

COORDENAÇÃO: Frederico Horta

REVISTA DO

INSTITUTO DE R  
CIÊNCIAS PENAIIS I  
C  
P

20 ANOS ICP  
Instituto de Ciências Penais

volume 5, número 1, maio 2020

 editora  
D'PLÁCIDO

# REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Editor-Chefe  
**Frederico Horta**

Editora Adjunta  
**Regina Juncal**

Editores Executivos  
**Ana Bueno; Leo Ribeiro; Paula Brener;  
João Victor Assunção; Durval Barcelos**



ISSN 1809-192X (impresso) ISSN 2675-5874 (eletrônico)	Vol.5 N.1	Maio 2020
--	-----------	-----------

## Conselho Editorial

<b>Adriano Teixeira</b>	(FGV/SP)
<b>Alaor Leite</b>	(Humboldt Universität/Alemanha)
<b>Antônio Martins</b>	(UFRJ/RJ)
<b>Beatriz Vargas</b>	(UNB/DF)
<b>Carlos Augusto Canedo</b>	(UFMG/MG)
<b>Chiavelli Falavigno</b>	(UFSC/SC)
<b>Diego-M. Luzón Peña</b>	(Univ. Alcalá/Espanha)
<b>Eduardo Viana</b>	(UFBA/BA)
<b>Eugênio Pacelli</b>	(IDP/DF)
<b>Fernando Galvão</b>	(UFMG/MG)
<b>Flávia Siqueira</b>	(Mackenzie/Campinas)
<b>Frederico Horta</b>	(UFMG/MG)
<b>Gabriel Perez Barberá</b>	(Uni. De Córdoba/Argentina)
<b>Heloísa Estellita</b>	(FGV/SP)
<b>Ivò Coca Vila</b>	(Uni. Pompeu Fabra/Espanha)
<b>Luciano Santos Lopes</b>	(FMC/MG)
<b>Luis Greco</b>	(Humboldt Universität/ Alemanha)
<b>Maurício Dieter</b>	(USP/SP)
<b>Nuno Brandão</b>	(FDUC/Portugal)
<b>Paulo César Busato</b>	(UFPR/PR)
<b>Paulo de Souza Mendes</b>	(FDUL/Portugal)
<b>Tatiana Stoco</b>	(UNISAL/SP)

---

## REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Publicação Semestral da **Editora D'Plácido** e do **Instituto de Ciências Penais**

---

### E-mail para submissão de artigos:

[ricp@icp.org.br](mailto:ricp@icp.org.br)

### Visite o site da Revista do Instituto de Ciências Penais:

<http://icp.org.br/revista/cientifica>

Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume 5. Número 1. Maio/2020

Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020

Semestral

ISSN: 1809-192X (impresso)

ISSN: 2675-5874 (eletrônico)

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5

I. Direito – II. Periódicos – III. Brasil

CDU 340

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos de responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

## **Corpo de Pareceristas** (*volume 05, n.1 – chamada geral*)

Anna Carolina Canestraro  
Bruno Silveira Rigon  
Fernando Nogueira Martins Júnior  
Jamilla Monteiro Sarkis  
Lucas Minorelli Gonçalves  
Matheus Almeida Caetano  
Renato Silvestre Marinho  
Túlio Felipe Xavier Januário  
Michel Wencland Reiss  
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça  
Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha  
Júlia Leite Valente  
Nayara Rodrigues Medrado  
João Paulo Martinelli  
Flávia Siqueira Cambraia  
Raquel Lima Scalcon  
Tatiana de Oliveira Stoco  
Tatiana Maria Badaró Baptista  
Erica do Amaral Matos  
Leonardo Marcondes Machado  
Jéssica Freitas  
Carla Benitez Martins  
Pâmela de Rezende Côrtes  
Luciano Santos Lopes  
Eduardo Viana  
Antônio de Padova Marchi Júnior  
Eugenio Pacelli de Oliveira  
João Carlos Gonçalves Krakauer Maia  
Victor Souza Marçal

## **Autores** (*volume 05, n.1*)

Carolina de Albuquerque; Caroline Linck Pinto Valandro; Cary Vidales Rodríguez; Gabriela Mendes Machado; Heloisa Estellita; Ilaria Merenda; Lucas Andrey Battini; Luís Greco; Luiz Antonio Borri; Luiza Luz Soares Neuenschwander Magalhães; Mariana Secorun Inácio; Mateus Vaz e Greco; Natália Soares Teixeira Costa; Rafael Dezidério de Luca; Rafael Junior Soares; Roberto Portugal de Biazzi; Rodrigo J. S. Amaral; Tatiana de Oliveira Stoco

## **Diretoria da gestão 2018/2020 – *Instituto de Ciências Penais***

<b>Gustavo Silva</b>	Presidente
<b>Kárin Emmerich</b>	1ª Vice-Presidenta
<b>Carla Silene</b>	2ª Vice-Presidenta
<b>Henrique Nogueira Macedo</b>	1º Diretor-Secretário
<b>Bruno Tasca Cabral</b>	2º Diretor-Secretário
<b>Christiane Malard</b>	3º Diretor-Secretário
<b>Raphael Silva Pires</b>	1º Diretor-Financeiro
<b>Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme</b>	2º Diretor-Financeiro
<b>Felipe Martins Pinto</b>	Diretor de Comunicação
<b>Bruno Dias Cândido</b>	Diretor de Interiorização
<b>Frederico Horta</b>	Diretor Acadêmico

# SUMÁRIO

CONTENTS

## PARTE 1: DIREITO PENAL

---

### A CRIMINALIZAÇÃO NO ESTÁGIO PRÉVIO: UM BALANÇO DO DEBATE ALEMÃO

*CRIMINALIZATION IN THE PREVIOUS STAGE: A REVIEW OF THE GERMAN DEBATE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34

**Luís Greco**..... **11**

### A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06 SOB A ÓTICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

*THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE CRIME TYPIFIED ON THE ARTICLE 28 OF LAW 11.343/06 FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF THE PROTECTED LEGAL INTERESTS*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p35-55

**Gabriela Mendes Machado; Luiza Luz Soares Neuenschwander Magalhães; Mateus Vaz e Greco**..... **35**

### SOMENTE SE PROÍBEM CONDUTAS HUMANAS: UM ESTUDO SOBRE A PERSPECTIVA *EX ANTE* E A IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL

*ONLY HUMAN CONDUCT IS PROHIBITED: A STUDY ON THE EX ANTE PERSPECTIVE AND THE IMPUTATION IN CRIMINAL LAW*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p57-85

**Rodrigo J. S. Amaral**..... **57**

**NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA DISCUSSÃO SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES CONSIDERANDO AS CONTRIBUIÇÕES DAS NEUROCIÊNCIA**

*INTRODUCTORY REMARKS ON THE DISCUSSION OF THE PENAL IMPUTABILITY OF ADOLESCENTS CONSIDERING THE CONTRIBUTIONS OF NEUROSCIENCE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p87-114

**Natália Soares Teixeira Costa** ..... **87**

**A PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE**

*THE PENALTY ACCORDING TO CULPABILITY*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p115-138

**Tatiana de Oliveira Stoco** ..... **115**

**QUALCHE RIFLESSIONE A VENTICINQUE ANNI DA TANGENTOPOLI UNO SGUARDO ALL'EVOLUZIONE DEI DELITTI DI CORRUZIONE IN ITALIA**

*SOME REFLECTIONS TWENTY-FIVE YEARS AFTER TANGENTOPOLIS AN OVERLOOK AT THE EVOLUTION OF CORRUPTION CRIMES IN ITALY*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p139-163

**Ilaria Merenda** ..... **139**

**RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS: QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E RECEPÇÃO**

*BONA FIDE PAYMENT FOR REPRESENTATION IN A CRIMINAL MATTER: LIFTING OF BANK AND TAX SECRECIES, MONEY LAUNDERING AND HANDLING OF STOLEN GOODS*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p165-189

**Heloisa Estellita** ..... **165**

**LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA (COMENTARIO AL ARTÍCULO 13.1 DE LA LEY 4/2015, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO)**

*THE INTERVENTION OF THE VICTIM ON THE CARRYING OUT OF THE SENTENCE (COMMENTARY ON ARTICLE 13.1 OF ACT 4/2015, FROM THE CRIME VICTIM STATUTE)*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p191-209

**Caty Vidales Rodríguez** ..... **191**

PARTE 2: **DIREITO PROCESSUAL PENAL**

---

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

*BRIEF CONSIDERATIONS ON THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231

**Rafael Junior Soares; Luiz Antonio Borri; Lucas Andrey Battini.....213**

**DA GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICRIME**

*THE GUARANTEE OF MOTIVATION OF CRIMINAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE INNOVATIONS BROUGHT BY THE ANTICRIME LAW*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p233-258

**Roberto Portugal de Biaz.....233**

PARTE 3: **CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

---

**O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO RETORNO À CRIMINOLOGIA POSITIVISTA**

*THE CRIMINOLOGICAL EXAMINATION AS A RETURN TO THE POSITIVIST CRIMINOLOGY.*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p261-294

**Mariana Secorun Inácio; Carolina de Albuquerque; Caroline Linck Pinto Valandro.....261**

**A ECONOMIA POLÍTICA DA CIDADE NA GUERRA AOS TRAFICANTES: A POLÍCIA NO ESPAÇO URBANO**

*THE CITY'S POLITICAL ECONOMY IN THE WAR AGAINST DRUG TRAFFICKERS: POLICE'S ACTION IN THE URBAN SPACE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p295-333

**Rafael Dezidério de Luca.....295**



*PARTE 1*

# **DIREITO PENAL**



# A CRIMINALIZAÇÃO NO ESTÁGIO PRÉVIO: UM BALANÇO DO DEBATE ALEMÃO

*CRIMINALIZATION IN THE PREVIOUS STAGE: A REVIEW OF THE  
GERMAN DEBATE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34

Luís Greco

*Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.), Universidade Humboldt de Berlin.*

**Data de recebimento:** 11/02/2020

**Data de aceite:** 16/05/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente estudo esforça-se no sentido de oferecer um panorama do debate alemão em torno dos crimes de perigo/da antecipação da tutela penal/da “modernização do direito penal” e destacar alguns pontos especialmente merecedores de discussão.

**Palavras-chave:** Criminalização no estágio prévio. Crimes de perigo abstrato. Legitimidade da proibição penal. Autonomia dos cidadãos.

**Abstract:** *The present paper offers an overview of the German discussion on criminalization of crimes of endangerment / inchoate offenses and point out aspects which merit special discussion.*

**Keywords:** *Early stage criminalization. Abstract endangerment offences. Legitimacy of criminal prohibition. Autonomy of the citizen.*

**Sumário:** I. Introdução. II. Sobre o contexto (em especial legislativo) da discussão alemã. II.1. O contexto no último quarto do séc. XX. a) Núcleo da discussão: direito penal econômico, ambiental e de estupefacientes. b) A margem da discussão: direito penal de tóxicos, direito penal da criminalidade organizada. II.2. A discussão atual. II.3. Além da margem: outros delitos de perigo abstrato ou contra bens coletivos. II.4.

Uma pequena conclusão intermediária. III. Esboço de um posicionamento. III.1. Abandono de críticas “historicizantes”. III.2. Proteção de bens jurídicos? III.3. Estrutura do delito. a) Perigo abstrato: categoria útil? b) Necessidade de respeito à esfera nuclear de privacidade ou de autonomia. c) Consequências indiretas como razão para uma criminalização? IV. Conclusão.

## I. Introdução

O objetivo de minha exposição é fornecer uma espécie de *balanço* do debate alemão em torno da chamada criminalização no estágio prévio à lesão a um bem jurídico. Já procedi, em outro trabalho, a uma descrição das várias vozes que compõem esse debate.<sup>1</sup> Ainda que esse trabalho não tenha sido publicado em espanhol, penso que seria despiciendo repetir, no presente estudo, essa descrição, máxime porque as principais posições do debate são bastante conhecidas na Espanha, país em que o debate foi recepcionado e levado adiante por alguns de seus mais reconhecidos estudiosos.<sup>2</sup> Pretendo, assim, dirigir as atenções a dois aspectos que podem ser ainda de algum interesse para o público espanhol: o contexto prévio dessa discussão, isto é, o desenvolvimento legislativo com que ela dialoga e que lhe serve de pano de fundo (abaixo II.); e minha avaliação personalíssima sobre o estado e o futuro dessa discussão, vale dizer: o balanço que acabo de mencionar (abaixo III.). Darei, assim, as linhas mestras do debate alemão como conhecidas; ao leitor que não está com elas familiarizado, recomendo a leitura dos trabalhos mencionados nas notas anteriores. Discutirei algumas das posições formuladas nesse debate, sem, contudo, maiores preocupações em descrevê-las de forma didática.

Antes de seguir, convém precisar o que se entende por *criminalização no estágio prévio*, a tradução para o português do termo alemão *Vorfeldkriminalisierung*.<sup>3</sup> O termo é usado para designar os tipos penais

<sup>1</sup> Greco, Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>2</sup> Destaco, apenas, *Silva Sánchez*, La expansión del derecho penal, 2ª ed., Madrid, 2001; *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, 2003.

<sup>3</sup> Sobre a história do termo *Moeller*, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018, p. 94 e ss.

que abrangem não apenas a situação que “acaba mal”, mas também momentos anteriores. Há, principalmente, dois mecanismos dogmáticos para atingir esse fim.<sup>4</sup> O primeiro é a técnica dos chamados *delitos de perigo (abstrato)*, que criminalizam uma conduta independentemente da produção de qualquer situação real de perigo (chamado perigo concreto) para o bem jurídico tutelado; aqui, antecipa-se a proteção conferida pelo direito penal a um bem. O segundo caminho é mais sutil: ele consiste em antecipar não a proteção, e sim aquilo que poderíamos chamar de lesão, postulando um *bem coletivo*, que será afetado com independência e em geral antes da produção de um perigo concreto para qualquer bem individual. Muitas vezes, as duas técnicas são confundidas,<sup>5</sup> o que aqui não faremos; essa difundida confusão sublinha a proximidade funcional das duas técnicas de antecipação da criminalização.

## II. Sobre o contexto (em especial legislativo) da discussão alemã

A discussão alemã não ocorre a partir da torre de marfim de nossas universidades; pelo contrário, ela é uma resposta a uma situação legislativa bastante concreta,<sup>6</sup> em que o legislador cada vez mais frequentemente faz uso das duas técnicas que acima acabo de descrever. A discussão arranca no final da década de 1970 e início da década de 1980, com os esforços de fundamentar doutrinariamente o movimento de reforma legal em especial pelo grupo em torno de Tiedemann, e com a reação dirigida principalmente por autores da chamada Escola de Frankfurt a esse desenvolvimento. O direito penal econômico e o direito penal ambiental constituem, desde o início, o verdadeiro epicentro dessa discussão (abaixo, 1.a)]. Mais à margem, situa-se o direito penal de drogas e da criminalidade organizada (abaixo, 1.b)]. O contexto atual é marcado principalmente pelos novos tipos penais contra o terrorismo islâmico (abaixo, 2.). Ao final, apontarei para alguns delitos que também apresentam estrutura de perigo abstrato, mas que praticamente não figuram na presente discussão (abaixo, 3.).

