros, escritos, particularmente na senda das ciências criminais, constituem parte da história. Autor e ator andaram juntos a criar o espetáculo. Os escritos que nos deixa são o resultado de uma posição marcada com características muito próprias, matizados com tintas fortes de um verdadeiro e incansável estudioso. Não há ali escritos ocasionais, tampouco teorias e posições que não tenham sido forjadas em dedicação absoluta.

Contribuição que não era somente na produção científica, como o foi em importantes diplomas legislativos, junto ao Parlamento. Reconhecidamente atuante como um dos mentores dos diplomas de base da legislação penal ainda em vigor e resistente à forma que, mais recentemente, pretendia-se fazer a necessária atualização.

A atuação na advocacia, desde seus primeiros tempos, revelou o compromisso com a causa defendida, independente de qual fosse. Sua

galhardia frente à defesa, no momento da ditadura civil-militar, seria o prenúncio de uma constante até o derradeiro ato.

No palco do direito penal, o culto à liberdade, a defesa dos direitos e a atuação destemida – mesmo que, por vezes, incompreendida – foram marcas indeléveis da vida e da obra do Professor René Ariel Dotti.

Fecham-se as cortinas, mas o burburinho ainda permanece.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago Pierobom de *et al.* Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [São Paulo], v. 180, p. 297-328, jun. 2021.

BLOG DO DOTTI. *Quem é René Ariel Dotti*. [20--]. Disponível em: <https://blogdo-dotti.com.br/sobre-o-autor/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BOLETIM TRIMESTRAL DO ESCRITÓRIO PROFESSOR RENÉ DOTTI. Curitiba: Escritório Professor René Dotti, jan.-mar. 2018. Ano 13, n. 39. p. 4.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. *Relatório final*. Relatora Senadora Ana Rita. Brasília, DF: Senado Federal; Secretaria Geral da Mesa; Secretaria de Comissões Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, jul. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>. Acesso em: 3 ago. 2021.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, [São Paulo], ano 23, n. 270, p. 4-5, maio 2015.

CENTRO ACADÊMICO HUGO SIMAS. *O Julgamento de Otelo*. [Curitiba]: CAHS, 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20110921-01.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

COSTA, Regis Clemente da. *José Rodrigues Vieira Netto: intelectual orgânico, professor brilhante, advogado perseguido, cidadão sem direitos (1945-1973)*. 2018. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2018.

DOTTI, René Ariel. A história do professor René Dotti. [Entrevista cedida a] José Wille. *Paraná Portal*, Curitiba, 25 maio 2017. Disponível em: <https://paranapor->

tal.uol.com.br/colunas/memoria-paranaense/a-historia-do-professor-rene-dotti/. Acesso em: 27 jul. 2021.

DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985.

DOTTI, René Ariel. Problemas atuais da execução penal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, [Curitiba], v. 20, n. 0, p. 51-69, 1981. Diário do Congresso Nacional, suplemento ao n. 61, de 4 jun. 1976. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8859/6170>. Acesso em: 24 jul. 2021. p. 54.

FACULDADE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Nota de pesar da Faculdade de Direito da UFPR*. [Paraná], 11 fev. 2021. Facebook: Direito UFPR. Disponível em: <https://fo-fo.facebook.com/UFPRDIREITO/posts/1541890359344528>. Acesso em: 24 jul. 2021.

LACERDA, Gabriel. *O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito*. São Paulo: FGV, 2007.

LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri*. 5. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MEMÓRIAS PARANÁ 2009 RENÉ DOTTI. 2009. 1 vídeo (1h25min54s). Publicado pelo Canal Memórias Paraná. Disponível em: <http://memoriasparana.com.br/rene-ariel-dotti/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicídios: homicídios femininos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, [São Paulo], v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011.

MIRANDA, Célia Arns de. As controvérsias raciais em Otelo de William Shakespeare. *Revista Letras*, Curitiba, n. 77, p. 13-25, jan./abr. 2009. Editora UFPR.

O JULGAMENTO de Otelo. *Migalhas*, [s. l.], 21 set. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141671/o-julgamento-de-otelo>. Acesso em: 24 jul. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO PARANÁ. CAHS vai comemorar 80 anos com evento “O Julgamento de Otelo”. *Jusbrasil*, [s. l.], 2011. Disponível em: <https://oab-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2736525/cahs-vai-comemorar-80-anos-com-evento-o-julgamento-de-otelo?ref=serp>. Acesso em: 23 jul. 2021.

PARANÁ. Secretaria da Comunicação Social e da Cultura. *Morre René Dotti, advogado, humanista e ex-Secretário de Cultura do Paraná*. Disponível em: <https://www.>

comunicacao.pr.gov.br/Noticia/Morre-Rene-Dotti-advogado-humanista-e-ex-Secretario-de-Cultura-do-Parana#. Acesso em: 25 jul. 2021.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, [Campinas], n. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011.

PASSOS, Edésio. O CAHS, Munir Karam, Vieira Netto, Araújo Lima e o julgamento de Otelo. *Tribuna PR*, [Paraná], 12 mar. 2006. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/o-cahs-munir-karam-vieira-netto-araujo-lima-e-o-julgamento-de-otelo/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

PORTELLA, Ana Paula; RATTON, José Luiz. A teoria social feminista e os homicídios: o desafio de pensar a violência letal contra as mulheres. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 93-118, jan./jun. 2015.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquitude. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. Tribunal do júri virtual: em busca da harmonização entre as soluções emergenciais ocasionadas pela pandemia do novo coronavírus e a observância dos preceitos constitucionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 475-508, jan./abr. 2021.

SÁ, Priscilla Placha (coord.). *Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?* Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, 2021. p. 70-78.

SÁ, Priscilla Placha. #SomosTodasDesdêmona. In: AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de (coord.); PRAZERES, Angela dos; LEÃO, Liana de Camargo (org.). *O Julgamento de Otelo, o mouro de Veneza*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 109-120.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Etnografia dissonante dos tribunais do júri. *Tempo Social*, [São Paulo], v. 19, n. 2, p. 111-129, nov. 2007.

“SHAKESPEARE e Racismo” encerrou as Conversas na Biblioteca Negra. *Portal do Centro de Letras e Comunicação*, [Pelotas], 30 nov. 2018. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/clc/2018/11/30/shakespeare-e-racismo-encerrou-as-conversas-na-biblioteca-negra/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

SOUSA, Ingrid Sampaio de; NUNES, Larissa Ferreira; BARROS, João Paulo Pereira. Interseccionalidade, femi-geno-cídio e necropolítica: morte de mulheres nas dinâmicas da violência no Ceará. *Revista Psicologia Política*, [s. l.], v. 20, n. 48, p. 370-384, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF proíbe uso da tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&ori=1>. Acesso em: 24 jul. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. *Lançamento da obra jurídico-literária “O julgamento de Otelo, o mouro de Veneza” será nesta segunda-feira*. Disponível em: <https://bit.ly/3ITJLGI>. Acesso em: 24 jul. 2021.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; CARVALHO, Salo de. Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: perspectivas teóricas e teses convergentes. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1783-1814, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro I: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Revan: Rio de Janeiro. 2003.



RENÉ DOTTI, CANDIDE E O MELHOR DOS MUNDOS POSSÍVEIS

RENATO CARDOSO DE ALMEIDA ANDRADE¹



“Porque jamais esquecerei,
e ela me comove, vossa estimada
e boa imagem paterna, quando no
mundo, uma vez por outra,
me ensináveis como o homem
se torna eterno.”

Dante alighieri

SUMÁRIO

O Estado de Direito. A prova. Candide. Os estudantes de Florianópolis – a novembrada e o jornalista. A cátedra. Um casamento, um espetáculo, uma prisão e uma máscara. O melhor dos mundos possíveis. Referências.

O ESTADO DE DIREITO

Durante o mês de maio de 1978 (7 a 12) Curitiba sediou a mais espetacular e esperada conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, a sétima. Seria (e foi) um evento de tamanha importância, que po-

¹ Advogado, Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PR; Secretário do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Conselheiro do Instituto dos Advogados do Paraná, ex-juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

de-se afirmar sem medo de errar, que aquela reunião foi a chave definitiva para destrancar os sombrios anos de ditadura, iniciada no ano de 1964 e que já se estendia demais. A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Paraná era presidida pelo brilhante advogado Eduardo Alberto Virmond; a nacional por ninguém menos que Raymundo Faoro.

Acorreram a Curitiba naquele inesquecível maio de 1978 as maiores autoridades jurídicas do País. O tema geral proposto era icônico, principalmente para aquele período: O Estado de Direito. Pontes de Miranda, Goffredo da Silva Telles Jr., Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Bermudes, Alberto Gomes da Rocha Azevedo, Rubens Requião, Evaristo de Moraes Filho, Victor Nunes Leal, Miguel Reale Junior, Evandro Lins e Silva, Geraldo Ataliba, Alberto Venâncio Filho, Lamartine Correa de Oliveira Lira, Miguel Reale, para citar apenas alguns nomes, estavam presentes. Entre eles um advogado paranaense se destacava. Era René Ariel Dotti que apresentou a tese *O Estado de Direito e a liberdade de informação*.² Tema palpitante, principalmente considerando-se a duríssima censura imposta pela ditadura.

Fazia apenas três meses que eu havia ingressado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, local, aliás, que sediou a conferência, afora a extraordinária abertura que se deu no Teatro Guaíra, completamente lotado. O Centro Acadêmico Hugo Simas havia se preparado para proporcionar aos estudantes a possibilidade de acompanhar a apresentação das teses. Assim, aquela foi a primeira vez que pude ver e ouvir o professor Dotti. Mal sabia que depois de mais de um ano eu me tornaria ouvinte privilegiado de milhares de lições diárias vindas de René Dotti.

A PROVA

Em 1978 havia na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná o costume de que as aulas relativas às matérias centrais fossem ministradas, durante todo o período de sua carga horária, por um único Professor, que apenas era substituído em casos de afastamento temporário ou definitivo. Assim, logo que se ingressava no curso era possível saber quem

² A tese pode ser lida nos Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, acessível no seguinte *site*: <https://pt.scribd.com/document/374968350/Anais-Da-VII-Conferencia-Nacional-Da-Ordem-Dos-Advogados-Do-Brasil>. Acesso em: 05 nov. 2021.

se encarregaria das aulas de Direito Penal, Civil, Processo, Constitucional e assim por diante. Claro que se criava uma atmosfera de expectativa nos estudantes de poder ter aulas com determinado Professor, lembrando que naquele tempo os mais destacados advogados e outros profissionais do Direito de Curitiba davam aulas da Faculdade de Direito da UFPR.

Na minha turma, dividida em duas durante o primeiro ano em relação a algumas matérias e depois unificada, estava programado que as aulas de Direito Penal seriam ministradas por René Ariel Dotti. Advogado de destaque e defensor intransigente das garantias civis e da dignidade humana, o Professor Dotti era uma referência na defesa de presos políticos, lembrando que nos finais dos anos 70, a ditadura militar ainda dirigia com mão forte o País e não eram poucos os que nos dez anos anteriores haviam sido vítimas de prisões arbitrárias ou vítimas de “desaparecimento”. Portanto, ter aulas com um Professor que enfrentara e ainda enfrentava o regime, era motivo de grande orgulho. Principalmente depois de sua apresentação na VII Conferência da OAB.

As aulas de Direito Penal começaram no início de 1979. Era realmente uma satisfação acadêmica e pessoal extraordinária ouvir a história e doutrinas penais de quem as dominava como poucos. Mas para muito além disso, era notável absorver de um advogado de tamanha magnitude como René Dotti, as lições de vida profissional que se intermediavam e se uniam para mostrar a tantos jovens a grandeza da profissão e sua importância na construção de uma sociedade digna e ética. Decidi ali que queria ser advogado.