<sup>4</sup> Cf. já Greco, *Modernização...*, p. 2; outros mecanismos são descritos por Moeller, *Definition und Grenzen...*, p. 81 e ss.

<sup>5</sup> Assim, principalmente, quando se afirma que os delitos contra bens coletivos seriam, em regra, delitos de perigo abstrato (cf. a acertada crítica a essa afirmação em Anastasopolou, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 138 e ss.).

<sup>6</sup> Cf. já Greco, *Dos formas de hacer dogmatica jurídico-penal*, trad. Hernán Bouvier, in: *Discusiones* 8 (2008), p. 177 e ss.

## II.1. O contexto no último quarto do séc. XX

### a) Núcleo da discussão: direito penal econômico, ambiental e de estupefacientes

aa) (1) Talvez não seja um exagero afirmar que 1970 foi a década do direito penal econômico na Alemanha. Até então, o direito penal econômico era entendido, fundamentalmente, ou como direito “penal” administrativo (o chamado *Verwaltungsstrafrecht*),<sup>7</sup> ou, desde as reformas de 1950, como direito de contra-ordenações, que corresponde àquilo que em Espanha se conhece como direito administrativo sancionador. De qualquer forma, direito penal econômico era direito penal “secundário” ou “acessório” (*Nebenstrafrecht*) – com todos os ônus que isso representa. Sob o impulso científico de *Tiedemann*, que insistia na danosidade dos delitos econômicos,<sup>8</sup> procedeu o legislador por meio especialmente de duas leis, a Primeira e a Segunda Lei para o Combate à Criminalidade Econômica (*Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1. WiKG, de 1976, BGBl. I, 2034; *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 2. WiKG, de 1986, BGBl. I, 721), a uma ampla reforma cuja principal bandeira era prever delitos econômicos no próprio corpo do Código Penal, isto é, com a dignidade de “direito penal nuclear” (*Kernstrafrecht*).

(2) O fundamento dogmático por trás da reforma era, em parte, a tese de que os delitos econômicos afetam não mais *bens* individuais, e sim *coletivos ou institucionais*.<sup>9</sup> O que isso significa fica manifesto se

<sup>7</sup> Sobre o chamado direito penal administrativo, cf. as clássicas obras de *Goldschmidt*, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; *E. Wolf*, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, in: *Festgabe für Frank*, Bd. 2, 1930, p. 516 e ss.; *Eb. Schmidt*, *Probleme des Wirtschaftsstrafrechts*, SJZ 1948, p. 225 e ss.; *idem*, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)*, in: *Festschrift für Arnd*, 1969, S. 415 ff.; e minha síntese em *Greco*, *Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht*, in: *Kretschmer/Zabel* (coords.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, Baden Baden, 2018, p. 175 e ss.

<sup>8</sup> *Tiedemann*, *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*, in: *Das Verbrechen in der Wirtschaft*, 1972, p. 10 e ss.; *idem*, *Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, in: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1972, p. C 19 e ss.; uma síntese das ideias desse autor encontra-se em *Greco*, *Modernização...*, p. 5 e ss.

<sup>9</sup> *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 119 e ss. (*bens* coletivos como “valores comunitários autônomos”, p. 120); *idem*, *JuS* 1989, p. 691.

compararmos o clássico delito de estelionato, previsto no § 263 I StGB, com o moderno *estelionato de crédito* (Kreditbetrug, § 265b I StGB), inserido pela 1. WiKG.

O primeiro exige, em seu tipo objetivo, quatro elementos: uma conduta de fraude, um primeiro resultado, que seria um erro do destinatário dessa conduta, um segundo resultado, na forma de uma disposição patrimonial por essa pessoa, e, por último, um dano patrimonial,<sup>10</sup> além do dolo e de elementos subjetivos especiais. A pena cominada é de privação de liberdade por até cinco anos. Já o § 265b StGB contenta-se com a conduta daquele que, em especial no contexto da concessão de um crédito, mente sobre alguma circunstância relevante para a tomada dessa decisão. A pena cominada é de privação de liberdade de até três anos. É verdade que a pena é menor que a do estelionato; ocorre que o legislador, aqui, deu-se por satisfeito com o primeiro dos quatro elementos do tipo objetivo, criminalizando, com independência de erro, disposição ou dano a mera conduta fraudulenta. Ainda que a instituição de crédito não acredite na mentira e que o estelionato do § 263 I StGB permaneça, assim, em fase de tentativa, o § 265b StGB já estará consumado.

Isso significa que se, de um lado, A pedir um empréstimo a seu vizinho B, e, de outro, o empresário X pedir um empréstimo ao banco Y, e ambos, A e X, mentirem sobre suas condições econômicas, sem que isso lhes garanta qualquer êxito, uma vez que B e Y recusam o solicitação, A cometerá uma tentativa de estelionato, enquanto X cometerá um estelionato de crédito consumado. Essa disparidade de tratamento é justificada pela opinião dominante, na esteira de *Tiedemann*,<sup>11</sup> com o argumento de que enquanto A afeta apenas o bem jurídico individual que é o patrimônio de B, X afeta o sistema de créditos enquanto instituição social, que é um bem da coletividade. O § 265b StGB anteciparia a tutela, uma vez que ele protegeria não o patrimônio, e sim a capacidade de funcionamento do próprio sistema creditício.

(3) A crítica dirigida por vários setores doutrinários, em especial pela chamada Escola de Frankfurt, à postulação de bens coletivos, é uma reação precisamente a essa forma de argumentar. Essa crítica erige, como contraprojeto, a chamada *teoria pessoal do bem jurídico*, segundo a qual bens jurídicos seriam, em última análise, sempre passíveis de uma

<sup>10</sup> Por todos *Hefendehl*, MK-StGB, 3ª ed., 2019, § 263 nm. 61 e ss., 249 e ss., 295 e ss., 365 e ss.

<sup>11</sup> *Tiedemann*, LK-StGB, 12ª ed., 2012, § 265b nm. 6 e ss.

recondução a indivíduos concretos,<sup>12</sup> ou até mesmo recupera a ideia iluminista de que o delito seria *lesão a um direito subjetivo*.<sup>13</sup>

bb) (1) Uma dinâmica similar se deu no *direito penal ambiental*, outro foco da discussão, em especial, a partir de 1980. Fundamental, aqui, foi a 18ª Lei de Reforma do Direito Penal – Lei de Combate à Criminalidade Ambiental (Achtzehntes Strafrechtsänderungsgesetz – Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, 18. StrÄndG, BGBl I, 373), que introduziu no seio do Código Penal alemão um Apartado sobre os Crimes Ambientais (§§ 324 e ss. StGB), em que estão previstos crimes como a poluição de águas, do solo, do ar etc., que seriam puníveis independentemente da afetação de algum ser humano. O legislador afirma, expressamente, que o ancoramento dos delitos ambientais no próprio Código, isto é, no direito penal nuclear, tem por finalidade acentuar a consciência pública a respeito do ilícito desses comportamentos (BT-Drucksache 8/2382, p. 1).

(2) A partir daí, tem início uma *acirrada discussão*,<sup>14</sup> em que se qualifica o direito penal ambiental de direito penal simbólico, mero álibi político, que fingiria proteger o meio ambiente com a arma mais severa de que o Estado dispõe, uma vez que a destruição do meio ambiente se daria por vias principalmente legais. Nem mesmo ali, onde o direito penal poderia

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, principalmente *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre, in: Philips / Scholler (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, p. 89 e ss. (p. 91, p. 92); *idem*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, p. 378 e ss. (p. 379); nesse sentido também *Hohmann*, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, em: GA 1992, p. 76 e ss.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 100.

<sup>13</sup> Cf. sobretudo *Naucke*, Kants Straftheorie, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, 2000, p. 75; *idem*, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, no mesmo volume, p. 79 e ss.; *idem*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, no mesmo volume, p. 411 e ss. (p. 414); cf. ademais *Klaus Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: Recht und Moral, 1991, p. 205 e ss. (p. 210); *idem*, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 445 e ss.; *Kargl*, Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz, nesse último volume, p. 53 e ss. (p. 62).

<sup>14</sup> Manifestações dessa ordem encontram-se em *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, p. 182 e ss. (188 e ss.); *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NStZ 1989, p. 553 e ss.; *idem*, ZRP 1992, p. 378 e ss.; *Müller-Tuckfeld*, Traktat für die Abschaffung des Strafrechts, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 461 e ss.

ser de alguma ajuda, ele atinge o seu objetivo, uma vez que esse direito estaria eivado de severos déficits de implementação. Alguns autores saíram em defesa do direito penal ambiental, dentre os quais destaco *Schünemann*,<sup>15</sup> que argumenta que seria um contrassenso que o direito penal castigasse o simples furto cometido contra um indivíduo e se desinteressasse por aquilo que constitui o patrimônio da humanidade como um todo.

### **b) A margem da discussão: direito penal de tóxicos, direito penal da criminalidade organizada**

aa) Outro setor que também figura na discussão do final do séc. XX, se bem que não com a mesma proeminência dos dois que acabo de mencionar, é o *direito penal de estupefacientes*. A Lei de Estupefacientes (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln – BtMG, 1981, BGBl. I, 681), é sucessora da Opiumgesetz de 1929. Ela criminaliza, como costumam fazer leis do setor, a comercialização e a posse de substâncias estupefacientes independentemente da produção de um dano a algum indivíduo, sob o argumento de que estes comportamentos afetariam um bem coletivo, a *saúde pública*.<sup>16</sup> O bem saúde pública figura, desde então, como paradigmático exemplo de bem jurídico coletivo duvidoso ou mesmo falso (mais detalhes abaixo, IV. 2.).

bb) Por fim, parece-me importante mencionar o *direito penal da criminalidade organizada*. A categoria do crime organizado mal aparece, enquanto tal, no direito material alemão, que a tipifica, em especial, de duas maneiras: prevendo, principalmente em certos tipos agravados, os elementos típicos da profissionalidade (*Gewerbsmäßigkeit*) e do cometimento em um bando (*Bandenmäßigkeit*); e por meio de *tipos especiais de associação para delinquir* (§§ 129–129b StGB). O tipo básico, que provém já do texto original do StGB de 1871, passou por várias modificações desde o pós-guerra;<sup>17</sup> ele ganhou especial importância no contexto do terrorismo revolucionário marxista da Fração do Exército Vermelho, com que a Alemanha teve de se deparar nas décadas de 1970 e 1980.

A concepção dominante justifica esse dispositivo com base no bem jurídico coletivo da *segurança pública*. Uma ideia alternativa, que remonta

<sup>15</sup> *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, p. 201 e ss. (203 e ss.); *idem*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, Festschrift für Triffterer, 1996, p. 437 e ss.

<sup>16</sup> Assim, o próprio legislador, BT-Drucksache 8/3551, p. 35; sobre a discussão, com amplas referências, *Oğlakcioğlu*, MK-StGB, 3ª ed., 2017, vor § 2 BtMG nm. 7 e ss.

<sup>17</sup> Para um rápido histórico cf. *Stein/Greco*, SK-StGB, 9ª ed., 2019, § 129 nm. 1 e ss.

fundamentalmente a *Rudolphi*, cujos comentários ao dispositivo tenho a honra de continuar, entende que o bem protegido é o mesmo dos delitos-fins da associação. Um terceiro e reduzido grupo de autores nega à criminalização qualquer legitimidade.<sup>18</sup>

## II.2. A discussão atual

A mais recente discussão tem por contexto o direito penal contra o *novo terrorismo*, de inspiração islâmica, que obtém seus agentes não mais integrando-os em uma organização hierarquizada, e sim e inspirando-os a um Jihad solitário, que será travado por cada um de forma independente. Em razão disso, e também para atender a exigências do direito europeu,<sup>19</sup> procedeu o legislador alemão, nos §§ 89a e ss. StGB, a uma ampla criminalização da preparação de “fatos violentos graves que geram perigo para o Estado” (*schwere staatsgefährdende Gewalttaten*), por meio da Lei para a Persecução da Preparação a Fatos Violentos Graves que Geram Perigo para o Estado (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten – GVVG, 2009, BGBl. I, 2437*). Esses dispositivos foram ampliados em 2015.<sup>20</sup>

Para que se tenha uma noção da antecipação da tutela que esses dispositivos promovem, menciono apenas dois dos comportamentos incriminados. O primeiro é o de preparar um fato violento grave por meio de “deixar-se ensinar a produção ou o manejo de armas de fogo, explosivos ... e de *outras capacidades*” com essa finalidade (§ 89a II Nr. 1 StGB). O legislador provavelmente pensou em condutas como a dos sujeitos que aprenderam a pilotar o avião que foi lançado contra as torres gêmeas de Nova Iorque em 2001; esse aprendizado deu-se, sabidamente, em solo alemão. O problema, obviamente, é que aprender a pilotar é uma conduta objetivamente neutra;<sup>21</sup> a marca de ilicitude só lhe é conferida uma vez que se tenha em conta a finalidade de quem a pratica, razão pela qual muitos afirmam tratar-se o dispositivo de direito penal de ânimo.<sup>22</sup> A mim me

<sup>18</sup> Cf. as referências a esses três grupos de opiniões em *Stein/Greco*, SK-StGB, 9ª ed., 2019, § 129 nm. 4 e s.

<sup>19</sup> Em detalhe *Sternberg-Lieben*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 89a nm. 1a.

<sup>20</sup> Pela Lei de Modificação da Persecução da Preparação a Fatos Violentos Graves que Geram Perigo para o Estado (*Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*, de 2015, BGBl. I, 926).

<sup>21</sup> Nesse sentido *Hefendehl*, Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit, in: Hefendehl (coord.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 89 e ss.

<sup>22</sup> *Radtke/Steinsiek*, Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungs-handlungen?, ZIS 2008, 392; *Eisele*, in: *Baumann/Weber/*

parece que o tipo apresenta insuperáveis problemas de indeterminação: até mesmo a matrícula em um curso de inglês está compreendida pelo tipo, se o autor estiver aprendendo o idioma com más intenções.<sup>23</sup>

O segundo exemplo é um dos acréscimos da mencionada reforma de 2015. O legislador agora criminaliza não apenas a conduta de aprender a atirar (pilotar ou falar inglês) etc., o que muitas vezes ocorre numa estadia de treinamento num chamado acampamento terrorista no oriente médio, como também o próprio *empreendimento de viajar para fora da Alemanha* a caminho de um tal acampamento (§ 89a IIa StGB). O autor já cometerá esse delito consumado quando se encontrar na fila do embarque para o seu vôo.<sup>24</sup>

### II.3. Além da margem: outros delitos de perigo abstrato ou contra bens coletivos

Com isso, ficam desenhadas, ainda que em forma de esboço minimalista, as linhas mestras do contexto em que se desenvolve o debate político-criminal alemão. Parece-me interessante observar, ademais, que há uma série de outros delitos de punição antecipada que, curiosamente, são quase de todo ignorados nesse debate mais amplo. Refiro-me, primeiramente, aos delitos de “perigo comum” ou contra a incolumidade pública, cujo carro-chefe é o delito de *incêndio*, em especial o § 306a StGB (incêndio grave), e aos delitos de trânsito, em especial o de *conduzir em estado de embriaguez* (§ 316 StGB). Esses dois grupos de delito figuram de forma proeminente no debate dogmático sobre o conceito de perigo (concreto) e sobre uma possível redução teleológica dos crimes de perigo abstrato em situações em que, de antemão, esteja claro que a conduta é inócua.<sup>25</sup> Não ocorre, entretanto, um questionamento generalizado da legitimidade desses delitos, tal qual era o caso diante dos exemplos que acabo de mencionar.

---

Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 86; contra essa crítica BGH JR 2017, 650 nm. 37 e ss.

<sup>23</sup> Cf. meu argumento em *Greco*, Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, in: ZIS 2018, p. 475 e ss. (482).

<sup>24</sup> Assim, *Sternberg-Lieben*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 89a nm. 17.

<sup>25</sup> A respeito desse debate, por todos, *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5ª ed., 2019, § 11 nm. 163 e ss.

Menciono também os *delitos de corrupção*, que são entendidos pela opinião majoritária como crimes de perigo abstrato,<sup>26</sup> embora sejam objeto de uma discussão político-criminal em separado. Discussões setoriais existem também sobre outros delitos de perigo abstrato, como a *difamação* (§ 186 StGB),<sup>27</sup> o *homicídio a pedido da vítima* (§ 216 StGB) e a *participação em rixa* (§ 231 StGB); em cada um deles, o que se tematiza é menos a legitimidade da antecipação da tutela do que o conflito com outros reconhecidos princípios jurídicos (como a liberdade de opinião,<sup>28</sup> a autonomia<sup>29</sup> e a culpabilidade,<sup>30</sup> respectivamente).

#### II.4. Uma pequena conclusão intermediária

Pareceu-me importante desenhar esse panorama sobretudo porque é possível observar que ele como que se perde quando as teorias alemãs atravessam a fronteira. Considero de especial relevância a lista daquilo que pouco se discute, uma vez que qualquer reflexão teórica com pretensões universalizadoras ou ao menos generalizadoras teria de dar conta também dos integrantes dessa lista. Doutro modo, sempre se poderá objetar que os críticos escolhem “adversários de peso leve”.<sup>31</sup> Talvez em razão disso, seja necessário renunciar ao projeto de uma teoria com tais pretensões (abaixo, III. 3. a)).

### III. Esboço de um posicionamento

Não posso, a seguir, pretender formular uma teoria geral dos limites dentro dos quais antecipações da tutela penal são legítimas. Minhas intenções são mais modestas: pretendo, levando adiante algumas reflexões que já formulei noutras sedes,<sup>32</sup> apresentar algumas diretrizes que creio fecundas para o prosseguimento do debate.

<sup>26</sup> Cf. apenas *Korte*, MK-StGB, 3ª ed. 2019, § 331 nm. 12.

<sup>27</sup> Concretamente, a conduta de atribuir a alguém um fato negativo, sem que se consiga comprovar a veracidade do fato; segundo a concepção dominante, essa incomprovabilidade seria uma condição objetiva de punibilidade, o que faria do delito um crime de perigo abstrato, uma vez que ele tutela a honra até mesmo contra verdades, desde que improváveis, isto é, até mesmo onde ela inexistente (por todos, *Eisele/Schittenhelm*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 186 nm. 1).

<sup>28</sup> Cf. unicamente *Rogall*, SK-StPO, 9ª. ed., 2017, § 186 nm. 4 e ss., 19 e ss.

<sup>29</sup> Em razão do problema do paternalismo, cf. com referências *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 33.

<sup>30</sup> Cf. somente *Wölter*, SK-StPO, 9ª. ed., 2017, § 231 nm. 12.

<sup>31</sup> Nesse sentido *Neumann*, Besprechung von Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, in: ZStW 106 (1994), p. 189 e ss. (195).

<sup>32</sup> A que farei repetidamente referência no presente trabalho, razão pela qual peço ao leitor paciência com a fato de que esse autor de nome *Greco* seja aqui o mais citado...

### III.1. Abandono de críticas “historicizantes”

Boa parte da discussão alemã travou-se sob a sombra de “grandes rubricas”: a de uma dicotomia entre um direito penal dito clássico (garantista, moderado, racional, esclarecido) e um direito penal moderno (funcionalista, ilimitado, emocional e populista);<sup>33</sup> a da sociedade do risco;<sup>34</sup> a do direito penal simbólico<sup>35</sup> e a do direito penal do inimigo.<sup>36</sup> Alguns dos debatedores também formulam sua análise crítica sob a rubrica da expansão do direito penal;<sup>37</sup> mais recentemente fala-se numa policialização do direito penal, que compreenderia o uso de incriminações antecipadas menos para obter condenações e mais para autorizar o emprego dos mecanismos coativos do direito processual penal e do direito de polícia.<sup>38</sup>

Não questiono o valor dessas categorias enquanto linhas gerais de orientação, que permitem ordenar a multiplicidade de fatos sob parâmetros placativos. Para uma discussão jurídica sobre os limites a uma antecipação da tutela penal, elas me parecem, contudo, inadequadas.<sup>39</sup> Elas são, em primeiro lugar, *imprecisas*: os delitos de corrupção são direito penal moderno ou clássico? Aqui há enormes cifras-negras e déficits de implementação: direito penal meramente simbólico e portanto ilegítimo?

Em segundo lugar, essas categorias *nem sempre se referem a um princípio normativo específico*, e, quando o fazem, pareceria mais apropriado

<sup>33</sup> Nesse sentido, especialmente, *Hassemer*, em vários trabalhos, entre os quais ZRP 1992, p. 378 e ss.; para ulteriores referências *Greco*, Modernização..., p. 16 e ss.

<sup>34</sup> Principalmente *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; mais recentemente *Reus*, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, 71 ff.; *Großmann*, Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft, 2016, p. 24 e ss.

<sup>35</sup> *Hassemer*, Roxin-FS, 2001, 1001; *Lauterwein*, Symbolische Gesetzgebung, 2006; *Bloy*, Symbolik im Strafrecht, Frisch-FS, 2013, p. 59 e ss.

<sup>36</sup> Fundamental, *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.); posteriormente, *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, p. 47 e ss. (p. 51 e ss.); idem, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, p. 88 e ss.; a respeito, *Greco*, Feindstrafrecht, 2010.

<sup>37</sup> Assim *Silva Sánchez*, Expansión..., cit.

<sup>38</sup> De uma perspectiva mais processual *Paeffgen*, „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, p. 13 e ss.; sobre o problema do uso do direito penal material para facilitar a perseguição penal *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 49g e ss.

<sup>39</sup> Cf. também *Greco*, Modernização..., p. 42 e s.: “slogans difamatórios”.

apontar diretamente para esse princípio, do que para a grande categoria. Concretamente: qual é o mal de um dispositivo ser simbólico? Quem defende a prevenção geral positiva – o que eu não faço<sup>40</sup> – atribui, expressamente, importância ao simbolismo. Qualificar um dispositivo como simbólico deixa a dever o princípio normativo que fundamenta a crítica por trás da qualificação, que é, a rigor, descritiva. Algo similar pode ser dito da categorização de algo como direito penal da sociedade do risco: e daí? Já a categoria do direito penal do inimigo, se entendida como topos crítico para criticar, por ex., os delitos de terrorismo acima descritos (II.3.), não representa ganho algum em comparação com outros tópicos, como a ideia de que haveria uma punição de meras intenções.<sup>41</sup> O mesmo se diga da policialização: o problema, aqui, parece ser o princípio da culpabilidade, que insiste em que a pena tem de ser adequada ao conteúdo de injusto do fato, o que exclui que ela seja prevista como mera ocasião para que se retire o autor de circulação.

### III.2. Proteção de bens jurídicos?

Não posso saltar nas profundas e turvas águas do debate sobre o bem jurídico, que foi reacendido pela decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, ao declarar a constitucionalidade do delito de incesto entre irmãos (§ 173 StGB), recusou a ideia de que o legislador estaria vinculado por uma teoria do bem jurídico.<sup>42</sup> Penso, com muitos outros, que a teoria do bem jurídico permanece correta e válida, a despeito de o que disse o Tribunal.<sup>43</sup> Ainda assim, parece-me que ela pouco tem a contribuir para o presente debate, ao contrário do que pensam muitos, principalmente fora da Alemanha, talvez sob influência da ideia italiana de ofensividade. Isso porque o cerne do problema diz respeito menos ao bem que se quer proteger e mais a “quão cedo” essa proteção pode ocorrer. Ainda que reconhecessemos como bens jurídicos apenas e ex-

<sup>40</sup> Cf. *Greco*, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, trad. Dropulich/Béguelin, Madri, 2015, p. 316 e ss.

<sup>41</sup> Para essa crítica cf. a nota 21.

<sup>42</sup> BVerfGE 120, 224, 241 f.; sobre essa decisão, criticamente, *Roxin*, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, StV 2009, 544; *Greco*, *Tiene futuro la teoría del bien jurídico? Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán con respecto al delito de incesto (§ 173 del StGB)*, trad. E. Sarrabayrouse, in: *Tortura, incesto y drogas. Reflexiones sobre los límites del derecho penal*, Buenos Aires, 2014, p. 66 e ss.

<sup>43</sup> Cf. meu estudo citado na nota anterior, bem como *Roxin/Greco*, *Strafrecht...*, § 2 nm. 7 e ss.

clusivamente a tríade clássica vida, corpo e liberdade, precisaríamos de argumentos adicionais para examinar se delitos como os previstos no § 89a StGB são ou não legítimos, uma vez que eles podem ser entendidos como um esforço de proteger esses bens. Noutras palavras: o problema central, como demonstraram *Hefendehl* e *Wohlers*,<sup>44</sup> não é o bem jurídico, e sim a chamada *estrutura do delito*. É dessa distinção fundamental que o debate tem, a meu ver, de partir.<sup>45</sup>

É justamente nesse ponto que se encontra aquilo que me parece a principal insuficiência da ideia italiana de *ofensividade*.<sup>46</sup> Ao afirmar que só há crime se um bem jurídico estiver submetido a lesão ou a perigo concreto, a ideia funde os dois planos, manifesta-se de forma prematura sobre a estrutura do delito, formulando uma afirmação que não tem como levar a sério, sem ter de acudir a uma série de artifícios conceituais (principalmente: o de inventar bens jurídicos ali onde um perigo concreto não puder afirmar-se, e o de manejar um conceito de perigo concreto que, de uma perspectiva alemã, designa uma forma de perigo abstrato).

Isso não significa, contudo, que a teoria do bem jurídico seja irrelevante para o presente problema. A ela incumbe dar resposta a um problema ainda não resolvido: o de *distinguir bens (coletivos) “reais” de meros bens “aparentes”*.<sup>47</sup> Como visto, a postulação de um bem coletivo é um dos dois mecanismos dogmáticos através dos quais se consegue justificar uma criminalização no estágio prévio. Enquanto for possível inventar bens jurídicos ao bel prazer – capacidade de funcionamento do sistema de crédito, saúde pública e paz pública, como vimos, ou, para mencionar um exemplo mais recente, a integridade da competição esportiva (que

<sup>44</sup> *Wohlers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, p. 281 e ss.; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2003, p. 113 e ss.; sobre esses dois autores, com mais referências, *Greco*, *Modernização...*, p. 33 e ss.

<sup>45</sup> *Greco*, *Modernização...*, p. 99 e ss.; *Roxin/Greco*, *Strafrecht...*, § 2 nm. 85a

<sup>46</sup> A ideia tem pouca penetração na Alemanha; uma tentativa recente de recepcioná-la, entretanto, encontra-se em *Moeller*, *Definition und Grenzen...*, p. 167 e ss. A crítica é desenvolvida em detalhe em *Greco*, “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito, in: *Modernização...*, p. 77 e ss.

<sup>47</sup> Já *Greco*, *Modernização...*, p. 53 e s.; em profundidade *Greco*, *Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?*, *Festschrift für Roxin II*, 2011, p. 199 e ss. (= Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, in: *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa [ADPE] 2 [2012]*, p. 63 e ss.).

seria o suposto bem jurídico por trás do delito de autodoping)<sup>48</sup> – será fácil escapar a qualquer escrutínio mais severo sobre a legitimidade de tipos penais de tutela antecipada, uma vez que, conceitualmente, já se terá antecipado a própria lesão.

Setores da doutrina têm, portanto, empenhado esforços no sentido de diferenciar os bens coletivos reais daqueles que não passariam de meras palavras. A lista desses últimos compreenderia os quatro exemplos que acabo de mencionar; os bens reais seriam, por vez, aqueles tutelados pelos delitos de corrupção, pelos delitos ambientais e pelos delitos de falsificação de moeda. Os critérios com base nos quais se há de proceder a essa distinção ainda não estão esclarecidos. No geral, afirma-se que os bens falsos não passam de uma soma de bens individuais – inexistiria uma saúde pública, diversa da saúde de cada indivíduo que compõe esse público – um argumento que, a meu ver, apresenta certas insuficiências. Em razão disso, propus três regras ou testes que teriam de ser atendidos por bens coletivos para que pudessem ser reconhecidos enquanto tais: um bem coletivo nunca pode ser introduzido sob o único argumento de que, doutro modo, a incriminação seria injustificada (teste da circularidade); bens de uma quantidade indeterminada de pessoas não configuram, só por isso, um novo bem coletivo (teste da distributividade); bens coletivos, uma vez que dotados de um conteúdo autônomo em relação a bens individuais, têm de ser passíveis de afetação com independência da afetação de qualquer bem individual (teste da não-especificidade).<sup>49</sup>

Essas regras conseguem demonstrar por que a saúde pública não é um bem coletivo autêntico – é impossível afetá-la sem que, ao menos abstratamente, se ponha em perigo a saúde de indivíduos – ao mesmo tempo em que deixam intocado o bem protegido pelos tipos de corrupção, uma vez que aqui se mostram imagináveis situações em que a conduta incriminada não afeta, nem mesmo abstrata ou indiretamente, a posição de qualquer indivíduo (ex.: um particular paga a um funcionário para que pratique ato administrativo vinculado a que o primeiro tem direito).

### III.3. Estrutura do delito

Como acabo de desenvolver, o núcleo do problema se encontra no plano daquilo que cada vez mais frequentemente se chama de “estrutura do delito”, isto é, no plano não mais de o quê se protege (bem

<sup>48</sup> BT-Drucks. 18/4898, S. 1; críticas em *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 49b e ss.

<sup>49</sup> *Greco*, Festschrift für Roxin II, 2011, p. 208, 210, 213; *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 45d e ss.

jurídico), e sim de como ou quão cedo essa proteção ocorre. Arrolarei a seguir uma série de questões que, penso eu, merecem ser objeto de atenção mais detida.

### **a) Perigo abstrato: categoria útil?**

Dissemos, ao início, que o delito de perigo abstrato é uma das duas figuras dogmáticas que permitem articular uma antecipação da proteção penal. Já por isso, a categoria parece indispensável. Ocorre que ela apresenta dois problemas, que tornam urgente a pergunta quanto a se vale a pena prosseguir utilizando-a para trazer alguma luz à questão da criminalização no estágio prévio.