Havia um costume acadêmico naquela época: as provas deveriam ser realizadas no período da tarde, às 17:00 horas. Já fazia alguns meses que tínhamos aulas de Direito Penal com o Professor Dotti e estávamos nos preparando para a prova do terceiro bimestre, no mês de setembro. Na enorme sala de aula do prédio histórico da UFPR da praça Santos Andrade, quase cem estudantes estavam aguardando pelo Professor René. Cada qual em seu lugar. Com a sua chegada, determinou o Professor uma redistribuição das carteiras. Fui surpreendido quando me foi determinado por ele que deveria me sentar na primeira carteira que ele próprio colocou ao lado do tablado e de frente ao quadro. Não entendi aquele gesto mas, evidentemente, o aceitei, embora perturbado buscando a razão de ter sido isolado na sala.

Quando a prova começou, pude perceber a entrada na sala de um sujeito desconhecido, baixo, um pouco gordo mas evidentemente conhecido do Professor René, pois ficava com ele conversando e me olhando insistentemente. Embora constrangido porque aquele sujeito se postava ao meu lado e lia trechos da minha prova, acabei de respondê-la e quando fui entregá-la o Professor René me pediu que aguardasse que todos entregassem suas provas porque gostaria de conversar comigo. Pronto! Para mim aquilo era definitivo: fiz alguma bobagem de proporções épicas. Pior: quais seriam as consequências do que eu fiz ou não fiz? Quando todos haviam saído da sala de aula, o professor René me apresentou àquele sujeito: o Dr. Walter Borges Carneiro, seu sócio. E com a benção do Dr. Walter, fui convidado pelo Professor René para ser estagiário em seu escritório. Dias depois começava minha vida na prática do Direito.

Aquela prova de Direito Penal, definitivamente, foi um marco em minha vida profissional e pessoal.

CANDIDE

Sob o pseudônimo de *Monsieur le docteur Ralph*, o filósofo francês François-Marie Arouet, que também assinava *Voltaire*, escreveu em 1759 uma obra absolutamente notável, *Candide ou l'optimisme*, onde o protagonista, apesar de enfrentar as maiores tragédias possíveis da existência humana, sempre agia com otimismo, justificando os acidentes de percurso como modo de alcançar algo melhor no futuro, alterando, dessa forma, o consequentialismo das desgraças. E sempre chega a uma mesma conclusão: *esse é o melhor possível dos mundos*.

Candide é uma leitura que sempre me fascina e que me tornou também um otimista. Pois bem. Assim que cheguei ao escritório do Professor René, no último andar de um edifício central de Curitiba, fiquei encantado com a vista e com a recepção. Além daquele sujeito da prova que agora sabia ser o advogado Walter Borges Carneiro, também conheci a então Advogada e hoje Desembargadora Regina Helena Pereira Afonso de Oliveira Portes, brilhante profissional e dedicada ao ramo do Direito de Família. Com eles convivi por anos, até que ambos foram fazer parte do Tribunal de Alçada do Paraná e depois do Tribunal de Justiça do Estado. Senti que ali era o melhor possível dos mundos.

Logo que cheguei ao escritório, o Professor René havia recém entregue um de seus trabalhos para concorrer a um concurso nacional de monografias de enorme repercussão à época. O trabalho se chamava *Proteção da vida privada e liberdade de informação*³. Era uma obra que pode se caracterizar como visionária. Basta dizer que suas ideias foram, nove anos depois, inseridas como direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros no art. 5º, inc. X, da Constituição Cidadã. O Professor Dotti defendia que o cidadão tinha direito amplo à informação, sem qualquer censura (como havia defendido na VII Conferência da OAB), principalmente em relação aos atos dos poderes públicos, bem como, e principalmente, que essa liberdade de informação deveria refletir no direito constitucional da vida privada do cidadão, compreendendo aí o direito à imagem, à honra e ao nome.

O trabalho foi o vencedor daquele concurso nacional de monografias. Mas o que mais me impressionou foi a coincidência de que ao depositar o trabalho, o Professor Dotti tenha escolhido exatamente apresentar-se com o pseudônimo *Candide*, na exata referência da personagem de Voltaire.

Ainda tímido na adaptação ao escritório, perguntei ao Professor René depois do anúncio de que havia vencido o concurso jurídico, a razão de ter escolhido exatamente apresentar-se como *Candide*. Obtive mais uma de suas preciosas lições: precisamos ser otimistas; criar nosso mundo para que se torne o melhor possível; enfrentar nossos desafios e com eles aprender; não esmorecer e não ter medo de sonhar.

E René Dotti fazia exatamente isso, trazendo de Voltaire o otimismo diante dos desafios da vida e de Fernando Pessoa a lição de que “*o homem é do tamanho de seu sonho*”.

OS ESTUDANTES DE FLORIANÓPOLIS – A NOVEMBRADE E O JORNALISTA

No final dos anos 70, o horizonte da democracia parecia ainda distante.

Prevalecia a famosa frase do então Presidente da República, o General Ernesto Geisel, de que a abertura seria “*lenta, gradual e segura*”. Mas

³ DOTTI, Rene Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Há 4 volumes disponíveis na biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR.

havia pressa, esperança, sonhos a serem realizados e, naturalmente, irrealização com a situação política brasileira. Geisel havia sido sucedido por outro General, ex-chefe do temido Serviço Nacional de Informação (SNI), João Baptista de Oliveira Figueiredo que assim se tornou o 30º Presidente do Brasil (1979 a 1985).

No dia 30 de novembro de 1979 na Praça XV de Florianópolis em frente ao palácio Cruz e Souza, durante uma visita do Presidente Figueiredo à ilha, estudantes da Universidade Federal de Santa Catarina ligados ao DCE, organizaram uma manifestação de protesto contra os desmandos do poder. Segundos notícias de então⁴, mais de 4 mil pessoas estavam no local protestando e todos passaram a gritar slogans contra o regime. Para piorar, Figueiredo havia ido a Florianópolis exatamente para inaugurar uma placa (?!) em homenagem ao chamado *marechal de ferro*, Floriano Peixoto, que empresta seu nome à paradisíaca ilha cujos moradores se orgulham da natureza e de seu povo, mas não nutrem simpatia pelo nome, preferindo *Ilha de Santa Catarina*.

Pois bem. Saindo da Praça XV e se dirigindo ao conhecido Senadinho no centro de Florianópolis, o Presidente e sua comitiva foram “insultados”. Figueiredo, conhecido apreciador de cavalos e que depois desse episódio cunhou a famosa frase de que preferia o cheiro dos equinos do que de seres humanos, em atitude de rompante indigna de um chefe do Poder Executivo, revidou as ofensas. Isso tornou a situação caótica e violenta. Apelidou-se o episódio de *novembrada*.

Ao final, uma severa censura foi imposta. Diversos estudantes da UFSC foram presos e contra eles instaurado inquérito militar e, posteriormente, uma ação penal por ofensas ao General-Presidente. Precisamente sete foram considerados “réus” por crimes contra a lei de segurança nacional. Me permito não identifica-los mas afirmo que quando os conheci os admirei profundamente pelas suas mais puras e simples convicções sobre a democracia e a liberdade de manifestação, além da extremada coragem.

A Auditoria Militar se localizava em Curitiba e tinha jurisdição sobre o Estado de Santa Catarina. René Dotti, desde 1964, em diversos en-

⁴ Sobre o episódio, sugiro a leitura do Trabalho da Professora Marlene de Fáveri, no site Fronteiras: Revista Catarinense de História, n. 24, p. 61, 6 jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/FRCH/article/view/8088>. Acesso em: 05 nov. 2011.

dereços daquela unidade militar-jurisdicional, atuava na defesa de presos políticos. Nos estertores da ditadura, o desafio mais uma vez lhe era imposto: participar de um grupo de notáveis advogados que se reuniram para promover a defesa dos estudantes de Florianópolis. Do grupo faziam parte, além do próprio Dotti, José Carlos Dias; Nelson Wedekin; Mário Simas e Heleno Cláudio Fragoso.

Como estagiário, pude acompanhar de perto a elaboração da defesa e conviver com esses brilhantes profissionais. As defesas orais foram absolutamente primorosas e apesar da formação de um duríssimo Conselho, as sessões de julgamento transcorreram de forma pacífica. O aparato de segurança, formado para constranger e mostrar força do regime, passou os dias tomando banhos de sol. Defendia-se ali a liberdade. E por cardeiros 3 votos contra 2, os estudantes de Florianópolis foram absolvidos.

Muitos dizem que naquela novembrada e naquele resultado, finalmente a ditadura começava a perder suas esfarrapadas forças. Em 1982 se iniciou no Brasil o movimento *Diretas já!*

Ainda na Auditoria Militar pude acompanhar o Professor Dotti nos julgamentos por crimes contra a lei segurança nacional de um militar da cidade de Ponta Grossa. Me foi determinado pesquisar sobre a tese do *soldado-cidadão*, com direito à opinião própria e manifestação e de jornalistas da cidade de Foz do Iguaçu que no exercício da liberdade de imprensa haviam desafiado o governo⁵. Nesse último caso um ato falho transformou uma situação difícil em otimismo, mais uma vez recordando Candide: dos três jornalistas do periódico *Nosso Tempo*, apenas um deles foi condenado com base nos arts. 14, 33, 36 e 42 da LSN. Quando levado para o cumprimento da pena de prisão que ficava no prédio da Penitenciária Feminina de Piraquara, transformada naquele período em prisão política, o agente penitenciário ao abrir a porta da unidade na madrugada após a decisão surpreendeu-se ao ver que apenas um acusado seria preso e disse: “mas onde estão os outros dois? Tive um trabalho para arrumar as três celas que

⁵ Sobre o episódio, sugiro a leitura de *O último preso político: Juvêncio Mazzarollo no crepúsculo da ditadura militar no Brasil*, de Jacob Blanc. Disponível em: https://www.academia.edu/30483085/O_%C3%BAltimo_preso_pol%C3%ADtico_Juv%C3%AAncio_Mazzarollo_no_crep%C3%BAsculo_da_ditadura_militar_no_Brasil. Acesso em: 05 nov. 2021. também localizável pelo título do trabalho na rede. Nele o autor destaca as teses e a defesa produzida pelo Professor René Dotti.

mandaram preparar...". O Superior Tribunal Militar dias depois revogou a prisão e o recurso foi posteriormente provido. Juvêncio foi, de fato, o último preso político do Brasil.

Aqueles julgamentos marcaram o encerramento de uma trajetória vibrante na vida profissional de René Dotti. A doação de sua capacidade profissional somada ao perfil de intransigente defensor das liberdades pessoais e públicas marcaram de forma indelével sua atuação como advogado. Foi um herói da resistência que defendeu a liberdade de não se viver com medo.

A CÁTEDRA

Na Universidade Federal do Paraná havia uma espécie de plano de carreira para professores, sendo que alguns ingressavam através de concurso público e outros por contratos de prestação de serviços. Havia exigências rígidas, porém, para a progressão nos diversos cargos até que se pudesse alcançar a cátedra (ou titularidade) de uma determinada carreira, aí sim apenas através de concurso público e quando se abrisse vagas com aposentadorias daqueles que o ocupavam.