O primeiro problema é a falta de clareza não a respeito de o que é perigo abstrato, e sim dos delitos a que a categoria se refere. Afinal, a caracterização de determinado delito como de perigo abstrato, de perigo concreto ou mesmo de lesão depende de como descrevemos o bem jurídico que o tipo penal tutela.<sup>50</sup> Concretamente: um delito ambiental como a poluição de águas, que se consuma quando alguém “polui, de forma não autorizada, águas, ou lhes modifica em sentido negativo as propriedades” (§ 324 I StGB), será delito de perigo abstrato, se se manejar um conceito antropocêntrico de bem jurídico ambiental, segundo o qual este não passa das condições para a vida e a saúde de seres humanos, mas será delito de lesão, se o bem jurídico for entendido de forma ecocêntrica, como a própria integridade do meio ambiente, entendido como valor em si. Ou, para usar um outro exemplo muito além da margem da discussão: o delito de receptação (§ 259 StGB) será de lesão ou de perigo abstrato, ou mesmo os dois simultaneamente, a depender de qual das suas rationes é considerada decisiva: se se trata de combater a perpetuação da lesão à propriedade, tem-se um delito de lesão; se se trata de combater os mercados de produtos furtados, há perigo abstrato.<sup>51</sup> O mesmo se diga do delito de posse de pornografia infantil (§ 184b III StGB):<sup>52</sup> ele será de perigo abstrato, na medida em que se entende que o possuidor fomenta um mercado e, com este, futuros delitos sexuais contra crianças; e de lesão, na medida em que se

<sup>50</sup> Observado por *Jakobs*, *Strafrecht*, 2ª ed., 1991, § 2 nm. 25b.

<sup>51</sup> Sobre essas duas rationes, por todos, *Hecker*, *Sch/Sch-StGB*, 30ª ed., 2019, § 259 nm. 1, 3.

<sup>52</sup> Sobre a legitimidade dessa incriminação *Greco*, *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, § 184b nm. 1 e ss.

entenda que se trata do direito de personalidade / à imagem da criança cujo abuso é reproduzido.

O segundo problema é próximo, mas não idêntico ao primeiro. A categoria do delito de perigo abstrato abrange toda uma gama de delitos, cujo único traço comum é de uma certa, maior ou menor, distância entre o comportamento que os constitui e o bem que eles devem proteger. Vimos, ao descrever o contexto da discussão (acima, II.), que esses delitos são bastante heterogêneos – delitos de perigo abstrato são desde a preparação de ato violento grave na forma do § 89a StGB até a difamação do § 186 StGB. Com isso, torna-se urgente a pergunta quanto a se não convém recortar a matéria de outra maneira, mais precisa, deixando de perguntar, de forma vaga, sobre as condições de legitimidade de uma criminalização no estágio prévio ou de delitos de perigo abstrato, e sim valendo-se de subcategorias.

Nesse sentido, destaco em especial a reflexão de *Wohlens*,<sup>53</sup> cuja ideia central é abandonar a categoria do perigo abstrato em favor da tricotomia delito de perigosidade ou de conduta perigosa (*Gefährlichkeitsdelikt* – protótipo: condução embriagada), delito de preparação (*Vorbereitungsdelikt* – protótipo: posse de arma) e delito de acumulação (protótipo: delito ambiental), e formular requisitos próprios de legitimidade para cada uma dessas categorias. Tenho dúvidas, entretanto, no que diz respeito a se as três categorias propostas por Wohlens são exaustivas; tampouco estou seguro quanto a se todos os delitos até agora qualificados como de perigo abstrato podem ser por ela compreendidas. Pense-se na difamação ou no homicídio a pedido da vítima; tratar-se-ão de delitos de perigosidade? Porque delitos de preparação ou de acumulação eles definitivamente não são.

Enfim, tenho aqui mais perguntas do que respostas. Parece-me, porém, que apenas com as perguntas corretas é que a análise científica pode evoluir.

## **b) Necessidade de respeito à esfera nuclear de privacidade ou de autonomia**

Penso que a estrutura do delito é o local sistemático adequado para levar em conta um grupo de considerações que, até o presente momento, recebe atenção apenas marginal no debate. A análise pautada segundo

---

<sup>53</sup> *Wohlens*, *Deliktstypen...*, p. 284 e ss.

a proteção de bens jurídicos tem uma estrutura consequencialista; ela pergunta o que nós, enquanto sociedade, ganhamos de uma proibição.<sup>54</sup> A partir dessa perspectiva, toda proibição de conduta perigosa é *prima facie* legítima; e se quisermos afastar tal conclusão, o faremos com remissão aos inconvenientes que essa proibição acarreta também para os nossos interesses enquanto sociedade.

Essa análise não é errônea, mas apenas unilateral: ela desconhece que a perspectiva consequencialista, que é a da sociedade, não é a única que pode importar. Um direito penal que reconhece o indivíduo como sujeito de direitos tem de perguntar, também, se é legítimo exigir desse indivíduo que se atenha a uma determinada proibição. E a fundamentação dessa legitimidade não pode limitar-se a aludir a uma conveniência ou ganho da sociedade, porque de outro modo estar-se-ia a desconhecer o indivíduo como sujeito de direitos e a reduzi-lo a uma mero funcionário da sociedade, o qual tem de se contentar com aquelas posições jurídicas que esta lhe houver por bem conceder.

Parece-me que a mera alusão a um perigo não pode ser suficiente para legitimar a proibição diante do indivíduo afetado. Outra vez, coibir perigos é um interesse social; há perigos que são nosso direito criar. Isso fica evidente se nos recordamos naquilo que é a semente de todo delito doloso, e que, portanto, é a verdadeira fonte de qualquer lesão a bem jurídico oriunda da conduta humana: o *pensamento*.<sup>55</sup> Todo delito doloso tem início com a cogitatio; não se pode, assim, afirmar que esta não é perigosa. Mas cogitationis poenam nemo patitur – pensamentos, ainda que perigosos, não podem ser punidos, porque eles interessam apenas ao indivíduo que os pensa. Noutras palavras: existe algo como uma *esfera nuclear de privacidade*,<sup>56</sup> impenetrável para o Estado, que com-

<sup>54</sup> Cf. *Greco*, Tiene futuro..., p. 81 e ss.

<sup>55</sup> *Greco*, Straftbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums, in: Hefendehl (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010, p. 73 e ss. (p. 81 e s.).

<sup>56</sup> A ideia encontrou boa acolhida na doutrina, cf. *Roxin*, StV 2009, p. 547 e s.; *idem*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA 2013, p. 433 e ss. (452 e ss.); *Hefendehl*, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011, p. 403 e ss. (405); *Saliger*, Saliger, Was schützt der liberale Staat?, in: Siep et alii (coords.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, p. 183 e ss. (212 e s.); *Sternberg-Lieben*, Sternberg-Lieben, Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der

preende, no mínimo, nossos pensamentos. O que mais ela compreende, é difícil determinar; tentei, em um estudo específico, delinear de forma mais precisa o conteúdo dessa esfera nuclear.<sup>57</sup>

### **c) Consequências indiretas como razão para uma criminalização?**

Por fim, gostaria de recordar mais uma ideia que tenho defendido em uma série de trabalhos e que é correlacionada à ideia de privacidade que acabo de introduzir. Cada vez mais torna-se habitual justificar uma proibição aludindo não a consequências, por assim dizer, diretas do comportamento proibido, mas a suas implicações longínquas. Acabamos de ver duas instâncias desse argumento no caso da recepção e da pornografia infantil, quando se menciona a ideia de que quem pratica essas condutas contribui para a existência de um mercado que, por sua vez, promove a reitaração da prática de delitos como o furto e os abusos sexuais contra crianças.

O problema do argumento é que ele funciona não apenas diante dessas hipóteses, cujo merecimento de pena é claro, mas também diante de qualquer situação que se examine de forma mais detida. Não há uma conduta (ou uma omissão sequer) que não afete, indiretamente, a esfera de outrem. O fato de eu me encontrar, no presente momento, escrevendo este trabalho para meu amigo *Alonso Rimo* significa que não estou gastando dinheiro no centro comercial mais próximo ou no supermercado, nem queimando gasolina no meu carro (e com isso nem explorando o meio ambiente, de um lado, nem movimentando a economia, de outro), que não estou produzindo dados para o Google (mas sim para a Microsoft, pelo uso do word, e para a Dropbox) etc. Não há, em especial no mundo digitalizado em que vivemos, a poucos anos da chegada da big data, esfera nuclear em que o indivíduo se encontre, verdadeiramente, só, em que seus comportamentos afetem única e exclusivamente a ele próprio. Ainda assim, parece-me estranho extrair daí a conclusão de que não há comportamentos por cuja prática o indivíduo não possa ter de prestar contas para o Estado.

---

Beschimpfung religiöser Bekenntnisse, Festschrift Paeffgen, 2015, p. 31 e ss. (39); críticas em *Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, p. 184 e ss. (206 e ss.).

<sup>57</sup> *Greco*, Strafbarer Drogenbesitz..., p. 81 e ss.

Em razão disso venho propondo, em várias publicações,<sup>58</sup> que se considere insuficiente fundamentar uma proibição unicamente em *consequências indiretas* da prática do comportamento proibido. A dificuldade dessa posição, contudo, está na própria noção de consequência indireta; toda consequência, em certo sentido, é indireta, porque, se ela, enquanto consequência, é já por definição diversa da conduta, sempre é possível postular algum elo intermediário entre a conduta e ela. Talvez o caminho mais adequado seja o de não tentar mais distinguir o direto e o indireto, e sim valorizar a pergunta a respeito daquilo pelo qual o indivíduo pode ser chamado a prestar contas sob ameaça de pena. Parece intuitivo que eu não preciso prestar contas do uso dos dados os quais o Google colhe a partir de meus clicks, tampouco das consequências da queima de combustível para a economia ou para o meio ambiente (ao menos penalmente, e sim no máximo moralmente). O problema dessa ideia é que ela é provavelmente circular ou vazia de conteúdo: suspeito que ela se limite a repetir a intuição de que algo não pode importar ao poder de punir, mais do que de oferecer o real fundamento dessa intuição.

Enfim, também aqui tenho mais dúvidas e perguntas do que certezas e respostas. Se permitirmos, com a opinião dominante, um amplo recurso a consequências indiretas, cairemos naquilo que a literatura de língua inglesa chamou de *collapse of the harm principle*,<sup>59</sup> sempre será possível proibir qualquer comportamento. Se erigimos uma barreira, compramos o problema de fixar o seu concreto alcance. Prefiro essa segunda via à primeira, mas aqui estamos diante mais de um projeto de reflexão do que de uma solução acabada.

#### IV. Conclusão

Encerro minhas considerações. Esforcei-me por oferecer, numa primeira parte (acima, II.), um panorama do contexto legislativo em que a discussão alemã se formou, para, em um segundo momento (abaixo, III.), apresentar algumas ideias próprias, na maior parte incipientes e inacabadas. Essas ideias são, em síntese, a necessidade de abandonar qualquer projeto global e apressado de análise com base em grandes

<sup>58</sup> Por último, *Greco*, Verbreitung pornographischer Schriften, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, vol. IV, 2019, § 10 nm. 18.

<sup>59</sup> *Harcourt*, The Collapse of the Harm Principle, *Journal of Criminal Law and Criminology* 90 (1999), p. 109 e ss.

slogans (III.1.), e talvez mesmo a categoria genérica do crime de perigo abstrato (acima, III. 3. a)], em favor de uma análise meticulosa e pormenorizada, que terá de resolver ao menos três problemas: (1) Quais bens coletivos realmente podem ser reconhecidos enquanto tais (acima, III. 2.)? (2) Há barreiras intransponíveis a qualquer incriminação, relativas à privacidade ou a autonomia dos destinatários da proibição (acima, III. 3.b)]? (3) Em que medida é possível limitar a liberdade dos cidadãos aludindo a consequências mais ou menos indiretas do uso dessa liberdade (acima, III. 3. c)]?

## Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts. KritV 1988.

ANASTASOPOULOU, Ioanna. Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. München: C.H. Beck, 2005.

WOLF, Erik. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: HEGLER, August [Hrsg.]: Festgabe für Frank, Bd. 2. Tübingen, 1930.

SCHMIDT, Eberhard. Probleme des Wirtschaftsstrafrechts. SJZ, 1948.

\_\_\_\_\_, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949), in: EHMKE, Horst [et al.] [Hrsg.] Festschrift für Arndt, 1969.

EISELE, in: Baumann/ Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12 Auflage, 2016.

EISELE/SCHITTENHELM, Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed., 2019.

GOECKENJAN, Inge. Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, in: ZIS, 2018.

\_\_\_\_\_, Dos formas de hacer dogmatica jurídico-penal. Trad. Hernán Bouvier, in: Discusiones 8, 2008.

\_\_\_\_\_, Feindstrafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2010.

\_\_\_\_\_, Festschrift für Roxin um 80. Geburtstag. Berlin/New York: DeGruyter, 2011.

\_\_\_\_\_, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, Festschrift für Roxin II, 2011. in: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2012.

\_\_\_\_\_, Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Trad. Dropulich/Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, §§ 184-184e. In: WOLTER, Jurgen. (coord.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vol. IV, 9<sup>a</sup>. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.

\_\_\_\_\_, Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums, in: HEFENDEHL (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010.

\_\_\_\_\_, Tiene futuro la teoría del bien jurídico? Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán con respecto al delito de incesto (§ 173 del StGB), trad. E. Sarabayrouse, in: Tortura, incesto y drogas. Reflexiones sobre los límites del derecho penal, Buenos Aires, 2014.

\_\_\_\_\_, Verbreitung pornographischer Schriften, in: HILGENDORF; KUDLICH; VALERIUS, Handbuch des Strafrechts, vol. IV, 2019.

\_\_\_\_\_, Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht, in: Kretschmer/Zabel (coords.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, Baden-Baden, 2018.

GROSSMANN, Sven. Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft. Zürich: Nomos, 2016.

HARCOURT, Bernard. The Collapse of the Harm Principle, Journal of Criminal Law and Criminology, n. 90, 1999.

HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: PHILIPS / SCHOLLER (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989.

\_\_\_\_\_, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP, 1992.

\_\_\_\_\_, Roxin-FS, 2001.

\_\_\_\_\_, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NStZ, 1989.

- HECKER, Bernd. Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck, 2019.
- HEFENDEHL, Roland. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011.
- \_\_\_\_\_, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2003.
- \_\_\_\_\_, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed., 2019.
- \_\_\_\_\_, Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit, in: HEFENDEHL (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, 2010.
- HOHMANN, Olaf. Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA, 1992.
- JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004.
- \_\_\_\_\_, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000.
- \_\_\_\_\_, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW, 1985.
- \_\_\_\_\_, Strafrecht, 2<sup>a</sup> ed. Berlin: De Gruyter, 1991.
- KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.
- GÜNTHER, Klaus. Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: Recht und Moral. Baden-Baden: Nomos, 1991.
- \_\_\_\_\_, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.
- KORTE, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed. 2019.
- LAUTERWEIN, Carl. Symbolische Gesetzgebung: Eine Untersuchung am Beispiel Strafrecht. Munique: Voegel, 2006.
- BLOY, René. Symbolik im Strafrecht, Frisch-FS. Berlin: Duncker & Hum-bolt, 2013.
- MOELLER, Uriel. Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit. Hamburg: Vandenhoeck & Ruprecht, 2018.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens. Traktat für die Abschaffung des Strafrechts, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.
- NAUCKE, Wolfgang. Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.
- \_\_\_\_\_, Kants Straftheorie, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.

\_\_\_\_\_, Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.

NEUMANN, Ulfried. Besprechung von Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, in: ZStW, 1994.

OĞLAKCIOĞLU, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed., 2017, vor § 2 BtMG.

PAEFFGEN, „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, in: WOLTER, Jürgen (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Neuwied, 1995.

PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

RADTKE, Henning; STEINSIEK, Mark. Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen?, ZIS. Baden-Baden: Nomos, 2008.

REUS, Katharina. Das Recht in der Risikogesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

ROGALL, SK-StPO, 9<sup>a</sup> ed., 2017.

ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA. München, 2013.

\_\_\_\_\_, StV 2009.

\_\_\_\_\_, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009.

ROXIN, Claus. GRECO, Luís. Strafrecht Allgemeiner Teil, 5<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck, 2019.

SALIGER, Frank. Was schützt der liberale Staat?, in: SIEP, Ludwig. [et al.] (coords.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Mohr Siebeck, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. GA, 1995.

\_\_\_\_\_, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, Festschrift für Triffterer. Wien, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001; GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, 2003.

STÄCHELIN, Gregor. Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

Sternberg-Lieben, Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed., 2019.

\_\_\_\_\_, Detlev. Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse. In: STUCKENBERG, Carl-Friedrich [et al.] [Org.]. Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat: Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. JuS 1989, p. 691.

\_\_\_\_\_, LK-StGB, 12<sup>a</sup> ed., 2012.

\_\_\_\_\_, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen Zu Einem Rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, Entwickelt Am Problem des Wirtschaftsstrafrechts. Heidelberg: Mohr Siebeck, 1969.

\_\_\_\_\_, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentage. München: C.H. Beck, 1972.

\_\_\_\_\_, Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung, in: \_\_\_\_\_ [Org.]. Das Verbrechen in der Wirtschaft. München: C.H. Beck, 1972.

WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

\_\_\_\_\_, SK-StPO, 9<sup>a</sup> ed., 2017.

# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06 SOB A ÓTICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

*THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE CRIME TYPIFIED ON THE ARTICLE 28 OF LAW 11.343/06 FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF THE PROTECTED LEGAL INTERESTS*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p35-55

Gabriela Mendes Machado

*Mestranda em Direito Processual pela PUC Minas*

*Especialista em Direito Processual pelo IEC – PUC Minas*

Luiza Luz Soares Neuenschwander Magalhães

*Bacharel em Direito pela UFMG*

Mateus Vaz e Greco

*Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas*

**Recebido em:** 06/02/2020

**Aprovado em:** 10/04/2020

**Última versão do autor em:** 29/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente estudo trata da (in)constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Por meio dele, demonstra-se que a criminalização de tal conduta, além dos já sabidos gravosos danos sociais causados, também se respalda em um bem jurídico incerto e abstrato, qual seja a Saúde Pública. Propõe-se assim uma análise crítica a respeito da utilização de bens jurídicos coletivos, como a saúde pública que o delito em tela busca tutelar, para contenção do poder punitivo. Por fim, aponta-se o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal da pertinência do tema no RE 635659/SP – que teve sua tramitação sus-

pensa, sem previsão de retorno – tendo alguns ministros apresentado sua decisão a respeito do tema.

**Palavras-Chaves:** Direito Penal. Lei de Drogas. Bem Jurídico. Inconstitucionalidade.

**Abstract:** *The present study deals with the (un)constitutionality of the crime of having drugs for personal consumption, typified on the article 28 of Law 11.343/06. It intends to demonstrate that the criminalization of this conduct not only causes vast and known social damage, but also is justified by an uncertain and abstract legal interest, namely Public Health. Therefore, a critical analysis is proposed regarding the use of collective legal interests, such as Public Health, to limit the punitive power. Finally, we point out that the Supreme Court in Brazil (Supremo Tribunal Federal) acknowledged the relevance of the issue in RE 635659/SP - that at the time had its processing suspended by the court with no expected date to restart – when some ministers already expressed their decisions on the matter.*

**Keywords:** Criminal Law. Drug Law. Legal Property. Unconstitutionality.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre bem jurídico. 2.1. A expansão do Direito Penal - Surgimento dos Bens Jurídicos coletivos. 2.2. As Teorias do Bem Jurídico. 2.3. O Dualismo e o Monismo-pessoal. 2.4. A (im)pertinência da Saúde Pública como bem jurídico. 3. A tipificação penal do porte de droga para consumo pessoal no Brasil e a tramitação do recurso extraordinário 635.659/SP. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

A discussão referente à (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 é de extrema importância, não só pelas questões jurídico-constitucionais a ela atinentes, que necessariamente perpassam pela análise do bem jurídico tutelado, como também por se tratar de assunto que transita pela seara social, envolvendo também questões afetas a políticas criminais atuais.

A pauta em discussão envolve análise histórica e política que, por inviabilidade metodológica, não serão objeto do presente estudo. Todavia, faz-se necessário, para ambientação, trazer que o uso de drogas não é algo inédito ou um fenômeno recente, sendo tão antigo quanto nossa própria sociedade<sup>1</sup>. Entretanto, a sua proibição como atualmente é feito no Brasil é o que interessa para a presente abordagem.

<sup>1</sup> Recomenda-se, aqui, a leitura do livro “O Direito Penal da Guerra às Drogas”, de Luís Carlos Valois.

Na legislação brasileira, encontram-se criminalizadas as condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, quais sejam: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. É justamente esta proibição que se mostra questionável, do ponto de vista jurídico, eis que esbarra em garantias fundamentais do indivíduo, além de pautar-se na proteção de bens jurídicos coletivos incertos e abstratos.

Assim, traçando ponderações teóricas que julgamos relevantes, promoveremos uma análise acerca da constitucionalidade – ou não – do tipo previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, analisando as teorias do bem jurídico e, em especial, ponderações a respeito da Saúde Pública como bem coletivo, e por fim, far-se-á uma análise da tramitação do Recurso Extraordinário 635.659/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versa acerca da tipicidade do porte de drogas para consumo pessoal.

## **2. Apontamentos sobre bem jurídico**

### **2.1. A expansão do Direito Penal - Surgimento dos Bens Jurídicos coletivos**

A tipificação dos chamados crimes contra a saúde pública, cuja previsão estava contida no Título III da Parte Especial (Dos crimes contra a Tranquilidade Pública) surgiu com a edição do Código Penal de 1890, em um contexto no qual a proteção dos bens jurídicos relacionados à coletividade representava um processo de significativa expansão e modernização do Direito Penal.

Esse processo pode ser associado ao desenvolvimento das sociedades complexas, em especial a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, prevalecendo uma noção de que eram objeto da tutela penal não apenas os bens jurídicos propriamente ditos, mas, também a promoção de valores ético-sociais.

Wessels, adepto à teoria ético-social do bem jurídico, afirma que “*as raízes do Direito Penal se situam nas representações ético-sociais de valor da comunidade jurídica; elas constituem a base para o aparecimento dos bens jurídicos, das normas jurídicas e dos tipos penais*” (WESSELS, 1976, p. 04).

Segundo Welzel, a função do Direito Penal seria essencialmente ético-social, de modo que serviria para a proteção de valores considerados relevantes para a sociedade, tais como “*a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc.*” (WELZEL, 1956, p. 02).

Para perspectiva, todos esses valores seriam por ele convertidos a bens jurídicos, a partir de uma norma que tornasse possível a tutela. Em outras palavras, seria a partir da tipificação e da superveniente punição que a proteção dos valores ético-sociais estaria resguardada (MIRANDA, 2018, p. 52).

Vale dizer que o relevante para o Direito Penal seria a conduta, em detrimento de uma efetiva lesão a um bem jurídico. Afinal, é evidente que a intenção de Welzel seria assegurar os valores da sociedade mediante a proibição (criminalização) de condutas indesejadas, ainda que não houvesse qualquer resultado que causasse dano ou lesão aos bens jurídicos<sup>2</sup>.

Nessa concepção, a relevância dada para a proteção de valores ético-sociais acaba abrindo indevido espaço para a criminalização de tudo aquilo que pudesse ser tido como valor para a sociedade, em verdadeira (e repetida) confusão entre Direito e moral. Veja-se o seguinte escrito de Juarez Tavares:

Regressa-se a uma fase anterior a Christian Thomasius, confunde-se a proteção jurídica com a proteção moral, travestida, agora, de valores ético-sociais, de conteúdo ontológico, que dizer, retirados não de um ato de vontade individual, ou de vontade do legislador, mas de uma refinada elaboração mental daqueles que o descobriram e desbravaram. (TAVARES, 2000, p. 178)

Nessa toada, em vez de punir apenas a lesão a bens jurídicos, o Direito Penal seria instrumento de punição a ações infieis, indisciplinadas, desonestas ou desleais, de modo a assegurar a observância real dos valores ético-sociais (BAPTISTA, 2016, p. 43).

Essa função desenvolvida por Welzel e atribuída ao Direito Penal teve impactos significativos na teoria do delito, inclusive no que diz respeito à teoria do bem jurídico. Embora essa corrente tenha encontrado um substrato favorável após a Segunda Guerra na Alemanha, ela se tornou alvo de intensas críticas, isso porque além do risco de sua instrumentalização por ideologias autoritárias, em uma sociedade que

---

<sup>2</sup> “Resulta claro que la seguridad de todos sólo se garantiza suficientemente cuando se asegura el respeto por la vida ajena, con independencia del valor actual de ese bien jurídico individual. El valor del acto es relativamente independiente del valor material o valor del resultado (bien jurídico). Solamente sobre el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la acción, puede lograrse un amparo amplio y duradero de los bienes jurídicos”. (WELZEL, 1956, p. 04-05)

se pretenda democrática o Direito Penal não deveria incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus esquemas de valores. Em vez de limitar a atuação do Direito Penal, essa concepção favoreceria a criação de mecanismos de atuação para além do que deveria ser objeto do poder punitivo do Estado, isto é, além da estrita proteção dos bens jurídicos (PAPA, 2013, p. 40).

## 2.2. As Teorias do Bem Jurídico

Embora a teoria de Welzel tenha o mérito de retomar o conteúdo material do delito, novas correntes político-criminais surgiram, sobretudo no pós-guerra, com o fim de reestruturar a noção de bem jurídico.

O fim da Segunda Guerra desencadeou um movimento nos sistemas constitucionais, bem como no próprio direito, de tal sorte que na segunda metade do século passado a cultura jurídica passou a redefinir o papel da Constituição na organização política de um Estado Democrático de Direito.

Como resposta e superação da carga autoritária que precedia historicamente, o Brasil, assim como diversos outros países (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha etc.) introduziu em seu texto constitucional elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais. Segundo Barros, nesse contexto

tem-se que os ordenamentos democráticos e constitucionais contemporâneos, fundamentam-se numa necessária conexão entre direito e moral, o que permite compreender o que se convencionou denominar de *neoconstitucionalismo ideológico*, consubstanciado na obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que são conformes a Constituição. (PAPA, 2013, p. 46)

Na seara penal, as tendências do constitucionalismo trouxeram reflexos substanciais na legitimação da criminalidade de condutas, notadamente com o fim de tutelar aqueles valores expressos na Constituição de 1988. Dessa forma, o conceito de bem jurídico passa a carregar um viés político-criminal, na medida em que visa a limitar o arbítrio do legislador ao criar bem jurídicos, uma vez que estes devem ser vinculados aos princípios, garantias e valores explícitos ou implícitos na Constituição.

Segundo Luiz Regis Prado:

O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas

político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre ela é tão somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. (PRADO, 2011, p. 62)

Veja-se que na esteira da referida constitucionalização, os ordenamentos jurídicos penais devem ser derivados dos bens jurídicos implícita ou explicitamente preconizados pela Constituição, de modo que limitaria a atuação punitiva estatal. Dentro dessa teoria surgem duas correntes, uma estrita outra ampla. Em síntese, a primeira, que é considerada rígida, consiste na ideia de que a tutela penal somente pode incidir sobre aqueles bens de expressa relevância constitucional (BAPTISTA, 2016, p. 66). Nessa perspectiva, apenas aqueles bens taxativamente elencados na Constituição seriam objeto de tutela penal.

Embora essa corrente tenha a vantagem de que o conceito de bem jurídico acabe antecedendo a atividade do legislador penal, bem como vinculando a sua atividade valorativa, o critério referido não conduz necessariamente a um programa criminal mais enxuto. Nas palavras de Tatiana Baptista:

Em primeiro lugar, o texto constitucional está repleto de expressões abertas e abstratas, tais como “dignidade da pessoa humana”, “moralidade” e “justiça social”, que conferem ao intérprete significativo espaço de discricionariedade. Em segundo lugar, a existência de valores constitucionais como a “correta utilização dos recursos naturais”, a “livre concorrência no mercado de consumo” e a “garantia da política de assistência social por meio de impostos” pode levar à utilização do Direito Penal como instrumento de políticas estatais, voltado à solução de problemas sistêmicos. (BAPTISTA, 2016, p. 67)

E mais:

Por outro lado, a teoria constitucional estrita é criticada por privar da tutela penal bens tradicionais que não possuem relevância constitucional explícita, como, por exemplo, a fé pública. Ademais, a rigidez da presente perspectiva faz com que dependa de reforma constitucional a atualização do Direito Penal para acompanhar a emergência de novas modalidades delitivas, como aquelas decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, a exemplo da criminalidade genética. (BAPTISTA, 2016, p. 67)

Por outro lado, a segunda corrente, a ampla, aumenta o espaço no qual o bem jurídico estaria circunscrito. Consoante esse entendimento, a referência feita à Constituição é genérica e ampla, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo (PRADO, 2003, p. 63).

Roxin, de certa forma, aproxima-se da corrente ampla na medida ao acolher a noção de que o bem jurídico-penal é valor não vedado pela Constituição, tomando esta mais como limite do que como fundamento do conceito (BAPTISTA, 2016, p. 68).

Embora essa teoria comporte vários adeptos e talvez seja, de certa forma, o que há de mais moderno sobre a teoria do bem jurídico, não se pode negar que há evidente abertura desse conceito que se pretende limitar, especialmente no que diz respeito aos bens jurídicos coletivos, visto que o único limite imposto é a vinculação à Constituição. Todavia, essa vinculação acaba por ser óbvia, uma vez que, como bem pontua Baptista, “a não contrariedade aos princípios constitucionais é exigência geral imposta a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional” (BAPTISTA, 2016, p. 69).

Sob um viés de limitação do *jus puniendi* estatal, é possível dizer que a maioria das críticas pertinentes à teoria constitucional do bem jurídico convergem em um ponto em comum: o bem jurídico deve ter pressupostos ainda mais restritivos do que a simples vinculação às diretrizes preconizadas pela Constituição, sejam elas explícitas ou implícitas.

### **2.3. O Dualismo e o Monismo-pessoal**

Uma outra leitura relevante sobre o bem jurídico é a desenvolvida por Hassemer, a partir da qual será analisada a (im)pertinência da saúde pública enquanto bem jurídico.

Esta supõe que a concepção de bem jurídico deve anteceder a atividade legislativa, sendo emanado de fontes extrajurídicas ou pré-positivas. A função atribuída ao bem jurídico seria a de “possibilitar um parâmetro corretivo da política criminal adotada, impondo a exigência de que o bem jurídico seja retirado da relação social concreta e descrito de maneira precisa pela lei penal” (BAPTISTA, 2016, p. 49)

Segundo essa linha, o direito penal deve ser restrito aos interesses do indivíduo, priorizando-os diante do conflito entre o Estado, sociedade e ser humano.