Com a abertura de uma cadeira com a aposentadoria do Professor Ildefonso Marques, abriu-se uma vaga no Departamento de Direito Penal no ano de 1980 para a titularidade. A ela concorreu o Professor René Dotti. O concurso, realizado em 1981, era dividido em três etapas distintas: uma aula didática; uma prova escrita e a defesa de uma tese. A banca foi composta por Alcides Munhoz Neto, Paulo José da Costa Júnior e Everardo da Cunha Luna. A tese apresentada tinha o título *Bases e alternativas para o sistema de penas*.

A tese, depois transformada em livro com cerca de 550 páginas, foi toda ela escrita a mão pelo Professor René. A rotina era estressante: acordava por volta das 2 horas da manhã, todos os dias, realizava pesquisas e redigia. Pela manhã, por volta das 08:30, chegávamos à casa do Professor René eu e nosso colega de escritório de então, Guilherme Rodrigues. Os escritos, então, eram levados a uma exímia datilógrafa, Dna. Mauren, que morava em outro extremo da cidade, no bairro Portão, em Curitiba. Ela, então, iniciava a primeira etapa de datilografar os textos. Aquilo que havia sido feito na tarde e noite anterior eram levados, então,

para correção pelo Professor René, que assim o fazia durante o resto da manhã. Durante a tarde o ritual se repetia. Todos os dias, de segunda a sábado. Nem há necessidade de informar que não existia computador, fax ou outro mecanismo que pudesse substituir a boa e velha máquina de escrever. Tanto o Guilherme quanto eu fomos agraciados com a referência de tradução de doutrinas em inglês que pesquisávamos no curso do trabalho. Ainda lembro do momento de absoluto alívio quando a tese foi depositada na Reitoria da UFPR.

O título da cátedra (ou titularidade) foi alcançada com nota 9,98. Everardo da Cunha Luna havia dado a nota 9,9 na prova escrita o que impediu o grau 10.

A tese teve extraordinária repercussão no mundo jurídico nacional pelo seu exigível ineditismo e contemporaneidade, pois se começava pensar em uma lei que tratasse da execução das penas e sua evolução no mundo civilizado, excluindo o trio punitivo perverso da reclusão-detenção-multa. E assim, em 1982, por conta de seu trabalho acadêmico, o Professor Dotti foi convidado a compor a comissão de redação da então nova parte geral do Código Penal e da novíssima Lei de Execuções Penais, sendo que esta imprimiu em seu texto diversas das ideias apresentadas na tese. Lembro que a comissão era presidida por ninguém menos que o Ministro Evandro Lins e Silva e dela participavam Miguel Reale Junior, Manoel Pedro Pimentel, Juarez Cirino e tantos outros. O trabalho redundou nas leis n.ºs. 7.209 e 7.210 de 11 de julho de 1984.

Como doutrinador e legislador, René Dotti alcançou graus de reconhecimento nacional e internacional que perduram até os dias de hoje, sem perder jamais o foco na defesa do ser humano e de sua dignidade.

UM CASAMENTO, UM ESPETÁCULO, UMA PRISÃO E UMA MÁSCARA

Em 1986, Álvaro Fernandes Dias foi eleito Governador do Estado do Paraná.

Antes disso, ainda quando exercia o primeiro mandato como Senador da República eleito em 1982, era amigo pessoal e cliente do Professor René e de todos nós do escritório.

Assim, não causou surpresa a todos nós o fato de que em uma determinada tarde de dezembro de 1986 o Professor René tenha trazido a notícia de que iria se ausentar por algum tempo do escritório porque havia sido convidado por Dias a fazer parte de seu secretariado. Talvez em uma reação automática à notícia, lamentei o fato da indicação à Secretaria da Justiça. Imediatamente o Professor René nos disse: “mas quem falou em Secretaria da Justiça?”. E nos avisou que o convite era para assumir a Secretaria da Cultura do Estado do Paraná. Extraordinária e emocionante surpresa.

Na juventude e em épocas universitárias, o Professor René já atuava na área cultural, sendo crítico de teatro, ator, escritor e com ampla participação nos mais diversos campos das artes e com grandes amizades como Odelair Rodrigues, Ary Fontoura; Helena Kolody e Paulo Leminski, entre tantos outros. Então atuar na Secretaria de Cultura do Paraná foi quase como uma saudosa volta aos melhores tempos da juventude.

A posse do Professor René na Secretaria de Cultura foi enormemente prestigiada e representativa de diversos ramos da cultura estadual. Sugeri a ele – cheio de segundas intenções – que convidasse alguns artistas paranaenses que trabalhavam e eram destacados fora do Paraná, como seu colega Ary Fontoura, indicando o nome de uma bailarina, solista do Teatro Municipal do Rio de Janeiro e nascida em Curitiba. O professor René gostou da ideia mas disse que o convite e a responsabilidade por sua vinda seria minha. Liguei, então, para o Teatro Municipal do Rio e conversei com Dalal Achcar, diretora artística do ballet. Naquela ocasião ela achou a ideia ótima mas me disse que seriam duas as bailarinas curitibanas compondo o grupo do Rio. Uma era Daniela De Rossi, cuja família conhecia. A segunda, Betina Dalcanalle. Informei a nova circunstância ao Professor René, de que duas bailarinas e não uma, eram curitibanas e viriam do Rio. Mais uma vez ele concordou, mantidas as regras anteriores. Elas efetivamente vieram e prestigiaram a posse juntamente com outros grandes nomes das artes paranaenses e nacionais⁶. Graças àquele convite ao qual eu estava autorizado e entre tantos outros esforços da arte da

⁶ Destaco duas presenças do mundo das artes: Jurandyr Czaczkes Chaves, ou Juca Chaves, o *Menestrel da República*, cliente e amigo de René Dotti e do brilhante Dalton Jérson Trevisan, nosso *Vampiro de Curitiba*, que saiu de sua absoluta reclusa e discreta vida para assistir a posse do amigo René na Secretaria de Cultura.

conquista, poucos anos depois me casei com a Daniela e estamos juntos há 30 anos! O Professor René e Dna. Rosarita foram nossos padrinhos.

Em determinada ocasião durante sua gestão, estive em Curitiba para apresentação a fabulosa atriz Bibi Ferreira com seu musical *Piaf*.

A *troupe* era muito grande, porque contava a história da cantora francesa desde seu nascimento até sua morte, intermediada pelas maravilhosas canções que marcaram a vida de Edith Piaf e que foram retratadas de modo precioso por Bibi Ferreira.

Mas um evento marcou o dia da estreia do espetáculo, que já estava com todos os ingressos vendidos para todas as apresentações no Teatro Guaíra.

Um dos atores com papel importante no espetáculo, entre a noite que antecedia e o dia da estreia, foi preso com pequena porção de entorpecente. Aqueles que acompanharam a prisão imediatamente a comunicaram ao Professor René. Impedido de advogar pelo exercício de cargo público que ocupava, imediatamente o Professor René solicitou ao advogado Walter Borges Carneiro e a mim que atendêssemos o caso e não medíssemos esforços para obter a liberdade do ator e mais importante, que isso fosse feito de forma discreta para evitar uma divulgação espetacular do fato e, por evidente, prejudicial ao espetáculo.

E assim foi feito. Obtida a liberdade em regime de plantão, o ator foi liberado para participar da estreia e o fez de modo magistral ao lado de Bibi Ferreira.

Após o espetáculo, o Professor René ofereceu, em sua residência e sob o comando de Dna. Rosarita Dotti, sua esposa e sempre companheira por 52 anos, um jantar a todo o elenco do musical. Naquela ocasião, Bibi Ferreira foi apresentada pelo Professor René de uma máscara em bronze do ator Procópio Ferreira, um gênio das artes cênicas e pai de Bibi. E o mais importante é que aquela máscara, que o então Secretário René Dotti guardava com tanto carinho, fora feita em vida e não como máscara mortuária, pelo brilhante escultor e amigo pessoal de Dotti, chamado Nelson Matulevicius⁷. Aquele fato deixou Bibi Ferreira realmente muito emo-

⁷ O catarinense radicado em Curitiba e “morador” da Boca Maldita Nelson Matulevicius foi um dos maiores escultores em bronze do Brasil juntamente com paranaense de Porto de Cima, João Turin. O Professor René Dotti ainda possuía em sua coleção

cionada e pude ouvi-la, depois daquela noite, repetir diversas vezes que aquela homenagem que recebeu no Paraná por parte de René Dotti foi a mais emocionante de sua vida.

Quanto ao ator, comemoramos a sua liberdade no mesmo evento. Mas Bibi Ferreira nunca ficou sabendo daquele pequeno desvio de rumo. Mais uma vez a lição de Voltaire prevaleceu e do que poderia ter sido uma tragédia se transformou em um belo espetáculo.

O MELHOR DOS MUNDOS POSSÍVEIS

Certamente René Dotti cultivou, desenvolveu e viveu o melhor dos mundos possíveis, amparado pelo bom humor, otimismo, coragem, entusiasmo, dedicação e amor. Felizes aqueles que por mais ou menos tempo; maior ou menor proximidade puderam desfrutar dessa convivência.

Sua família aí está para provar que sempre existe razão para as coisas feitas pelo coração, como cantou Renato Russo.

REFERÊNCIAS

BLANC, Jacob. O último preso político: Juvêncio Mazzarollo no crepúsculo da ditadura militar no Brasil. *Academia*. Disponível em: https://www.academia.edu/30483085/O_%C3%BAltimo_preso_pol%C3%ADtico_Juv%C3%AAncio_Mazzarollo_no_crep%C3%BAsculo_da_ditadura_militar_no_Brasil. Acesso em: 05 nov. 2021.

DOTTI, Rene Ariel. *Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/374968350/Anais-Da-VII-Conferencia-Nacional-Da-Ordem-Dos-Advogados-Do-Brasil>. Acesso em: 05 nov. 2021.

DOTTI, Rene Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FÁVERI, M. Novembrada. Fronteiras: Revista Catarinense de História, n. 24, p. 61, 6 jun. 2018.

outras obras de Nelson, como um perfil em bronze do Advogado Vieira Neto e uma máscara de ninguém menos que Voltaire, cuja obra lhe rendeu muitas inspirações e orientou este singelo escrito.



MESTRE RENÉ E O GUARDA-CHUVA

ROBERTO DELMANTO¹



Certa ocasião, meu pai Dante Delmanto, criminalista já consagrado, com a costureira fidalguia, recebeu em seu escritório, então no centro de São Paulo, a visita de um jovem advogado paranaense, integrante de conhecida banca de advocacia criminal de Curitiba. Com autorização judicial, trazia em mãos uma precatória a ser distribuída no Fórum paulistano.

Meu pai encantou-se com o brilhantismo daquele moço e a conversa acabou se prolongando, quando de repente caiu uma forte chuva.

Como ele estivesse sem guarda-chuva, meu pai fez questão que levasse o seu, um belo original italiano com cabo de madeira entalhado. O jovem não quis aceitar, dizendo que não sabia quando voltaria a São Paulo para poder devolvê-lo.

Foi, então, que meu pai, para sua surpresa, lhe disse que não precisava fazê-lo, pois era um presente seu. Parece que, com sua sensibilidade, intuiu que ele acabaria sendo um grande advogado.

Seu nome era René Ariel Dotti, que durante anos conservou com carinho aquele guarda-chuva e que mais tarde seria o principal criminalista do Paraná e um dos maiores do Brasil. Defensor de presos políticos durante a ditadura militar, por sua coragem e alto nível de suas atuações, ganhou prestígio nacional. Tornou-se também Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e um dos doutrinadores pe-

¹ Advogado criminalista em São Paulo/SP.

nais e processuais-penais mais conceituados do país. Foi ainda Secretário da Cultura do Estado do Paraná, quando pode pôr em prática, em prol da população paranaense, todo seu vasto e eclético conhecimento.

A amizade com meu pai, iniciada no episódio acima narrado, estendeu-se a meu irmão Celso, depois a mim e mais tarde a meu filho Roberto Junior.

Quando escrevi meu primeiro livro de crônicas forenses – Causos Criminais – enviei-lhe um exemplar. René gostou, ao perceber que, como ele, eu só guardavada vida profissional lembranças alegres e felizes.

E, na coluna “Breviário Forense” do suplemento “Direito e Justiça”, que mantinha no jornal “O Estado do Paraná”, na primeira página da edição de 12/01/03, no artigo “Boa Leitura de Férias”, escreveu esta bela mensagem, dirigida a todos os advogados, principalmente criminalistas: “A boa alma do advogado na convivência com os personagens da Divina Comédia da existência não padece no purgatório ou no inferno, mas conserva, na memória de humanidade, os momentos de paraíso”.

Ao agradecer-lhe, perguntei se poderia usar em meu segundo livro de crônicas o título Momentos de Paraíso, e, com sua concordância, assim o chamei com o subtítulo memórias de um criminalista.

Com o tempo, René ampliou seu escritório para outras áreas do direito, tornando-o o maior do Estado, mas a atividade principal continuou sendo aquela que era sua verdadeira vocação: a advocacia criminal.

Seus livros alcançaram sucessivas edições e no magistério formou várias gerações de advogados, promotores, juízes e professores, transmitindo-lhes inesquecíveis lições de humanismo e respeito aos direitos humanos.

Além de brilhar nas três áreas de atuação – advocacia penal, magistério e doutrina jurídica – tinha uma outra grande qualidade, talvez a mais importante: ade chefe de família exemplar, dedicado e amoroso, muito querido pela esposa, filhas e netos.

Parafraçando o que se disse sobre Rui Barbosa, o maior dos advogados brasileiros, eu diria que a vida de René Dotti se caracterizou por uma linha reta, que começava no idealismo, passava pela legalidade e terminava na liberdade.

Amado por seus companheiros de escritório, a começar dos estagiários para os quais idealizou um curso de formação profissional, e admirado por seus colegas criminalistas, ante as dificuldades da advocacia criminal, a mais bela das especialidades da nobre arte, a todos deixou esta exortação: “Não se abatem. Lutem. Nós, os advogados, temos a força da lei, a força das petições”.

E, como o fez em muitas aulas e palestras ao se dirigir aos jovens, deixou para nós advogados criminais, como um norte a ser seguido, “três palavras que evocam sentimentos vigorosos: entusiasmo, paixão e esperança”, a elas acrescentando: “O entusiasmo deve ser o alimento diário para a alma. A paixão é o segundo estágio desse processo. Uma paixão lúcida, que fermenta as revoluções do espírito. Paixão que é tema religioso – A Paixão de Cristo – ou de música – A Paixão de São Mateus, de Bach – uma paixão sem a qual a vida não vale ser vivida. E, finalmente, a esperança. Esperança de que eu possa mudar alguma coisa para melhor em minha vida e na vida dos outros; que hoje é melhor que ontem e que amanhã será melhor que hoje. Uma esperança que, como diz o padre Antônio Vieira – pela sua palavra ainda viva apesar dos séculos – “é a mais doce companheira da alma”.

Para Guimarães Rosa, há homens que não morrem, ficam encantados. René Ariel Dotti encantou a todos que tiveram o privilégio de conhecê-lo e, encantado, permanecerá para sempre em nossos corações...



DUAS DÉCADAS DE APRENDIZADO, ADMIRAÇÃO E INSPIRAÇÃO: PARA O PROFESSOR RENÉ DOTTI

ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO¹



RESUMO

O presente artigo constituiu uma homenagem pessoal do autor ao Prof. René Ariel Dotti feita por meio de um depoimento sobre diferentes momentos em que a presença e as lições do homenageado influenciaram sua formação, amadurecimento profissional e pensamento. A ideia é compartilhar com o leitor algo de ocasiões em que o homenageado fez-se especial fonte de inspiração de desenvolvimento acadêmico e profissional, como fazem os melhores professores.

Palavras-chave: formação; aprendizado; influência; lições; direito penal; magistério.

SUMÁRIO

Referências.

¹ Mestre em direito penal pela Universidade de São Paulo. Professor da pós-graduação em direito penal econômico da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Advogado criminalista.

Ao receber, honrosamente, o convite dos organizadores – a quem muito agradeço – para participar desta obra coletiva, nem por um instante hesitei em responder afirmativamente, mesmo sabendo que qualquer homenagem minha a esse jurista e ser humano extraordinário que foi o Prof. René Dotti padeceria, inevitavelmente, de um certo vício de *desproporcionalidade* na relação entre linhas quaisquer que eu pudesse produzir face à grandiosidade do homenageado.

Fato é que, em meio às muitas reflexões e memórias que o passamento do Prof. René, naquela triste quinta-feira de fevereiro, suscitou-me, inevitável foi a vontade de escrever algo em sua homenagem nos dias subsequentes. Não o fiz, porém: indagava-me o que escrever, e nada do que me ocorria pareceu à altura do mestre. Os dias passaram, e logo notei que outros que tinham melhores condições de homenageá-lo o fizeram com admirável primor: Cássio Casagrande,² Antonio Sérgio Pitombo,³ Alexandre Knopfholz,⁴ Juliano Breda,⁵ Alaor Leite,⁶ assim como o bonito editorial do *Boletim IBCCrim* de abril.⁷ Mas eu ainda quis escrever, nem que fosse apenas para consumo próprio, e ora o faço, também como forma de me redimir parcialmente de minha falta de há cinco anos, quando da organização do belíssimo “*Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*” (Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016).

Relutei uma vez mais: sobre o quê, afinal, escrever? Natural cogitar de tema jurídico, pois, bem se sabe, ao longo de sua carreira, o Prof. René

² “Uma breve memória do Professor René Ariel Dotti”. *Jota*, 12/02/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-breve-memoria-do-professor-re-ne-ariel-dotti-1934-2021-12022021>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³ “René Ariel Dotti: o esgrimista da liberdade”. *Migalhas*, 12/02/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340258/rene-ariel-dotti-o-esgrimista-da-liberdade>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴ “O Ser humano René Dotti”. *Boletim IBCCrim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

⁵ “René Dotti: fragmentos de uma linda história”. *Boletim IBCCrim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

⁶ “Lei de Segurança Nacional: sono leve e força oculta (ou réquiem a René Dotti)”. *Consultor Jurídico*, 13/04/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/direito-digital-lei-seguranca-nacional-sono-leve-forca-oculta-ou-requiem-rene-dotti>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁷ “O Presente Boletim homenageia René Ariel Dotti”. *Boletim IBCCrim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

debruçou-se sobre tantos e tão variados que não seria difícil encontrar algum de afinidade com sua obra; por outro lado, a oportunidade é única de, como autor, expressar o relevo e a influência por ele exercida em minha trajetória acadêmica e profissional, a qual, malgrado não seja das mais notáveis como a dele, por alguma razão justifica que eu esteja, nesse momento, a contribuir para um livro em sua homenagem. Novo problema: se esse é o tema que desejo abordar, devo reconhecer estar em campo perigoso, visto não serem poucas as ocasiões em que textos-homenagem acabam por parecer mais voltados a destacar seus autores autorreferentes do que a tratar dos respectivos homenageados, notadamente em tempos em que profissionais da área jurídica afiguram-se mais vaidosos do que nunca, encantados com os holofotes e/ou consigo mesmos e olvidando que a vocação do juiz, do promotor e do advogado é a de servir a terceiros antes de servir a si.⁸

A missão é difícil e extremamente desafiadora, tanto mais porque, ainda hoje, este autor tem muito mais a conhecer – e a aprender – do que a narrar sobre o Prof. René. Todavia, como ele mesmo ensinou de diferentes maneiras por toda a sua vida, não há desafio que não possa ser assumido – claro, com entusiasmo! –, e a importância que lhe credito em minha formação⁹ justifica a assunção do risco de, aqui, oferecer essas palavras ao escrutínio público, concretizando a minha homenagem pessoal ao mestre.

⁸ Impossível, nesta passagem, deixar de assinalar que, na seara criminal, essa vaidade desmesurada de atores do sistema de Justiça parece ter se agravado sobremodo nos anos recentes, possivelmente como mais um subproduto da Operação ‘Lava Jato’ e da exacerbação do *trial by media* que nela se praticou, por vezes servindo mais às vaidades pessoais de juízes, procuradores e até mesmo de advogados que ao interesse público que deve nortear o exercício do mister dos integrantes de cada uma dessas classes profissionais, as quais exercem múnus público de igual jaez – mesmo quando em ministério privado, como é o caso da advocacia.

⁹ Tive, há sete anos, oportunidade de dedicar um artigo de minha lavra ao Prof. René Ariel Dotti, intitulado “A Advocacia criminal perante as comissões parlamentares de inquérito” (*In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 330-381). Fi-lo em virtude de meus estudos sobre CPIs terem tido marcante inspiração nas lições que li e ouvi do Prof. René em diferentes momentos e locais, a exemplo de palavras suas no colóquio do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, no Rio de Janeiro, em 2004, e de seu luminoso artigo “Os Novos comitês de salvação pública” (*In: BARANDIER, Antonio Carlos. CPI: os novos comitês de salvação pública*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 95-132).

Lembro-me perfeitamente de quando nasceu a minha “relação” com o Prof. René – ou melhor, com a sua obra –, em agosto de 2001, há exatas duas décadas. Era o segundo ano de minha graduação no Lgo. de São Francisco, eu começava a ter aulas de direito penal, com o estudo da parte geral, e, sem nenhuma familiaridade prévia com o mundo jurídico, suas obras e pessoas, tinha dificuldade de identificar qual seria a literatura mais adequada para os estudos – e, para mim como para muitos, os livros custavam caro, então não convinha errar a escolha. Certo dia, ao fim da aula, saí conversando com a então monitora da disciplina – hoje livre-docente em direito penal pela nossa faculdade, a Profa. Helena Lobo da Costa – e lhe indaguei sobre o que ela indicaria para acompanhamento do curso. Fui assim respondido, já na calçada da Rua Riachuelo: “*saiu há pouco tempo um livro novo de um importante professor da UFPR, que recomendo. O nome dele é René Ariel Dotti, e o ‘Curso’ está publicado pela ed. Forense*”. Trocamos mais algumas breves palavras e nos despedimos – ela adentrou o estacionamento, e eu me dirigi às livrarias jurídicas da Rua Sen. Feijó; adquiri o livro dias depois, então em sua edição inaugural, mais precisamente a cópia de nº 391, que me acompanhou durante toda a graduação¹⁰ em direito e após.