Portanto, em vez de servir como justificativa para criminalizar condutas, o instituto do bem jurídico deveria servir a função de limitar esse poder punitivo (HASSEMER, 2016, p. 12). Os bens jurídicos, por sua vez, seriam extraídos das relações sociais concretas, sendo que o escopo da proteção penal seria os interesses humanos.

Veja-se que nessa perspectiva o cerne da proteção penal é a pessoa humana. Logo, o legislador penal, para criminalizar, deve levar em conta se aquela conduta seria capaz de ameaçar o interesse pessoal protegido por lei<sup>3</sup>. Da mesma forma, a punição deve ter como pressuposto a constatação de ofensa ao bem jurídico da vítima – ou risco real de lesão<sup>4</sup>. Não basta a alegação de ofensa a uma entidade incerta e abstrata.

Diante disso, pode-se dizer que Hassemer tinha como preocupação ainda os demais princípios do direito penal, notadamente a lesividade.

Salienta-se que na perspectiva dos bens jurídicos individuais “a teoria formulada por Hassemer é bastante clara, se a responsabilidade penal é pessoal, também será pessoal a violação produzida pela conduta” (MIRANDA, 2018, p. 65). Contudo, não é excluída a existência de bens jurídicos coletivos.

Assim, a existência de um conceito pessoal de bem jurídico não impede o reconhecimento daqueles ditos coletivos, mas, é exigido que eles sejam funcionalizados e tenham um substrato real e signifiquem uma utilidade ao ser humano:

Para esta teoria, os bens jurídicos da comunidade só podem ser reconhecidos na medida em que – mediatamente – sejam também interesses da pessoa. Assim, por ex., reconhece as falsidades documentais não como delitos contra a segurança do tráfico jurídico, senão como delitos contra a totalidade dos

---

<sup>3</sup> “La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con todas las diferencias de origen y concepto – negativa y de crítica de derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible: así por ejemplo en el derecho penal sexual no debía indicarse <> sino autodeterminación, salud y protección de la juventud”. (HASSEMER, 1991, p. 31)

<sup>4</sup> “La amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico penal”. (HASSEMER, 1990, p. 245)

participantes nesse tráfico e, portanto, dos interessados nos meios probatórios; o falso testemunho ou a acusação e denúncia falsas como delitos contra uma Administração da Justiça concebida como uma função para investigar ordenadamente os assuntos que incumbem às pessoas relacionadas com ela; o meio ambiente no delito ecológico como o conjunto das condições vitais das pessoas e não como a pureza da água ou do ar como tais.<sup>5</sup>

Juarez Tavares ensina que somente pode ser considerado bem jurídico aquilo que pode ser reconhecido como um ente próprio da pessoa humana, isto é, de que aquele determinado valor possa, direta ou indiretamente, implicar um interesse pessoal, ainda que esse interesse seja de um indivíduo ou de um grupo de pessoas indistintas (TAVARES, 2004, p. 71). Assim, o conceito de bem jurídico acaba sendo mais restrito por um substrato de requisitos para a atividade legislativa.

Pela síntese de algumas importantes correntes que orientam a teoria do bem jurídico, é possível perceber que nenhuma descarta a existência de bens jurídicos supraindividuais. Contudo, certo é que com a modernização da sociedade e o surgimento de conflitos sociais novos e mais complexos, o direito penal sofreu fortes influências. Afinal, alguns riscos já pré-existentes foram ampliados em significativa escala e outros foram incrementados.

Como bem salienta Luís Greco:

Novos perigos do mundo industrial-global são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, crimes of the mighty). (GRECO, 2011, p. 01)

A transformação do direito penal na sociedade pós-industrial consistiu em uma atuação como “gestor de riscos, antecipando a sua

---

<sup>5</sup> No original: “Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida en que – mediatamente – sean también intereses de la persona. Así, por ej., reconoce las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios; el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella; el medio ambiente en delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales.” (HASSEMER, 1989, p. 109)

tutela, e conseqüentemente, inexigindo a lesão a bens jurídicos, assim como acontece no direito administrativo no qual a análise da lesividade é desnecessária (MIRANDA, 2018, p. 88-89)”.

Como resultado dessa nova sociedade complexa e de riscos, há um excesso de tipificação como uma antecipação de tutela, no qual a lesão ou o perigo real de lesão se torna indevidamente prescindível. Ainda, há um processo de criação de bens jurídicos supraindividuais, algumas vezes manifestando um resgate da teoria de Welzel.

As novas nuances do direito penal na chamada pós-modernidade acabaram por colocar em xeque as noções de bem jurídico, mormente porque a preocupação com os riscos das sociedades, inclusive em âmbito global, reforçou uma necessidade de criminalização de condutas vagas, colocando a coletividade como objeto do crime. Assim, o bem jurídico em vez de restringir o poder punitivo do Estado, passou a servir como indevida justificativa<sup>6</sup>.

Diante do alargamento do alcance do direito penal e da criação de novos tipos penais, importante definir a forma a partir da qual é possível conceber os chamados bens jurídicos supraindividuais, que ganharam destaque na pós-modernidade. Sendo assim, a polêmica é direcionada para a identificação do bem jurídico-penal, se deveria ter por referência as necessidades do indivíduo, da coletividade, ou de ambos (BAPTISTA, 2016, p. 138).

Partindo das teorias desenvolvidas sobre os bens jurídicos propriamente ditos, existem duas importantes correntes que sustentam a temática no âmbito daqueles tidos como coletivos ou supraindividuais: o dualismo e o monismo-pessoal.

A teoria dualista é amplamente trabalhada e sustentada no Brasil e envolve a defesa de que existem duas classes de bens jurídicos, sendo uma de caráter individual, outra coletiva. Assim, nenhuma dessas classes podem ser reduzidas a outra, não havendo qualquer vínculo ou referencial para identificação.

Nessa perspectiva, é desconsiderada a base personalista que envolve os bens individuais e coletivos, em uma distinção falaciosa que coloca em oposição o indivíduo e a sociedade (BAPTISTA, 2016, p. 139). Há então uma autonomia entre os bens coletivos e individuais.

---

<sup>6</sup> Para Hassemer “*La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización . Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos*”. (HASSEMER, 1991, p. 239)

Luís Greco, adepto da teoria dualista, aduz:

Para dar um exemplo: a pretensão de arrecadar os impostos devidos continua a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro obtido seja utilizado para comprar tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância. Da mesma forma, e agora o exemplo é meu, pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que, em segredo, gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois. Se ainda assim, apesar de ausente qualquer referência a interesses individuais, os defensores da teoria pessoal-monista quiserem admitir a punibilidade nesses dois casos (alegando, que por ex., a arrecadação de imposto ou a honestidade da administração afetam, bastante indiretamente, interesses individuais), então acabam por trabalhar com uma noção de referência dualista no que se refere à terminologia. Ou seja: temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico. (GRECO, 2011, p. 87)

Lado outro, a teoria monista-pessoal é aquela desenvolvida por Hassemer, cujos principais pontos já foram apontados. Em síntese, apenas para fins de distinção em relação à teoria dualista, ela rechaça a autonomia entre bens jurídicos coletivos e individuais, sendo que os primeiros devem ser funcionalizados a partir dos últimos.

Em outras palavras, a proteção dos bens jurídicos supraindividuais seria justificada pela identificação da proteção do indivíduo e do seu desenvolvimento em sociedade.

Juarez Tavares, por exemplo, sustenta essa teoria:

Por outro lado, a inserção de bens jurídicos coletivos ou do Estado não desnatura o conteúdo estritamente pessoal desses bens. É possível por exemplo, que o interesse fiscal do Estado seja erigido em bem jurídico, não simplesmente, por causa do poder público, mas como condição de sobrevivência ou melhor padrão de vida da pessoa humana. (TAVARES, 2000, p. 182)

Assim, a vinculação do bem jurídico coletivo à sua origem e finalidade pessoal, pode servir como garantia do indivíduo de que sua liberdade será preservada e não molestada em face de adoção de políticas públicas, administrativas, econômicas ou sociais (TAVARES, 2000, p. 182). Ademais, é necessária a demonstração de que a lesão do bem jurídico considerado coletivo enseje um dano à pessoa.

Finalmente, relevante trazer o as contribuições de Hefendehl para uma teoria do bem jurídico. Ao propor uma sistematização na estrutura dos bens jurídicos supraindividuais, o autor demonstra ser adepto a uma terceira via, na qual o conceito de bem jurídico deve ser visto sob um enfoque social e político, diferentemente do visto até então.

Em linhas gerais, os bens jurídicos individuais são aqueles que servem ao interesse de uma pessoa ou de um determinado grupo de pessoas, ao passo em que os supraindividuais serviriam aos interesses gerais de uma comunidade. Logo, o principal critério diferenciador entre os bens jurídicos individuais ou coletivos seria exatamente na identificação de quem poderia desfrutar daquele bem.

Especialmente no tocante aos bens jurídicos coletivos, Hefendehl entende que deve haver uma legitimação especial, visto que não haveria qualquer bem jurídico coletivo inato, sobretudo porque decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado (HEFENDEHL, 2010, p. 112). Daí a dificuldade em determinar e identificar os bens jurídicos coletivos legítimos.

Sendo assim, é necessário sistematizar os bens jurídicos supraindividuais de modo a excluir aqueles que não o são de fato, levando, com isso, ao reconhecimento da legitimidade (ou não). Vale dizer, o fato de identificar se determinado bem jurídico serve para interesses gerais não basta para legitimá-lo como tal, especialmente coletivo.

Em razão disso, Hefendehl elabora uma matriz conceitual do bem jurídico coletivo, que é definida de acordo com os critérios de: a) não exclusividade de uso; b) não rivalidade de consumo; c) não distributividade conceitual, fática ou jurídica (HEFENDEHL, 2007, p. 182).

O critério da não exclusividade do uso pode ser traduzido como a identificação de que nenhum indivíduo da sociedade pode ser excluído do gozo de um bem jurídico coletivo. Logo, não haveria nenhum indivíduo que não pudesse tirar proveito do bem jurídico “saúde pública”, por exemplo – esse ponto será retomado.

O segundo critério, da não rivalidade de consumo, é diretamente relacionado ao primeiro, sobretudo porque pressupõe que o uso de um bem jurídico por um indivíduo não afete o uso por outras.

O terceiro e último critério supõe que o bem jurídico seja realmente coletivo. Isto é, “quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos” (HEFENDEHL, 2016, p. 83-84).

Em síntese, os bens jurídicos seriam divididos em três categorias distintas, sendo os primeiros aqueles criados pelo Estado e para o Estado, os segundos aqueles criados para a proteção do meio ambiente e, por fim, os terceiros, considerados “clássicos”, que criam espaços de liberdade para os indivíduos (HEFENDEHL, 2016, p. 74).

Os bens criados para o Estado são aqueles que possuem a função de protegê-lo. Aqui, o titular do bem jurídico não deve ser confundido com a sociedade, uma vez que o próprio Estado seria titular de bens jurídicos próprios, e não simples gestor de bens jurídicos alheios (HEFENDEHL, 2010, p. 116).

Com a aplicação desses critérios, seria possível identificar os bens jurídicos coletivos legítimos e, por consequência, levar a descoberta daqueles falsos bens jurídicos supraindividuais, certamente presentes e até mesmo enraizados no Direito Penal brasileiro.

#### **2.4. A (im)pertinência da Saúde Pública como bem jurídico**

Independentemente da teoria que se adote, a construção de uma teoria do bem jurídico deve ser resgatada de modo a reforçar a sua aplicação enquanto instrumento restritivo do poder punitivo. Todavia, na contramão do que se espera dentro da dogmática penal, esse instituto acaba sendo utilizado apenas com finalidade de interpretação dos tipos penais, ou, simplesmente, como um pressuposto para proteção.

Em outras palavras, são criados tipos penais que tem por escopo “tutelar” e “proteger” bens jurídicos despidos de conteúdo real, sem qualquer semântica material. Como bem pondera Juarez Tavares, “inserir a proteção de um bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim como instrumento de manutenção e reprodução da ordem” (TAVARES, 2000, p. 180).

E nessa perspectiva, destaca-se a criação de tipos penais que supostamente tutelam a “saúde pública” com o fim de proibir determinada conduta repudiada pelo Estado, notadamente aquelas que são meros desvios morais de comportamento. Retorna-se aqui à adoção de teorias que já deveriam, há muito, ter sido superadas.

Novamente é escancarada a sobreposição do direito e da moral, desvirtuando a natureza do bem jurídico que desde seu nascedouro tem o escopo de limitar o poder punitivo estatal.

Assim, o melhor entendimento sobre o bem jurídico é aquele traçado sob a base monista-pessoal, bem sintetizado por Luiz Miranda:

bens jurídicos são interesses humanos cuja satisfação é imprescindível ao desenvolvimento e estruturação da personalidade individual, retirados da realidade concreta, referíveis a pessoas individuais e descrita de maneira precisa pela lei penal. (MIRANDA, 2018, p. 99)

E, diga-se de passagem, é necessário que o bem jurídico, para ser considerado como tal, deve ser recepcionado pela Constituição, isto é, não deve contrariar as diretrizes preconizadas constitucionalmente – assim como todo o ordenamento jurídico, e como pressuposto de qualquer teoria que se adote.

Traçadas as diretrizes para a identificação do bem jurídico, em especial aquela fomentada pelo discurso monista-pessoal, questiona-se, afinal, a saúde pública pode ser considerada um bem jurídico legítimo tutelado pela Lei n.º 11.343/06.

Consoante já delineado anteriormente, no âmbito do contexto de política de drogas, a saúde pública é considerada bem jurídico tutelado desde o Código Penal de 1890. Todavia, é de se perceber que o legislador não se ocupou de definir e conceituar o que seria a referida saúde pública e, igualmente, de que forma ela seria legitimada como um bem jurídico.

Diante da ausência de uma definição clara e satisfatória no âmbito penal, Luiz Miranda recorreu a três conceitos “jurídicos” expostos, dos quais destacamos a definição de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro e o conceito elaborado por Renato Mello Jorge Silveira (MIRANDA, 2018, p. 163).

Segundo o Ministro, a saúde pública seria “interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade” (CERNICCHIARO, 1974, apud D’ELIA FILHO, 2007, p. 36), enquanto para Renato Mello Jorge da Silveira, seria um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos” (SILVEIRA, 2003, p. 130).

Veja-se que ambas as definições trazem de certa forma uma referência à coletividade, afinal, apenas é possível falar em bens jurídicos supraindividuais se eles de fato remetem ao coletivo. Contudo, ambos os conceitos são suscetíveis a pertinentes críticas – tendo em vista o propósito de enquadrá-los como bem jurídico supraindividual.

O conceito desenvolvido por Cernicchiaro vincula o conceito de saúde pública a um interesse do Estado, o que de certa forma teria o condão de legitimá-lo como bem jurídico. No entanto, essa abordagem abre uma inaceitável margem para que o legislador tome como bem jurídico tudo aquilo que pudesse ser considerado interesse do Estado. Ainda, é possível destacar provável confusão feita com a noção daquilo que seria a função estatal: com a criminalização das condutas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, por exemplo, estaria o Estado protegendo a saúde de cada indivíduo membro da sociedade? Evidente que não.