Quase dois anos se passaram e, em meados do primeiro semestre de 2003, deu-se um fenômeno do qual iniciados em ciências criminais devem lembrar-se: no contexto da tramitação de mais um dos tantos pacotes legislativos de recrudescimento penal irracional e populista que assolam o Congresso Nacional, emergiu uma reação espontânea de juristas e professores de direito penal e de direito processual penal de todo o país, bem como de notáveis advogados e magistrados, que buscaram unir forças para convencer tomadores de decisão política a evitar a aprovação de normas violadoras de direitos humanos e da Constituição Federal em matéria de política criminal e penitenciária. Nasceu, assim, o “‘Movimento Antiterror’ contra o terror penal”, assim intitulado graças à erudição do Prof. René, que recordava as lições de Giuseppe Bettiol na Itália de meados do último século sobre a amplitude do *terror penal*, o qual não se limita às guilhotinas ou pelotões de fuzilamento mas também se manifesta na imposição arbitrária – sem limites precisos ou observância a garantias

¹⁰ O “Curso...” do Prof. René foi, por certo, um dos dois que mais consultei durante toda a faculdade, ao lado do primeiro volume das *Instituições de direito penal* do Prof. Miguel Reale Jr., lançado no ano subsequente pela mesma ed. Forense.

fundamentais – do poder punitivo estatal sobre cidadãos.¹¹ Em verdade, o Prof. René foi o grande inspirador e impulsionador daquele movimento social e político notável, a partir de sua antológica “*Carta para Maria Thereza*”, comunicação expressiva de desabafo e de esperança que enviou à Profa. Maria Thereza de Assis Moura – então advogada em São Paulo e diretora do IBCCrim – aos 27 de abril daquele ano, em resposta a e-mail por ela enviado horas antes expressando preocupações relativas a projetos de lei em regime de urgência na Câmara dos Deputados.¹²

Naquele ano, eu cursava a disciplina de processo penal com a Profa. Maria Thereza. Ela nos relatou em sala de aula os acontecimentos e conversas em andamento, e informou que o grupo estava aberto a potenciais interessados. Aderi, então, ao ‘Movimento’, que foi presidido pelo advogado carioca Luís Guilherme Vieira e cujas comunicações se davam, basicamente, por meio de um grupo de *e-mails* (“*e-group*”), ferramenta que aos jovens de hoje pode parecer pré-histórica mas nos parecia moderna e prática há menos de vinte anos – e que, a mim como estudante de graduação foi fonte preciosa de informação e de formação. Semanas mais tarde, em maio, deu-se o lançamento oficial do ‘Movimento Antiterror’ na histórica Sala dos Estudantes da Faculdade de Direito da USP, ocasião em que conheci pessoalmente o Prof. René e pude testemunhar sua oratória brilhante em defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana; encerrou seu inesquecível discurso com uma de suas citações preferidas, de Pe. Antonio Vieira: “*a esperança é a mais doce companheira da alma*” – palavras que eu não conhecia e que me encantaram, a quais são poderosa fonte de motivação em face das adversidades tão frequentes nas batalhas diárias da advocacia criminal e da defesa das liberdades públicas. Mais que isso, constatei que o Prof. René, ao falar das coisas do direito e da Justiça, fazia-o com notável fascínio sobre o objeto de seu discurso, representativo da devoção com que se entregava aos estudos, à advocacia e ao magistério; a imagem com que fiquei – e comentei com colegas a respeito – era a de um jovem que parecia estar diante de seu primeiro amor, de sua primeira paixão, mas, ao revés, tratava-se de um professor titular cuja

¹¹ BETTIOL, Giuseppe. “Diritto penale e politica”. In: *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966, pp. 638-639.

¹² “Carta para Maria Thereza”. In: DOTTI, René Ariel. *O Movimento Antiterror e a missão da magistratura*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 15-26.

laureada carreira em nada lhe reduzira o encantamento e a dedicação por cada uma de suas lições e desafios acadêmicos e profissionais.

A presença do Prof. René no ‘Movimento Antiterror’ foi algo de profundamente inspirador para todos que testemunharam aquelas reuniões históricas, e mais ainda a quem, como eu, começava a ter contato com figuras que conhecia e admirava somente por meio de artigos e livros. Os muitos que viram o Prof. René em ação sabem o quanto era difícil, se não impossível, ouvir seus discursos apaixonados em defesa do justo sem ser envolvido pelo entusiasmo que ele expressava, pela paixão e beleza que colocava cada discurso, em cada texto, em cada sustentação oral, em cada aula ou conferência. Meses depois, a sua presença em um congresso organizado e presidido pelo Prof. Geraldo Prado foi uma das razões que me fez ir ao Rio de Janeiro apenas pela segunda vez em minha vida, quando tive a fortuna de testemunhar a bonita homenagem feita a ele pelo Prof. Geraldo ante a aproximação do jubileu do Prof. René na UFPR, instituição à qual dedicou o magistério de uma vida inteira. Ali me surpreendi com o entusiasmo do mestre ao me reencontrar, expressivo de sua extraordinária devoção ao magistério e a estudantes em geral, sabedor de que de algum modo eu também era, à distância, um de seus alunos. Generoso que era, e o era em especial com seus alunos (os de perto e os de longe), convidou-me para almoçarmos no restaurante do Hotel Glória, também nas companhias de Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, sem eu saber que estava ali a iniciar grandes amizades que perduram até hoje – e, se é verdade que os caminhos de nossas trajetórias profissionais e valores comuns se cruzariam em algum momento, é certo que devo à generosidade do Prof. René o encontro precoce deste estudante de graduação com duas referências da defesa das liberdades em nosso país, ambos de uma geração de penalistas gaúchos que anos antes fora ao Paraná beber na fonte dos ensinamentos do mestre e de seus colegas e discípulos na UFPR.

Em paralelo, em aulas e em conversas com o Prof. Miguel Reale Jr. – que logo se tornaria meu orientador na Faculdade de Direito, de quem me tornei discípulo – vim a saber sobre o relevante papel desempenhado pelo Prof. René nos anteprojetos de reforma da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal de 1984. Recordo-me do relato do Prof. Miguel, em meados de 2004, sobre a contundente crítica feita pelo Prof. René em colóquio com juízes criminais no Fórum Criminal Central de

São Paulo a propósito dos 20 anos da LEP, denunciando que muitas autoridades criminais criticavam a suposta leniência da lei de execução sem sequer terem dados empíricos para isso, já que essas mesmos integrantes do Ministério Público e do Judiciário deliberada e sistematicamente recusavam-se a aplicar a lei tal como fora concebida, e na prática apenas distorciam a sua interpretação e aplicação concreta – realidade que, todos sabemos, infelizmente subsiste até hoje.

Reencontrei o Prof. René em 2005, em congresso jurídico organizado pelo Prof. Marcelo Leonardo na ‘Vetusta Casa de Afonso Pena’, a Faculdade de Direito da UFMG. Ali testemunhei, novamente, algo de seu brilhantismo e sua generosidade: não só proferiu mais uma antológica conferência, como, em seguida, pôs-se a distribuir e autografar, aos estudantes presentes, o precioso livro “*O Movimento Antiterror e a missão da magistratura*” (ed. Juruá, 2005), registro histórico não só do que fora o ‘Movimento Antiterror’ surgido dois anos antes, de seus princípios e realizações concretas e simbólicas, como também do entusiasmo e da paixão com que o mestre se entregava a seus ideais – não apenas os jurídicos e os filosóficos, mas também os do educador e formador de pessoas, de tão rara vocação.

Passaram-se os anos, encontramos-nos poucas vezes, principalmente nos Seminários Internacionais do IBCCrim, a cada final de agosto. Tornei-me leitor não apenas de sua vasta obra jurídica, ou de seu interessantíssimo livro “*Casos criminais célebres*” (ed. Revista dos Tribunais, neste ano em sua 4ª edição), mas também de seus artigos frequentes no extinto jornal *O Estado do Paraná* e no site *Migalhas*, e em outros veículos. O mestre tinha estilo literário próprio, que combinava apuro técnico com certo lirismo, sendo que este último, não raro, já era notável no título de alguns de seus escritos, de leitura sempre prazerosa. Um deles em particular, publicado em 2007 no *Boletim IBCCrim*, fixou-se em minha memória e recomendo com frequência a colegas, especialmente a advogados jovens com quem trabalho: “Um Bando de denúncias por quadrilha”,¹³ uma joia desde seu título e uma indignada e primorosa crítica à práxis ministerial que se tornara comum sobretudo em opera-

¹³ DOTTI, René Ariel. “Um Bando de denúncias por quadrilha”. *Boletim IBCCrim* nº 174. São Paulo: IBCCrim, abril/2007.

ções deflagradas pela Polícia Federal naqueles anos, e que tão mal fez (e ainda faz) à dogmática penal e aos direitos de cidadãos, de supor crimes associativos em casos de mero concurso de agentes, com sabidas e nefastas consequências materiais (estigmatização indevida e erros judiciais decorrentes de *overcharging*) e processuais (facilitação de medidas cautelares que, na falta do delito associativo, não seriam cabíveis ou seriam de mais difícil obtenção).

Impossível a mim não recordar nestas linhas a histórica audiência pública sobre o então recém-apresentado Projeto de Novo Código Penal, ocorrida aos 29/08/2012 no 18º Seminário Internacional do IBCCrim. Tive o enorme privilégio – e, como bem se lembrarão os presentes, também o desafio – de moderar aquele denso e acalorado debate de ideias protagonizado pelo Prof. René Dotti ao lado do Prof. Miguel Reale Jr., e também do relator do respectivo anteprojeto, Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em que posições jusfilosóficas e dogmáticas se confrontaram, por vezes com marcante agudez. Das divergências (e algumas convergências) entre os debatedores – para as quais também contribuíram, da plateia, o Prof. Juarez Tavares, o Prof. Luiz Flávio Gomes, entre outros – emanaram lições notáveis sobre temas penais diversos de parte geral, parte especial e execução, ressaltando-se nas ponderações do Prof. René a visão humanista do mestre que questionava indignado a centralidade da pena de prisão ainda subsistente nas formulações legislativas, malgrado estejam exaustivamente demonstrados sua ineficácia preventiva e seus deletérios efeitos dessocializantes e criminógenos. Aquela memorável noite foi recentemente lembrada no editorial do *Boletim IBCCrim* nº 341,¹⁴ por ocasião de homenagem do Instituto ao mestre, e decerto é ainda lembrada e narrada a terceiros por muitos dos profissionais que lá estiveram presentes às centenas – o que talvez explique o fato de os dois vídeos da audiência pública disponibilizados no canal do IBCCRIM no *YouTube* contarem, somados, mais de nove mil acessos.¹⁵

Em fins de 2014, por ocasião de uma das muitas viagens a Curitiba que o exercício da advocacia criminal impôs a partir do segundo semestre daquele ano, visitei o Prof. René em seu escritório. Recebeu-me,

¹⁴ *Op. cit.*

¹⁵ Disponíveis em <https://www.youtube.com/watch?v=OTLMajjNOH0&t=9s> e em <https://www.youtube.com/watch?v=7tIQplUlma8&t=108s>. Acesso em: 31 ago. 2021.

claro, com a alegria e fidalguia que o caracterizavam, e, na conversa, vim a saber – já com certo atraso – de seu mais recente empreendimento: nada menos que o projeto de atualização dos monumentais *Comentários ao Código Penal* de Néelson Hungria! Acabara de sair o tomo I do vol. I (ed. GZ, 2014), o qual ele gentilmente me presenteou, sempre caprichando na dedicatória, e de lá saí mais uma vez impressionado com o entusiasmo contagiante do mestre. Era sempre assim: alegre, gentil, tenaz, incansável, apaixonado pelo que fazia, e fazia tantas coisas – e ensinava novas lições a cada conversa. Jamais deixou de ser dessa forma, e jamais deixaria de sê-lo.