Diante disso, segundos os critérios estabelecidos por Hefendehl, não estaria presente o critério da “não distributividade”, porquanto não há razões para criar um bem jurídico coletivo que pode ser protegido individualmente.

Um conceito amplo de tal forma acaba esvaziando o sentido material de bem jurídico que deveria ser atribuído e reforçado, de tal forma que acabaria servindo como uma mera legitimação para criminalização, em vez de um requisito restritivo e necessário para o poder punitivo.

Renato Mello Jorge Silveira, por outro lado, toma o conceito de saúde pública com um pouco mais de sofisticação, já que o condiciona a um “conjunto de condições”. Todavia, pertinente o questionamento acerca da qualificação desse “conjunto”. Afinal, seriam condições de higiene, saneamento, habitação etc.? Ou o conceito parte do pressuposto de que o Estado, por meio de suas instituições sanitárias é objeto de proteção jurídica? (MIRANDA, 2018, p. 164-165)

Se verdadeira a primeira hipótese, estaríamos diante de uma pluralidade de bens individuais, o que não o torna suscetível ao reconhecimento enquanto coletivo. Se verdadeira a segunda, haveria evidente incompatibilidade com a Constituição da República de 1988 bem como com a teoria personalista adotada.

A violação à Constituição se dá na medida em que o pretendido bem jurídico estaria, em verdade, restringindo direitos constitucionais do indivíduo sob o pretexto de proteger o Estado mediante suas instituições sanitárias. Assim, a própria proibição de condutas relacionadas a substâncias tidas como ilícitas – como é o exemplo do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 – , acaba impondo uma restrição da liberdade individual de dispor do próprio corpo, a toda sociedade.

Já foi ressaltado e não é demais frisar que o instituto do bem jurídico não deve servir como meio para legitimar criminalizações demasiadas,

mormente aquelas que reduzem do indivíduo sua própria autonomia privada para o fim de proteger o Estado e suas instituições.

Retomando os critérios de Hefendehl, a saúde pública tomada enquanto um “conjunto de várias integridades físicas individuais” deve ser reconhecida como um “pseudobem” jurídico supraindividual. Isso porque não preenche o requisito da não distributividade, uma vez que cada indivíduo possui sua própria integridade física, não havendo, com isso, uma indivisibilidade do bem entre os diversos titulares (BAPTISTA, 2016, p. 160).

E, como bem pontua Tatiana Baptista, a desconstrução do bem jurídico aparentemente coletivo tem duas principais vantagens. A primeira seria a de desvelar o conteúdo paternalista da criminalização, que proíbe autolesões ainda que praticados por sujeitos no exercício da sua autonomia, enquanto a segunda seria o reconhecimento desses crimes como de perigo abstrato contra bem individual, o que evidencia a discrepância e desproporcionalidade com a pena prevista para o tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão, além de multa) e à pena imposta ao crime de lesão ao mesmo bem jurídico (2 a 8 anos, para o crime de lesão corporal gravíssima) (BAPTISTA, 2016, p. 160)

Sendo assim, para além da teoria adotada como paradigma neste trabalho, a proteção da saúde nos moldes em que pretendida na Lei de Drogas acaba por ferir a intimidade e autonomia privada do indivíduo, princípios caros ao Estado Democrático de Direito, cuja opção e valia foi explicitada pela constituinte de 1988.

Há ainda outro aspecto relevante a ser suscitado sob o enfoque do princípio da lesividade. Somente pode ser alçado a bem jurídico aquilo que é de fato posto em perigo ou lesionado, sendo certo que essa premissa é aplicada a todos os casos.

Ensina Maria Lúcia Karam:

A afetação de um bem jurídico, ponto que está na base do princípio da exigência de lesividade da conduta proibida, naturalmente, diz respeito a bens jurídicos de terceiros. Não apenas por decorrência do princípio da legalidade, mas também pelo próprio sentido de bem jurídico, que se identifica ao direito que cada indivíduo tem de dispor certos objetos, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra etc. (KARAM, 2009, p. 29)

Dessa forma, dentre as atribuições do direito penal está a proteção dos bens jurídicos, que só se faz necessária e legítima quando houver lesão real ou perigo àquele bem.

Na mesma toada do que ensina Juarez Tavares, é possível concluir que a proibição contida no tipo do art. 28 da Lei de Drogas constitui verdadeira deturpação do instituto do bem jurídico, que uma vez vinculado à pessoa, deveria servir como uma garantia, e não como uma violação:

A necessária vinculação de um bem jurídico estatal a sua origem e finalidade pessoal constitui uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por supostas adoções de políticas públicas, em âmbitos administrativos, econômicos ou sociais, ou para finalidades eleitorais. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição dessa categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano tanto a pessoa como a suas condições sociais. (TAVARES, 2004, p. 53)

Sendo assim, seja qual for sob qual enfoque que se enxergue, é impossível pensar a legitimidade da “saúde pública” enquanto bem jurídico, sobretudo no que diz respeito ao art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

### **3. A tipificação penal do porte de droga para consumo pessoal no Brasil e a tramitação do recurso extraordinário 635.659/SP**

Em uma breve análise da evolução legislativa atinente ao tema, observamos que o *Decreto-Lei 385/68*, modificando o artigo 281 do Código Penal (hoje revogado), estabeleceu tratamentos equânimes àquele que comercializasse entorpecentes e ao usuário.

Alguns anos depois, a Lei n.º 6.368/76, estabeleceu a diferenciação entre as condutas de comercialização, tráfico de drogas, e a de porte para consumo próprio.

O artigo 12 da norma revogada trazia o delito de Tráfico de Drogas, hoje previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, enquanto o artigo 16 tipificava a conduta de porte para consumo pessoal.

Todavia, na Lei n.º 6.368/76, o crime de porte de drogas para consumo, havia pena de detenção cominada, de 06(seis) meses a 02(dois) anos, acrescido de pagamento de multa.

No atual contexto legal, com o advento da Lei n.º 11.343/06, como já relatado, houve a despenalização do crime, todavia o legislador optou por manter a criminalização da conduta.

Atualmente, conforme prevê o artigo 28 da lei em questão, aquele que porta drogas para consumo pessoal, pode ser condenado a penas restritivas de direito, e não mais a pena de reclusão ou detenção como anteriormente.

Assim, trata-se de uma hipótese anômala de crime que apesar de não impor penas privativas de liberdade, impõe sanções administrativas diversas, como: *advertência, prestação de serviço a comunidades e medida educativa de comparecimento a curso educativo.*

Por mais que não se trate, há alguns anos, de crime com imposição de sanção penal, o tema se mostra extremamente conturbado e polêmico ao analisarmos questões políticas que se mostram como pano de fundo à presente discussão e, também, perquirições atinentes ao bem jurídico tutelado pelo crime hoje disposto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06.

Todavia, antes de adentrar nestas questões, é necessário estabelecer o atual panorama da discussão nos Tribunais Superiores.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, interpôs Recurso Extraordinário (RE n.º 635.659/SP, Rel. Min Gilmar Mendes) no ano de 2011, em um caso em que o réu fora condenado pelo delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, por portar 3 (três) gramas de maconha para seu próprio consumo.

Sustentou-se, no recurso, a inconstitucionalidade do dispositivo, argumentando que este viola a intimidade e a vida privada do indivíduo, em afronta ao que dispõe o art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

No mesmo ano foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a repercussão geral ao tema discutido no recurso, sendo o primeiro voto proferido, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, em sessão de julgamento no dia 20/08/15, oportunidade em que o Ministro votou pelo provimento do recurso para se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo.

O Ministro entendeu que a tipificação do porte de droga para consumo pessoal como crime afronta patentemente o livre desenvolvimento, autodeterminação e autopreservação do indivíduo. Traz ainda em seu voto, a impossibilidade de se responsabilizar o usuário pelos maléficis danos causados pelas drogas, cabendo ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas suficientes.

Conclui o relator pela necessidade de descriminalização de todos os tipos de entorpecentes para próprio consumo, não se limitando somente a maconha (substância analisada no caso concreto).

Ao contrário do Min. Gilmar Mendes, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, entenderam pelo parcial provimento do recurso, também considerando inconstitucional o que dispõe o artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, todavia, limitando tal declaração de inconstitucionalidade ao material entorpecente objeto do caso em análise, maconha.

O Ministro Luís Barroso esboçou em seu voto alguns critérios objetivos a serem seguidos, como por exemplo, a limitação de seis plantas por usuários (como é feito no Uruguai) e o limite de porte para consumo pessoal de até 25 gramas de maconha.

No atual momento, aguarda-se manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, sendo que, o que se pode concluir dos votos já proferidos, é que o Tribunal tem seguido uma tendência menos expansionista no tocante às demais substâncias entorpecentes, limitando a discussão à descriminalização do porte de “maconha” para consumo pessoal, dentro das diretrizes estabelecidas (quanto à quantidade, etc).

Portanto, a necessidade de discussão acerca do tema é mais do urgente, sendo que um maior aprofundamento de questões relativas ao bem jurídico, o princípio da lesividade e o pano de fundo político, são de extrema relevância.

#### **4. Conclusão**

O estudo ora realizado demonstra que é necessário rever tipificações penais feitas no Brasil, com urgência. Isso porque o direito penal acaba, por muitas vezes, tornando-se um subterfúgio para encobrir interesses meramente morais do legislador, que, no caso do tipo penal ora estudado, positivou um valor moral na norma penal incriminadora ao argumento de tutelar bens jurídicos coletivos, quando, o que parece, é que se trata de falsos bens jurídicos coletivos.

Tal conduta, além de inadequada - porque vai de encontro aos parâmetros adotados pela Constituição para a realização de um processo legislativo adequado - possui efeitos drásticos na sociedade, ao reforçar uma punibilidade seletiva.

O Supremo Tribunal Federal mostrou que entende que se trata de uma questão complexa, tanto pela perspectiva penal, quanto pela

perspectiva social, ao reconhecer a repercussão geral ao RE n.º 635659/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

No entanto, ao que tudo indica, da análise da decisão dos ministros que já anteciparam seus votos, o STF tende a corrigir uma atecnia com outra: alguns ministros, ao defender inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, criam novo conteúdo ao definir quais drogas podem ter seu uso liberado e em quais moldes, imiscuindo-se, destarte, no papel de legislador.

Todas essas atecnias poderiam ser sanadas sem maior dificuldade com o simples cumprimento da Constituição da República pelo Judiciário e pelo Legislativo, ao atuar nos limites de seus lugares constitucionalmente demarcados.

## Referências

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *Bem jurídico penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico*/ Tatiana Maria Badaró Baptista. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Consideraciones sobre la víctima del delito*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luis. *O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?./* Luís Greco, /Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. In: Conferencia realizada en la UAB, 1991.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como pedra angular da norma penal*. In. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?* 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. *Saúde pública: um falso bem jurídico coletivo*/ Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda. Belo Horizonte, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. *O bem jurídico-penal como padrão crítico legitimador das incriminações ambientais*/ PAPA, Douglas de Barros Ibarra. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

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

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. / Juarez, Tavares./ Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte geral - Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.



# SOMENTE SE PROÍBEM CONDUTAS HUMANAS: UM ESTUDO SOBRE A PERSPECTIVA *EX ANTE* E A IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL

*ONLY HUMAN CONDUCT IS PROHIBITED: A STUDY ON THE EX ANTE PERSPECTIVE AND THE IMPUTATION IN CRIMINAL LAW*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p57-85

Rodrigo J. S. Amaral

*Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes.*

**Recebido em:** 23/01/2020

**Aprovado em:** 30/03/2020

**Última versão do autor em:** 07/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente artigo busca demonstrar o porquê de o exame do desvalor da ação na tipicidade dever ser regido pela perspectiva *ex ante*. Em um segundo momento, busca-se, a partir das premissas assentadas, refletir acerca das possibilidades de desenvolvimento da teoria da imputação do tipo penal. Ao final, demonstra-se que as reflexões empreendidas não inviabilizam tipos penais que tutelam bens jurídicos coletivos, mas, pelo contrário, podem contribuir para uma adequada epistemologia dessa categoria.

**Palavras-chave:** Perspectiva *ex ante*. Desvalor da ação. Direito subjetivo. Bem jurídico. Imputação.

**Abstract:** *This paper aims to demonstrate why the examination of the devaluation of action at the typical level should be conducted by the ex ante perspective. After, from the previous premises it is reflected on the possibilities of developing the theory of criminal imputation. In the end, it is demonstrated that the reflections undertaken do not make criminal types that protect*

*collective legal goods unfeasible, but, on the contrary, may contribute to an adequate epistemology of this category.*

**Keywords:** *Ex ante perspective. Devaluation of action. Right. Legal good. Imputation.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O problema. 3. *Impossibilium nulla obligatio est*. 4. Considerações conforme a teoria da pena. 5. As virtudes da imputação objetiva. 6. Os defeitos da imputação objetiva. 7. Uma nova esperança: lineamentos para uma imputação direcionada à harmonização de esferas de liberdade. 8. Breve excuro: os delitos contra bens jurídicos coletivos. 9. Conclusão.

## 1. Introdução

Desde o advento das modernas teorias da imputação objetiva, o tipo objetivo – antes relegado à mera causalidade – ganhou destaque nos debates sobre a teoria do delito. Agora, por exemplo, são muitos os que sustentam que, para ser possível afirmar a existência de uma conduta típica de matar no sentido do art. 121 do Código Penal (CP), não basta somente constatar um nexo causal entre conduta e resultado, mas também aferir que a conduta cria um risco juridicamente desaprovado e que esse risco criado foi o que se realizou no resultado<sup>1</sup>. Assim, os pais de um homicida não realizam um ato típico de matar ao conceberem a criança que, anos depois, mataria uma pessoa, apesar de estar presente o nexo de causalidade. Aqui, é inserido um exame valorativo restritivo: o ato de conceber uma criança não cria um risco relevante para a ocorrência de um resultado morte, na medida em que é muito pouco provável que uma criança venha a se tornar, no futuro, uma homicida, sendo, portanto, um risco remoto, insuficiente para afirmar o que a doutrina chama de desvalor da ação (ou da conduta).

No exame do desvalor da ação, objetiva-se afirmar se, sob o prisma jurídico-penal, a conduta praticada pelo agente é ou não um ato prototípico do verbo contido no tipo penal. Em outras palavras, objetiva-se aferir se, aos olhos de um observador racional, seria razoável supor a adequação da conduta em provocar o resultado penalmente relevante. Normalmente, essa aferição é feita por meio de alguma figura dimensional objetiva (*objektive Maßfigur*), podendo esta ser, por exemplo, um

<sup>1</sup> Por todos, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-31.

membro do círculo social do autor, um homem médio, um homem prudente, entre outros. Permanecendo no exemplo do futuro homicida, trata-se de aferir se um observador racional julgaria que um ato de conceber uma criança é ou não uma conduta proibida pelo art. 121, CP. Conforme já dito, o risco de gerar um homicida é demasiadamente remoto, de modo que se trata de um risco irrelevante e, portanto, não é uma conduta proibida pelo tipo penal do homicídio.