Mais recentemente, em 2018, o Prof. René foi protagonista do que considero ter sido uma das maiores satisfações de minha carreira profissional: assumi, sob as bênçãos dele e de seu escritório, a representação de um cliente e grande amigo pessoal seu de muitas décadas, para atuação em caso particularmente delicado e complexo. A demonstração de confiança de que fui destinatário é algo de que jamais me esquecerei, e acabamos trabalhados juntos, o que para mim consistiu em mais uma oportunidade de aprendizado com o mestre e, desta vez, também com alguns de seus discípulos e sócios. O caso exigiu trabalho intenso e prolongado, em meio ao qual pude testemunhar o respeito e a reverência, mais que justificados, com que o Prof. René era tratado por diferentes autoridades e interlocutores – não havia, com efeito, quem não o admirasse, e era notável também o respeito e reverência com que ele tributava ao sistema de Justiça e seus atores. Em certa ocasião, já no ano seguinte, acabaria por dar aos presentes, com sua simplicidade e gentileza (e didática), uma inesperada aula sobre a teleologia de certas normas inscritas na parte geral do Código Penal e na Lei de Execução Penal – que infelizmente não posso expor em virtude da relação com o caso concreto –, no que foi decisivo para a solução de um importante impasse jurídico do caso, mostrando uma vez mais o quão bem sabia usar sua erudição jurídica em favor da melhor estratégia e do melhor resultado para o cliente e para a Justiça. O nosso trabalho conjunto foi exitoso, e a riqueza das reflexões então compartilhadas com o mestre e com seu sócio Alexandre Knopfholz, insuperável.

Nos primeiros dias do corrente ano de 2021, estive no Rio Grande do Sul na companhia do querido amigo e grande advogado e professor

Alexandre Wunderlich. A certa altura de nossas despreziosas conversas em dias de folga do trabalho, pusemo-nos a dialogar sobre obras doutrinárias em matéria penal atualmente disponíveis no mercado editorial jurídico, e concordamos que o consagrado “Curso...” do Prof. René, por meio do qual conheci sua obra nos idos de 2001 e que atualmente se encontra na 6ª edição, revista e ampliada com a colaboração valiosa de Alexandre Knopffholz e Gustavo Scandelari (ed. Revista dos Tribunais, 2018), encontra-se no topo da escala das melhores obras do gênero no país, apresentando um tratamento igualmente refinado de temas antigos e novos e demonstrando, ainda uma vez, o quão formador de grandes juristas foi o Prof. René, que, por certo, partiu consciente de que a sua vasta e riquíssima obra permanece entre nós, nas lições e realizações que ele deixou e nas pessoas e gerações que ajudou a formar com esmero, entusiasmo e paixão.

De minha parte, só tenho a agradecer à vida pelas oportunidades de aprendizado e de convívio com o mestre de que desfrutei nesses vinte anos, as quais, como procurei expor, de fato influenciaram sobremaneira a minha formação e amadurecimento profissional e acadêmico de diferentes formas e em distintos momentos das últimas duas décadas. Uma honra, portanto, poder participar deste livro-homenagem, e dizer, ao cabo dessas linhas: muito obrigado, Professor!

REFERÊNCIAS

BETTIOL, Giuseppe. “Diritto penale e politica”. In: *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966, pp. 638-639.

BREDA, Juliano. “René Dotti: fragmentos de uma linda história”. *Boletim IBC-Crim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

BUSATO, Paulo; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta. *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

CASAGRANDE, Cássio. “Uma breve memória do Professor René Ariel Dotti”. *Jota*, 12/02/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-breve-memoria-do-professor-rene-ariel-dotti-1934-2021-12022021>. Acesso em: 31 ago. 2021.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001 (também: *idem, ibidem*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018).

DOTTI, René Ariel. “Os Novos comitês de salvação pública” In: BARANDIER, Antonio Carlos. CPI: os novos comitês de salvação pública, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DOTTI, René Ariel. *O Movimento Antiterror e a missão da magistratura*. Curitiba: Juruá, 2005.

DOTTI, René Ariel. “Um Bando de denúncias por quadrilha”. *Boletim IBCCrim* nº 174. São Paulo: IBCCrim, abril/2007.

DOTTI, René Ariel. Casos criminais célebres, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

HUNGRIA, Néelson; DOTTI, René Ariel. Comentários ao Código Penal, vol. I, t. I, 6ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. “O Presente Boletim homenageia René Ariel Dotti” (editorial). *Boletim IBCCrim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Audiência pública – Projeto de reforma do Código Penal brasileiro* (vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OTLMajjNOH0&t=9s> e em <https://www.youtube.com/watch?v=7tIQplUlma8&t=108s>. Acesso em: 31 ago. 2021.

KNOPFHOLZ, Alexandre. “O Ser humano René Dotti”. *Boletim IBCCrim* nº 341. São Paulo: IBCCrim, abril/2021.

LEITE, Alaor. “Lei de Segurança Nacional: sono leve e força oculta (ou réquiem a René Dotti)”. *Consultor Jurídico*, 13/04/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/direito-digital-lei-seguranca-nacional-sono-leve-forca-oculta-ou-requiem-rene-dotti>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. “René Ariel Dotti: o esgrimista da liberdade”. *Migalhas*, 12/02/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340258/rene-ariel-dotti-o-esgrimista-da-liberdade>. Acesso em: 31 ago. 2021.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. “A Advocacia criminal perante as comissões parlamentares de inquérito” In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. *Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



UM GRANDE PROFESSOR NÃO MORRE. ELE PARTE.

ROGÉRIO MAINARDES¹



O dia 11 de fevereiro trouxe a triste notícia da partida de René Ariel Dotti.

Num primeiro momento, senti-me chocado com a perda do meu sempre Professor e o vazio que ele deixa no mundo do Direito, em especial a lacuna na advocacia paranaense e brasileira. Com o impacto da informação que surpreendeu a todos, vieram as boas lembranças de uma vida dedicada ao ensino do Direito e o legado que este homem deixa entre nós, seus ex-alunos e amigos.

Professor René não era um professor da hora-aula, ele era o Professor por inteiro o tempo todo. Não havia uma conversa que não ensinasse algo de valor, com a tranquilidade de quem dominava o conteúdo com a força da comunicação e da didática. Seu entusiasmo ao expor um tema, por mais árduo que fosse, trazia para si toda a atenção e transformava, com a leveza e suavidade de sua voz, toda a complexidade em algo admirável e fácil de assimilar. Vibrava com o ensino e demonstrava de forma clara a sua paixão pelo Direito, o seu profundo conhecimento que nos trazia segurança ao aprender. Sua trajetória de vida e profissão foi sempre um exemplo a todos que tiveram a felicidade do convívio na sala de aula. Ser aluno do Professor René Dotti já nos alavancava a autoestima.

¹ Profissional de Marketing e Comunicação, empresário e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Não segui a carreira do Direito, mas não perdi de vista o Professor. Em cada encontro sempre recebi uma boa lição e, assim, construímos uma amizade ao longo dos anos. O respeito e a admiração sempre nortearam nossas conversas. Recorri a ele várias vezes para um conselho, uma orientação ou uma simples troca de ideias. Em todas as vezes, impressionava-me a humildade e a capacidade de ouvir. Muito ouvia, para depois emitir a sua opinião. E muitas vezes, já distante do escritório ou em horas-extras de quem sabia que era um Professor e que para ensinar não existia hora, ligava-me e ao telefone complementava seu raciocínio com maior reflexão acerca do assunto que conversamos. Ele era, acima de tudo, um Professor. E como tal sabia que sua missão era iluminar com seu conhecimento.

Lembro-me de uma grande lição que me deu, com sua oratória peculiar, dizendo-me que “não devíamos ser ingênuos ao imaginar que todas as pessoas têm os mesmos valores que os nossos e que agem com a mesma base para direcionar suas atitudes. Devemos, disse-me ele, saber que cada um age com os seus próprios valores e que nem todos conhecem ou se fundamentam nos princípios do Direito e da Ética sobre a qual queremos estabelecer nossos relacionamentos pessoais, profissionais ou comerciais”. Não foram poucas as lições que este Professor deixou ao longo da sua vida para os seus milhares de alunos, clientes e amigos.

Hoje, ao receber a triste notícia, resgatar as lembranças de nossas aulas e encontros, cheguei à conclusão de que um grande Professor como René Ariel Dotti não morre. Ele parte em busca de um novo caminho, novos conhecimentos que possam iluminar a sua própria alma. Fica conosco um exemplo de vida, de luta pela cidadania, pelo Direito, pelo respeito e amor ao país em que nascemos. Fica entre nós a paixão de um homem pelo ensino e pelas grandes causas de uma nação que ele tanto quis ver grande, democrática e desenvolvida com igual oportunidade para todos.

Parta feliz, meu Professor! Sua missão foi muito bem cumprida! Fica também conosco o orgulho de que seremos sempre os seus alunos.



O INDOMÁVEL RENÉ ARIEL DOTTI

TÉCIO LINS E SILVA¹²



RESUMO

Trata-se de homenagem ao ilustre Professor René Ariel Dotti, Advogado, Professor e doutrinador de Direito Penal e Processo Penal. Contam-se breves histórias da atuação de René como advogado criminal ao longo de sua vida, exaltando-se o legado do inesquecível Mestre.

Palavras-chave: René Ariel Dotti; Direito Penal; Processo Penal; Advogado; Advocacia criminal.

SUMÁRIO

Referências.

-
- ¹ **Técio Lins e Silva** estreou no Júri em 1965, ainda estudante, e na Tribuna do STM em maio de 1968, quando bacharelando, defendendo um Habeas Corpus impetrado por seu Pai, Advogado Raul Lins e Silva, que falecera uma semana antes. Formado pela Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro, Turma de 1968, onde cursou Mestrado e Doutorado. Foi Conselheiro da OAB/RJ e do Conselho Federal em diversas gestões. Membro do Conselho Nacional de Justiça, representante da OAB, na segunda composição de 2007/2009. Foi Secretário de Estado da Justiça do Rio de Janeiro (1987/2000) e Procurador-Geral da Defensoria Pública (criada por Emenda Constitucional à Constituição do Estado do Rio de Janeiro e presidiu o Instituto dos Advogados Brasileiros nas gestões 2014 a 2018). Lecionou Direito Penal na Universidade Cândido Mendes. Comanda o Escritório de Advocacia Criminal estabelecido no Rio de Janeiro, que no ano de 2020 completou 90 anos.
 - ² Letícia Lins e Silva, minha fiel escudeira e companheira de escritório fez a revisão do texto.

Os Advogados notáveis são sempre conhecidos por suas características mais marcantes. Cada um deixa o seu registro na memória dos Colegas com os quais conviveu.

René Dotti era um Colega educadíssimo e que fazia de seu intenso sotaque paranaense uma marca inesquecível.

Pelas razões óbvias de viver numa pacata cidade como Curitiba, o grande doutrinador e professor de Direito Penal não pôde se restringir à especialidade de Advogado Criminal. Seu Escritório sempre teve destaque também em outros ramos do direito, no Direito Civil e na advocacia de família.

Claro que a fama de grande Advogado e tribuno poderoso vieram de sua intensa militância na advocacia das causas criminais.

Nesse ambiente, René dominava, pois escrevia com paixão e deixou uma obra vasta nessa matéria que a nós seduz.

Advogou no Júri e nas grandes causas criminais no Paraná e no País.

René Dotti era um ser muito educado, caprichoso nos trabalhos escritos e primoroso na arte de sustentar. Por conta de tudo isso, conquistou enorme prestígio nas Cortes Superiores, onde circulava com desenvoltura e gozava da admiração dos juízes que julgavam as suas causas. Professor admirado deixou uma imensa quantidade de ex-alunos em todos os níveis da Magistratura, do mesmo modo no Ministério Público e por aí afora, onde deixou sua marca de doutrinador, professor e, sobretudo, advogado criminal admirável.

Era um prazer inenarrável escutar René na Tribuna, em qualquer processo e em qualquer circunstância. A não ser quando ele era adversário na causa...

René era carismático e sabia colocar-se com rara habilidade nas intervenções que fazia em qualquer ambiente. Até conversando informalmente, René tinha uma delícia de prosa.

Sou testemunha de sua dedicação ao exercício da defesa das liberdades e à sua fidelidade à Democracia.

Nas inúmeras Conferências Nacionais da Advocacia, René Dotti era sempre um expoente. A mais famosa delas, a VII Conferência Nacional dos Advogados, realizou-se em Curitiba no ano de 1978, quando

Raymundo Faoro presidia a OAB Nacional e Eduardo Virmond presidia a seccional paranaense.

Esta Conferência marcou a vida do País. Foi dela que Raymundo Faoro saiu consagrado para exigir do Presidente Ernesto Geisel a volta do Habeas Corpus, suspenso desde 13 de dezembro de 1968 pelo Ato Institucional nº 5. Durante a sua realização, Raymundo Faoro recebeu comunicado do Presidente Ernesto Geisel, afirmando que a anistia seria decretada, um “passo necessário no aperfeiçoamento do Estado de Direito”, segundo a “Declaração de Curitiba”.

Nessas ocasiões, René Dotti era insuperável na arte de receber.

Enquanto isso, nesse mesmo ano de 1978, na pacata cidade de Ponta Grossa, o Tenente Coronel do Exército Tarcísio Nunes Ferreira, então com 47 anos de idade, comandava o 13º BIB sediado na cidade e foi convidado para proferir palestra na reunião do III Conselho Distrital do Lions Clube Internacional, naquela mesma cidade, no dia 04/03/1978. Evento, obviamente, restrito à cidade, sem nenhuma repercussão nacional.

O encontro se deu no Auditório da Associação Médica de Ponta Grossa, sob o tema “Participação e Responsabilidade”. Ocorre que a palestra proferida pelo Comandante do Batalhão não agradou aos superiores, pois pregava liberdade e falava em democracia, insultos à ordem institucional da época.

Quatro dias depois, o Coronel Tarcísio foi punido disciplinarmente com dois dias de prisão domiciliar. Em casa, recebeu repórteres, abordando novamente assuntos de natureza política. Por conta disso, a prisão foi transformada em 20 dias e agravada para 30 dias.

Instaurado o IPM no dia 23/03/1978, o Ministério Público Militar, em poucos meses, ofereceria denúncia contra o agora ex-comandante do Batalhão no dia 18/07/1978, iniciando-se o processo criminal perante a Auditoria Militar da 5ª CJM, em Curitiba.

O fato ganhou proporções muito maiores do que significara. O Coronel Tarcísio, que virou verdadeira estrela da redemocratização, perdeu, é claro, o Comando Militar, mas ganhou espantosa notoriedade. Era chamado para todos os atos referentes à luta pela anistia e retorno à normalidade democrática, aí compreendida a luta pelas eleições diretas.

Fui constituído Advogado para a defesa do Coronel Tarcísio. Processo oriundo de um IPM e com ares disciplinares, mas que na verdade se tratava de processo político, instaurado por conta da manifestação de natureza política, encobrendo verdadeira censura à liberdade de pensamento.

Assumi de imediato a defesa e viajei para Curitiba. Chegando à cidade e tomando conhecimento de quem seria o Juiz-Auditor, fui à sua casa para uma visita de cortesia e para me apresentar como Advogado da causa, que seria julgada naquela unidade judiciária.

O Juiz-Auditor, hoje chamado de Juiz Federal Militar, era o Dr. Carlos Henrique Moraes Rego, do Rio de Janeiro, filho do grande Advogado de Ofício Augusto Sussekind de Moraes Rego, titular da Auditoria de Marinha da 1ª CJM, localizada no velho prédio do Arsenal de Marinha, na Praça Mauá, no Centro do Rio, com quem todos nós advogamos intensamente.

Com a autorização do cliente, fui buscar René Dotti para dividir a causa comigo. Regra elementar da advocacia criminal: não se advoga fora de sua sede profissional sem a presença de um Advogado local. E quanto maior o prestígio do Colega, melhor para a causa.

Dividimos os encargos da defesa e o nosso cliente foi absolvido.

A acusação, embora capitulada no Código Penal Militar (Decreto-Lei 1001, de 21/10/1969), continha verdadeiro libelo contra a liberdade de opinião. A palestra proferida na reunião do Lions Clube nada mais era do que uma análise de conjuntura, proferida para um minúsculo público, sem qualquer conteúdo subversivo. A palestra foi escrita e lida no dia seguinte para os seus subordinados, no Quartel. Nada era escondido, nada era ilegal.

As normas ditas violadas e que compunham a denúncia eram exageradas e mais do que absurdas. Basta consultar a legislação penal militar, que é a mesma que está em vigor.

Foram imputados os crimes do art. 155, que fala em “incitar à violência, à indisciplina ou a prática de crime militar”, com pena de 2 a 4 anos; art. 166, que dispõe sobre “publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”, com pena prevista de dois meses a um ano; e art. 219, incrimi-

nando o ato de “propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público”, com a pena de seis meses a um ano, agravado pelo parágrafo único que aumenta a pena de um terço, “se o crime é cometido pela imprensa rádio ou televisão”.

Assim, pela palestra cujo tema num clube de serviço foi “Participação e Responsabilidade”, a acusação promovida pelo Ministério Público Militar pedia uma pena que variava de quase três até cinco anos e quatro meses de prisão!

Mais importante a ressaltar é que o Professor René Dotti, Advogado dos mais prestigiados no Paraná e no País, participou da causa sem cobrar um único ceutil. Claro que agiu como todos os Advogados brasileiros nas causas políticas. René Dotti percebeu com clareza que se tratava de uma perseguição política e jamais um crime de natureza militar.

A Absolvição do cliente foi proclamada na Sessão de Julgamento realizada em 24/10/1979. Houve apelação ao Superior Tribunal Militar e, em 14/04/1980, foi extinta a punibilidade e o processo foi encerrado.

Depois do julgamento, René me mandou uma carta deliciosa, na qual ele enfatiza nossa parceria e tece comentários que me deixaram comovido pela delicadeza do Mestre.

Não a transcrevo, posto que aqui o homenageado é René Dotti.

A curiosidade foi que logo no início de 1980, antes mesmo do julgamento da Apelação do nosso caso, surgiu a possibilidade de nós trabalharmos juntos novamente.

Trocamos correspondência. Aqui vale transcrever a carta que enviei ao Mestre em 28/01/1980, autoexplicativa:

“Caríssimo René,

Ainda não tinha agradecido sua carta de dezembro, com as bondosíssimas e suspeitas referências às nossas contrarrazões no caso do Cel. Tarcísio.

Enfim, obrigado pela acolhida, mas devo dizer que a sua presença na causa foi decisiva para o êxito obtido, sem dúvida alguma.

Fiquei encantado com a sua garra de verdadeiro advogado e o seu talento profissional em todos os sentidos.

Foi muito boa e gratificante a experiência do trabalho comum, que estendo aos seus queridos companheiros de escritório – Regina e Walter – pessoas que aprendi a gostar e admirar nesse episódio afinal agradável.

Outros processos virão, novas lutas, novos prazeres e, com Você, de certo, novas vitórias.

Estava querendo falar a Você sobre o caso (que comentamos).

Havia tirado cópias de algumas peças que julguei necessárias para o exame do processo e cheguei a falar com ele para esperarmos um pouco para a impetração do HC.

Claro que deveríamos pensar e repensar muito sobre o assunto no sentido de assegurarmos maior oportunidade de êxito. O fim do ano não era propício, além do que com profundas modificações na Justiça local estávamos enfrentando dificuldades relativas à questão de competência e, ainda, a criação de um novo Tribunal de Alçada Criminal para atender a todo o Estado, já que, desde a fusão³ nossa Justiça ficou muito prejudicada.

Eis que descubro um HC impetrado em favor do nosso suposto cliente, datado de 03/12/1979, quando estávamos eu e Você pensando no exame da hipótese. E impetrado pelo mesmo Advogado dos corrêus.

Dele extraí cópia para o seu conhecimento. Há um Parecer de emérito Professor (cujo nome omitimos nesta transcrição), pois eles, como se sabe, são muito amigos.

Na semana passada foi julgado pela Câmara que está de plantão, tendo sido declarada a incompetência do Tribunal de Alçada. Não sei exatamente por quê, mas foi este o resultado proclamado. O acórdão ainda não foi lavrado.

Devo dizer-lhe, meu caro Mestre, que embora estranhasse um pouco o fato, compreendo perfeitamente a ansiedade do Paciente.

Estou mandando cópia de tudo apenas para que Você fique inteirado de tudo e não se surpreenda se o cliente voltar ao assunto.

É evidente que estou supondo que o HC tenha sido impetrado com o pleno conhecimento do Paciente, até porque o nosso querido professor referido não é homem de muita generosidade no trato das coisas profissionais...

³ Aqui se faz referência à fusão do Estado da Guanabara com o antigo Estado do Rio de Janeiro.

Torcerei para que o nosso ex-quase-futuro-cliente tenha sorte e obtenha a concessão da ordem.

Só lamento que ainda não tenha sido desta vez que voltaríamos a trabalhar juntos.

Receba um forte abraço e transmita as minhas lembranças aos companheiros de escritório, à sua esposa e filhas. Seu, Tércio”.

Não há como deixar de citar outro embate que tivemos, desta vez, em campos opostos, em uma extradição rumorosa que virou *leading case* no Supremo Tribunal Federal.

Dois altos funcionários do Banco Central do Governo de Alan Garcia, nos idos de 1985-1990, foram presos em Curitiba. Em seguida, chegou o pedido de Extradicação feito pelo então Presidente do Peru, Alberto Fujimori. Eram acusados de imenso desfalque nas reservas peruanas, transferidas para duas contas secretas no Panamá. Tais contas tinham os sugestivos nomes de “*Tierra Firme*” e “*Selva Virgen*”.

Usavam documentos falsos e tentavam fugir da cidade quando localizados, e foram levados à prisão exatamente por portarem os papéis falsificados. Logo em seguida chegou o pedido de Extradicação e foi decretada a prisão de ambos para os fins do cumprimento da medida solicitada.

Fui contratado pelo Banco Central do Peru para representar o Estado Peruano e levar de volta os ex-servidores públicos acusados de corrupção.

René Dotti foi contratado pelos extraditados e aí iniciamos uma batalha judicial, onde houve de tudo.

Submetido o procedimento ao Ministério Público Federal, na época representado pela Procuradora Cristina Romanó, que depois foi servir na Corte Internacional de Haia, fui a ela para dizer que esta questão do documento falso era inteiramente secundária, pois estava a caminho o pedido de prisão para Extradicação, esta, sim, medida importante para a relação entre as nações.

A Procuradora entendeu perfeitamente a questão, acreditou na minha informação e pediu arquivamento do feito. Pasmem! O Juiz indeferiu

e enviou para a Procuradoria Geral da República, na forma da legislação processual, para que fosse ou não mantida a promoção de arquivamento.

Percebi que o nosso Professor René estava por trás disso, atuando pesado para que os réus fossem processados. Por quê? Para assegurar uma condenação que impedisse a extradição. O mais surpreendente ainda estava por vir. A PGR acolheu a estranheza do Juiz e determinou que a Procuradora da República oferecesse a denúncia pela razão de estarem com documentos falsos precisamente para fugir da prisão para fins de extradição.

A Procuradora recusou-se a oferecer a denúncia e os autos foram encaminhados a outro membro do MPF, que o fez.

Estou enfatizando essa parte para aplaudir mais uma vez o Mestre René Dotti. Todo esse movimento foi patrocinado por ele. O Estado Peruano, por meu intermédio, lutava pelo arquivamento do procedimento pelo *falsum*, enquanto a defesa dos beneficiários pela falsificação lutava para que fossem eles processados e quiçá condenados...

A condenação, teoricamente, poderia impedir a execução da extradição, se e quando concedida. Só não impediu porque o Presidente da República tem o poder de renunciar à soberania e permitir que processados sejam entregues a outro país em decorrência da concessão da extradição.

Um aprendizado: o Advogado, parecendo exercer infielmente o patrocínio da defesa, buscava, pela via da condenação criminal, a permanência dos extraditados em solo brasileiro. Exercíamos, na prática, papéis invertidos.

O episódio chegou a motivar representação na Corregedoria do MPF contra a Procuradora que arquivara o procedimento. E lá estava eu, no aparente papel oposto, para dizer ao Corregedor que o pedido de arquivamento era a atitude mais correta adotada pelo MPF em Curitiba.

Mas a luta judiciária continuou perante o STF, regulada por um Tratado de Extradicação entre Brasil e Peru, redigido nos dois idiomas, como a praxe internacional. Na ocasião, mais uma vez, defrontamo-nos com curiosidades enigmáticas. O texto do Tratado em castelhano dizia que, em uma determinada circunstância, presente no debate da extra-

dição dos dois cidadãos peruanos, a extradição seria “*diferida*”, ou seja, “*adiada, retardada*”. No texto em português, por um grosseiro equívoco de quem promoveu a tradução e a versão, na mesma disposição, estava escrito que a extradição seria “*deferida*”. Ora, “*diferida*” em castelhano quer dizer “*adiada*”, assim como em português, a mesma palavra existe com o significado de “*transferir para outra data; adiar, procrastinar*”. No entanto, o tradutor (*traditore*, como no provérbio italiano), traduziu o termo escrito em castelhano “*diferir*” como sendo “*deferir*” em português, invertendo o seu significado. O que era para *adiar* em castelhano virou *deferir* em português.

Esta questão nem o Supremo resolveu, posto que os seus honrados Ministros fugiram da discussão e acabaram concedendo a extradição sem se comprometerem com o *traditore* do Tratado.

Mas não foi só isso.

Presidia a Corte o Ministro Sepúlveda Pertence que, por ocasião da visita do então Presidente Alberto Fujimori ao Brasil, recusou-se a recebê-lo no pedido protocolar feito de praxe. Embora a desculpa fosse a suposta incompatibilidade de agenda, a verdade é que o Ministro Pertence não queria receber um Presidente que, ao dar um Golpe de Estado, fechou a Corte Suprema, cassou Ministros e não foi correto nas relações com o Judiciário. Eu diria que, nesse ano de 2021, a situação do Brasil se aproxima daquela vivida no Peru. Mas isso é outra história.

No dia do julgamento, o Ministro Pertence arguiu a sua suspeição por motivo de foro íntimo, passando a presidência para o Ministro Celso de Mello que era o seu Vice e, coincidentemente, o Relator da Extradicação.

Assumindo o Ministro Celso de Mello a cadeira da Presidência do Supremo, o Ministro Pertence disse que gostaria de assistir o julgamento e sentou-se numa das poltronas do Plenário. Não sei que sentimento me veio à cabeça e ao coração que me dirigi à Tribuna e, pela ordem, solicitei a palavra para requerer que o Ministro Pertence deixasse o Plenário, já que estava impedido.

Confesso que jamais repetiria o gesto, que considero hoje uma grosseria, mas fiz e o Ministro disse que acolheria de imediato o requerimento, deixando, *incontinenti*, o Plenário. Nunca pedi desculpas ao Ministro Sepúlveda Pertence, meu velho e querido amigo, mas ouvi dele na ocasião

que o gesto se dera para ouvir ao vivo o debate de dois Advogados seus amigos e que tanto ele prezava.

Essa história aqui contada vale como um formal pedido de desculpas ao sempre amigo Pertence.

O Relator leu o voto das 14 às 18 horas. Eram cerca de 500 páginas, pareceu-nos a todos. A Sessão foi encerrada para continuar em outro dia.

René Dotti apresentou um Memorial que deveria ter umas 300 páginas e o Relator – pasmem! – mudou o voto para, agora, denegar a Extradicação.

Muitas discussões, pedidos de vista sendo, afinal, concedida a extradicação.

A decisão do STF estava em vias de ser executada pelo Presidente da República, que assinara o decreto autorizando a entrega dos cidadãos peruanos, quando René impetrou um HC em favor de ambos, reabrindo a discussão.

O Relator e Presidente concedeu medida liminar para sustar a execução da Extradicação e tudo voltou como dantes!

Mais uma temporada de debates e, finalmente, a Extradicação foi executada e os peruanos entregues de volta ao seu País.

Foram uns três anos de constantes emoções. Como sói acontecer quando o debate ferve, a certa altura, eu me ofendi com uma das afirmações de René. Ele imputava “ao Estado Peruano” irregularidade na condução do pedido. Eu não admiti a insinuação e, em questão de ordem num dos debates que travamos ao longo do processo, afirmei da Tribuna do Supremo que não admitia insinuações desse tipo, posto que o “Estado Peruano” era representado por mim e, assim sendo, considerava um agravo pessoal insuportável.

Ficamos sem nos falar por um longo tempo. Encontrávamos nos corredores ou no Plenário da Corte e não nos falávamos. Até que numa tarde, num Plenário vazio de Ministros e de público, quando aguardávamos o início de uma Sessão, René me puxou literalmente pelo braço; sentamo-nos nas primeiras cadeiras de um dos lados do Plenário e, com aquele sotaque curitibano inconfundível, René Dotti chamou-me pelo

nome e disse: “Técio, vamos parar com isso! Os clientes passam e nós continuamos!”.

Nesse momento, voltamos a nos falar e consolidamos a amizade de duas gerações que nos unia.

Assim era René Dotti, amigo leal, colega respeitoso, insuperável companheiro na causa, adversário difícilíssimo e duro na queda!

Depois dessa causa, estivemos juntos em muitos assuntos. Num deles, fomos indicados pelo Senado Federal para integrarmos a Comissão que deveria elaborar o novo Código Penal Brasileiro. Compareci a uma das reuniões que preparava a agenda dos trabalhos e percebi que a tendência da Comissão não se coadunava com o meu pensamento crítico em relação ao direito penal. Senti que o clima predominante era o da repressão penal e a tendência seria da criação de novos crimes e do aumento de penas. A criminalização seria a predominância ideológica da Comissão.

Pensei no quanto aquilo poderia me fazer mal. Liguei para René, que não comparecera a essa reunião, e expus o meu sentimento. Ele foi enfático e não permitiu que eu me demitisse do encargo. Falou com todas as ênfases da importância de continuarmos ali.

Acreditei e desisti de pedir a minha exoneração daquele honroso encargo.

Só que o nosso querido Professor René Dotti, por razões que não cheguei a conhecer, não assumiu o cargo na Comissão, dela exonerando-se e me deixando completamente surpreso. Diante desse fato, achei que deveria permanecer em companhia de alguns poucos membros que identificava com o pensamento garantista semelhante ao meu e lá fiquei.

Não tenho a menor dúvida de que o Professor René Dotti teria prestado um imenso serviço à Comissão e ao País, sobretudo pelo seu conhecimento dogmático, sua experiência no Magistério superior e a sua capacidade de trabalho e organização.

A convivência mantida com o Professor René Dotti, sempre amável, se estendia a sua amada esposa Rosarita e suas filhas Rogéria e Claudia. Rogéria é oficial de nosso mesmo ofício e Claudia, Médica Veterinária.

René sempre rendeu homenagens muito fraternas a todos nós. Tinha ele uma amizade, admiração e muito carinho pelo Ministro Evandro Lins e Silva, meu Tio, a quem não cansava de homenagear.

Basta ler a 4ª Edição dos “Casos Criminais Célebres”⁴, publicada após a sua morte ocorrida em 11 de fevereiro de 2021, obra extraordinária para uma visão geral da advocacia criminal brasileira. Ali o autor não se cansa de prestigiar seus colegas, dedicando um capítulo com o título “O Pensamento Vivo de Evandro Lins e Silva”.

Os últimos grandes acontecimentos na área criminal em Curitiba recaíram sobre a 13ª Vara Federal, onde se desenrolou a famosa – questionável e muito questionada – apelidada Operação Lava Jato, que levou à prisão empresários, políticos e gente ligada aos negócios.

A atuação do Ministério Público Federal foi seriamente criticada e o desempenho do Juiz que se fez competente para o caso, uma verdadeira lástima. Muitos abusos e ilegalidades aconteceram nos inúmeros processos criminais que correram por lá. Um verdadeiro terror se desencadeava nos processos de competência daquele juízo.

Com o tempo, o Juiz Titular da Vara deixou a magistratura para buscar novos caminhos na política. Suas decisões foram revistas no Supremo Tribunal Federal e hoje sua lembrança mal sobrevive.

Naquele período, os Advogados criminais que se aventuraram a assumir a defesa de acusados na citada Operação sofriam para conseguir serem ouvidos e não eram respeitados em sua atuação. Nasceu ali a indústria da *delação premiada*, fundada em uma legislação que permitiu toda sorte de desrespeito ao direito de defesa.

Um grupo de membros do Ministério Público Federal, depois identificado como autores de práticas inaceitáveis, foi durante um bom tempo artífice do que há de pior na acusação criminal.

Foram tempos muito difíceis para a defesa criminal.

O Professor René Dotti, Advogado da Petrobrás, empresa apontada vítima naqueles processos, assumiu a assistência do MPF, atuando na acusação. Suas relações com a Classe e mesmo com a OAB podem ter

⁴ DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 4ed. Sao Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

sofrido desgastes, pelo mau sentimento que os Advogados em geral nutriam pelos abusos praticados naquele foro.

Contudo, muito mais valioso é o capital acumulado de prestígio pela vida dedicada à advocacia e ao ensino do Direito Penal e Processual Penal democrático que garante que o Mestre siga sendo, para as novas gerações, o modelo de intelectual que conquistou na Cátedra e o exemplo de Advogado criminal para todo o sempre!

REFERÊNCIAS

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 4ed. Sao Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

“Nosso homenageado teve mais de 50 anos de atuação como Professor, centenas de artigos, palestras e inúmeros livros publicados no Brasil e no exterior, além dos mais de 60 anos dedicados à advocacia – um legado que não pode jamais ser esquecido. Este é o sentido da realização da presente obra. Inspirados pelo exemplo já tradicional nas universidades europeias – berço cultural tão apreciado por nosso homenageado – de composição de livros como homenagem aos professores que são referências nas sociedades e nas comunidades acadêmicas respectivas, é necessária a perenização do nome de René Ariel Dotti também por esta via. Os textos aqui reunidos são escritos por alguns dos vários autores que foram iluminados pelas marcantes lições humanitárias e jurídicas legadas pelo homenageado e podem, assim, dar testigo pessoal da sua lhanza, refinamento teórico e imensa capacidade de percepção da alma humana. Transpira dos textos a influência exercida por ele em cada um de nós. O ato de consolidação desta homenagem em forma de livro permitirá a todas as futuras gerações de alunos e de professores que não tiveram a felicidade de serem contemporâneos de René Ariel Dotti terem notícia da monumental contribuição do seu trabalho para a Universidade Federal do Paraná, conhecerem ao menos alguns traços de sua obra e – por que não? – de sua personalidade; marcada pela ética e pela solidariedade.”



ISBN: 978-65-86233-51-3



9 786586 233513