Segundo a opinião dominante, a aferição do desvalor da conduta limita-se aos dados disponíveis *ex ante*, isto é, àquelas informações que um homem prudente (ou qualquer outra figura dimensional objetiva) poderia conhecer no momento da prática da conduta<sup>2</sup>. Ademais, considera-se que, nos casos em que há conhecimentos especiais, ou seja, quando o autor sabe de fato mais do que saberia um homem prudente comum, esses dados também devem ser considerados no exame *ex ante*. Diante desse panorama, é debatida a correção não só da consideração de conhecimentos especiais, mas da própria limitação aos dados disponíveis *ex ante*. O presente trabalho tem como escopo examinar este último problema: o desvalor da ação deve ser aferido limitando-se aos dados *ex ante*? Em caso afirmativo, deve limitar-se àquilo que um homem prudente comum conheceria ou considerar também todos os dados que o agente pôde conhecer?

Essa tarefa inicia-se com uma breve exposição dos argumentos contrários à perspectiva *ex ante* (1). Em seguida, exponho as razões que respaldam a perspectiva *ex ante* no nível do desvalor da conduta (2 e 3). A partir dessas reflexões, observo os méritos (4) e as imprecisões (5) da teoria da imputação objetiva pensada principalmente por Claus Roxin. Após, aponto, a partir da concepção segundo a qual o direito tem como finalidade a harmonização de esferas de liberdade individuais, um novo norte para a teoria da imputação no direito penal (6). Por fim, demonstro como as razões apresentadas não contradizem a possibilidade de existência de tipos que tutelam os chamados bens jurídicos coletivos, mas possibilitam um novo caminho para a interpretação desses delitos (7).

## 2. O problema

Se o desvalor da conduta nada mais é do que a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado, por que é imperioso limitar o exame do risco aos dados disponíveis *ex ante*? Em outras palavras, a criação ou incremento de um risco é um dado estritamente objetivo no

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 33 e ss.

sentido de dispor de qualquer dado da psique do autor ou, pelo contrário, está limitado àquilo que era cognoscível ao agente? No caso de se defender a segunda opção, não haveria uma inadequada antecipação da análise do tipo subjetivo? É possível, limitando-se a análise do risco a dados *ex ante*, continuar chamando a imputação objetiva de *objetiva*? Alguns autores respondem a muitas dessas questões de forma *negativa*.

Segundo Struensee, a “traíçoeira procedência da dogmática da imprudência é terminologicamente encoberta”<sup>3</sup> na imputação objetiva, de modo que todos os elementos da imprudência são transferidos para o tipo objetivo. Ele aduz, ainda, que os casos de cursos causais extraordinários, atípicos ou remotos não são nada mais do que ocasiões em que o autor não conhece suficientemente o perigo, não havendo um dolo adequado àquele contexto causal, sendo, assim, situações de erro de tipo<sup>4</sup>. Struensee prossegue posicionando-se contrariamente ao instituto do conhecimento especial no tipo objetivo, pois tais casos não são meramente excepcionais e somente demonstram que tanto o delito doloso quanto o culposos dependem sempre da representação do autor<sup>5</sup>, além de aduzir que inexistem critérios para determinar quais conteúdos de consciência pertencem ao conhecimento especial e quais pertencem ao tipo subjetivo<sup>6</sup>. O conhecimento especial nada mais seria que uma categoria provisória da qual a dogmática não teria encontrado lugar na violação do dever de cuidado na imprudência e que induz ao erro de crer que o juízo sobre a violação do dever de cuidado seria “objetivo”, abarcando somente de forma excepcional o conhecimento do autor<sup>7</sup>. Para Struensee, em suma, o tipo subjetivo deve conter todas as circunstâncias que definem o delito pertencentes ao âmbito psíquico do autor, enquanto o tipo objetivo deve conter todos os elementos necessários do delito que se encontrem fora da psique do autor<sup>8</sup>. Assim, o autor não é um crítico meramente da perspectiva *ex ante*, mas da própria teoria da imputação objetiva.

<sup>3</sup> Tradução livre. STRUENSEE, Ebehard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Trad. Fabricio Guariglia. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998, p. 755.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 764-765.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 765.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 771.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 771.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 768.

Para Burkhardt, o conceito de perigo, quando limitado a dados *ex ante* no desvalor da ação da imputação objetiva, possui uma terminologia enganosa, na medida em que o significado comum do termo “perigo” traduz uma situação objetiva, isto é, não influenciada pela representação de alguém<sup>9</sup>. Em outras palavras, o conceito comum de perigo não se limita aos dados acessíveis no momento da conduta, mas sim todos os dados objetivamente existentes. Assim como Struensee, Burkhardt considera que há uma inadequada mescla entre o objetivo e o subjetivo, na medida em que, com a consideração dos conhecimentos especiais, a doutrina adiciona elementos subjetivos (cognoscibilidade individual) a circunstâncias objetivamente cognoscíveis para o exame do desvalor da ação<sup>10</sup>. Burkhardt aduz, ainda, que o juízo de perigo *ex ante* viola o princípio da economia (*Sparsamkeitsprinzip*), na medida em que seria um conceito supérfluo para a imputação<sup>11</sup>, sobretudo por partir de um pressuposto possivelmente errôneo do ponto de vista da proibição, na medida em que esta pode ser inidônea para a proteção de um bem jurídico a partir de um juízo *ex ante*, mas idônea por um juízo *ex post*<sup>12</sup>. Ademais, Burkhardt assevera que a doutrina dominante insere no tipo objetivo, sob a rubrica da violação do dever de objetivo de cuidado, elementos subjetivos intrínsecos ao conceito, no sentido da falta de cuidado interna do agente, o que contribuiria para a confusão entre o objetivo e o subjetivo<sup>13</sup>. Das reflexões anteriores, o autor conclui assim que no tipo objetivo a avaliação sobre a criação desaprovada de um risco deve ser feita recorrendo a todos os elementos disponíveis *ex post*, não se limitando somente aos dados *ex ante* e eventuais incorreções devem ser tratadas no tipo subjetivo<sup>14</sup>.

Pelas razões acima aduzidas, um defensor da perspectiva *ex ante* no desvalor da conduta deve responder à seguinte pergunta: se o tipo é *objetivo*, por que limitar a avaliação somente aos dados cognoscíveis

<sup>9</sup> BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 154-155.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 158-159.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 170-188.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 190-192.

ao agente? Uma resposta é necessária na medida em que há uma realidade objetiva independente da subjetividade do indivíduo. Essa resposta passará por duas razões que possuem como ponto de partida o princípio *impossibilium nulla obligatio est*: (i) todo tipo penal representa um comando normativo com uma função de determinação, que deve ser possível de ser cumprido para que a obrigação seja válida; (ii) do ponto de vista da teoria da pena, não seria justo punir alguém pela não realização do impossível.

### 3. *Impossibilium nulla obligatio est*

Todo tipo penal estabelece uma obrigação, que será, traçando um paralelo com o direito civil, de *fazer* nos crimes omissivos e de *não fazer* nos delitos comissivos. Essa obrigação é dirigida a seres humanos, o que significa dizer, por exemplo, que uma cobra peçonhenta, após levar uma pessoa a óbito, não pratica uma ação de matar no sentido do art. 121, CP. O direito, afinal, tem a finalidade de viabilizar a convivência humana<sup>15</sup> e somente seres humanos são capazes de agir conforme a comandos normativos. Essa obrigação estabelecida pelo tipo penal deve ser possível de ser realizada pelo indivíduo em razão do princípio jurídico *impossibilium nulla obligatio est*<sup>16</sup>, que prescreve que toda obrigação impossível de se realizar é nula<sup>17</sup>.

Dessa forma, entra em cena a função de determinação de uma norma de conduta, que, na linguagem da teoria das normas, significa dizer que toda norma tem como função orientar atos humanos e a consequência disso é que essa obrigação deve ter como ponto de partida a representação do destinatário da norma no momento do seu comportamento, para que ele possa assim decidir se age ou não conforme o dever<sup>18</sup>. Somente dessa forma a obrigação torna-se possível de

<sup>15</sup> Por exemplo, cf. o conceito kantiano de direito: “O direito é, pois, o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade.”. KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 34.

<sup>16</sup> Esse mesmo brocardo pode ser expresso de outras formas, como *obligatio impossibilium nulla est* ou *impossibilium est nulla obligatio*.

<sup>17</sup> Cf., por exemplo, PUFENDORF, Samuel. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Trad. Michael J. Seidler. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 118.

<sup>18</sup> Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico*,

cumprimento pelo indivíduo e, desse modo, é válida. Em outras palavras, um indivíduo, por exemplo, só pode cumprir a orientação normativa contida no art. 121, CP – “não mate!” – se a ele for possível conhecer a situação concretamente perigosa para a vida de alguém e, assim, decidir se cumpre ou não esse imperativo de não matar. Evidentemente, essa decisão individual não estará presente da mesma forma nos delitos culposos, sobretudo na culpa inconsciente, mas o importante aqui é focar não naquilo que foi efetivamente conhecido, mas no que o agente era capaz de conhecer se tivesse o cuidado devido.

Portanto, se a representação do agente é o ponto de partida do exame da norma de comportamento, a perspectiva *ex ante* é a única opção legítima na aferição do desvalor da conduta. O centro da questão é a concepção fundamental de que o direito só pode orientar comportamentos humanos e, para isso, é preciso que um indivíduo, ao menos, possa conhecer as circunstâncias em que o seu comportamento está inserido<sup>19</sup>. A impossibilidade de conhecer uma situação perigosa é uma barreira intransponível à imputação se o que se deseja é valorar um comportamento humano. Somente em abstrato todas as normas de conduta vigem o tempo todo, o que significa dizer que, no mundo dos fatos<sup>20</sup>, é preciso que uma determinada circunstância fática esteja presente e seja cognoscível ao indivíduo para que este tenha condições de conhecer o perigo de desrespeito ao imperativo normativo. Somente nesses termos torna-se possível que uma pessoa possa agir conforme o dever, isto é, tendo condições de optar por orientar ou não o seu comportamento à norma de conduta.

Ignorar isso é desconsiderar que o ser humano se diferencia dos outros seres conhecidos da natureza justamente por ser capaz de agir conforme máximas de conduta, afinal, “[q]uando um homem não pode escolher, ele deixa de ser um homem”<sup>21</sup>. Assim, o exame do desvalor da conduta por meio de dados *ex post* em certa medida iguala o ser humano à

---

da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 33 (nota de rodapé 43).

<sup>19</sup> No mesmo sentido, FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 239.

<sup>20</sup> Isto é, o mundo sensível, situado no espaço e no tempo; o local onde os atos humanos acontecem.

<sup>21</sup> BURGESS, Anthony. *Laranja Mecânica*. 2ª ed. 6ª reimpressão. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2014, p. 85.

cobra peçonhenta do exemplo citado acima. Em outras palavras, a não ser que se queira imputar à cobra peçonhenta a conduta descrita no artigo 121, CP, o critério correto, se *impossibilium nulla obligatio est*, é a concepção *ex ante*. Reconhecer isso equivale a constatar que a norma não se dirige a animais, plantas, minerais ou a fenômenos da natureza, mas somente a orientar condutas de seres humanos. Por isso, no famoso exemplo do sobrinho que recomenda ao tio um passeio num bosque e que o tio falece atingido por um raio num dia chuvoso, seria um absurdo afirmar que o golpe do raio é um injusto.

#### 4. Considerações conforme a teoria da pena

Uma segunda linha argumentativa, que está diretamente ligada ao argumento da obrigação impossível, é de ordem deontológica: não é possível justificar ao indivíduo apenado a imposição da pena em razão do não cumprimento de uma obrigação impossível. E isso será fundamentalmente importante na medida em que todo injusto penal pressupõe a pena como consequência<sup>22</sup>, o que não pode ser desconsiderado, portanto, no momento da constituição do injusto. O argumento, aqui, *prima facie* só poderia ser feito de *forma complementar* ao acima aduzido, pois uma consideração conforme a teoria da pena, apesar de relevante para a constituição do injusto penal, na realidade pode ser realizada para qualquer momento da estrutura do delito, de modo que não serve para identificar *per se* o foco do problema em questão, isto é, sobre a limitação do exame do desvalor da conduta aos dados disponíveis *ex ante*.

Todavia, para este específico tema, uma argumentação conforme a teoria da pena tem *per se* relevância para o debate, na medida em que o direito penal, diferentemente de outros ramos, *não permite responsabilidade objetiva*. Isso significa que o direito penal é o ramo do direito que é mais influenciado pelo fato de que somente se proíbe condutas *humanas*. E isso tem relação direta com o fato de que somente no direito penal responde-se o injusto culpável com uma *pena*.

Essa resposta penal diferencia-se das respostas de outros ramos do Direito tanto *quantitativamente* quanto *qualitativamente*. O *aspecto quantitativo* é amplamente reconhecido e normalmente é abordado pela maioria dos manuais no momento de dissertar sobre o objeto da tutela penal e/ou a subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal: este é *o ramo cuja*

<sup>22</sup> Não no sentido da pena como imperativo categórico, mas de que somente a realização e um injusto penal é suscetível de pena.

*resposta é potencialmente mais dura*<sup>23</sup>. Entretanto, é o *aspecto qualitativo* que aqui é fundamental, na medida em que a pena é não só a imposição de um simples mal sensorial, mas sobretudo é dotada de um desvalor ético-social que faz dela uma forma qualificada de resposta estatal<sup>24</sup>. Aqui há um reproche que é intrínseco ao injusto penal, de modo que o crime não é a mera causação de um resultado indesejado, mas é a sua realização de forma errônea. Pode-se dizer, dessa forma, que *o injusto penal é para o Direito o que o pecado é para a religião*, no sentido de que é necessariamente *um comportamento humano errôneo*.

A responsabilidade objetiva civil, isto é, aquela decorrente da simples causação de um dano, tem caráter *meramente compensatório*: a vítima teve o seu direito violado e por isso deve ser restituída pelo causador do dano. Para o direito penal, ao contrário, a reponsabilidade é *eminentemente subjetiva*, e isso tem repercussão para a constituição do injusto. Não à toa o deslocamento do dolo e da imprudência para a tipicidade é normalmente considerada uma das maiores – talvez a maior – contribuições do finalismo para o direito penal<sup>25</sup>. Hoje em dia parece ser absurdo afirmar, por exemplo, que um homicídio doloso é meramente a forma de culpabilidade mais grave do seu correspondente imprudente, de modo que *o injusto penal doloso e o injusto penal culposo são duas formas distintas de praticar um comportamento errôneo cuja resposta é a pena*.

Pelo aduzido até aqui, as boas razões estão a favor da limitação do desvalor da conduta aos dados *ex ante*. Afirmar a existência de um injusto penal quando o agente não tinha condições de conhecer o perigo é não só equiparar o ser humano a uma coisa, mas ignorar que o

<sup>23</sup> Exemplificativamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55-57; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 47-49; MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 171-172; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 21-26; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. p. 5-6.

<sup>24</sup> Isso não passa despercebido, por exemplo, por SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 16.

<sup>25</sup> Por exemplo, ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, 2007, p. 19-20.

injusto penal nada mais pode ser do que um *erro humano*. A solução de Burkhardt de resolver eventuais imprecisões no tipo subjetivo, apesar de não levar manifestamente à exclusão da concepção *ex ante* do exame da tipicidade, simplesmente descarta os acertos da teoria da imputação objetiva, fazendo com que o método de imputação praticamente regrida ao que era no finalismo<sup>26</sup>. Em outras palavras, retornando ao exemplo exposto *supra*, uma cobra peçonhenta até praticaria uma ação objetiva de matar no sentido do art. 121, CP, mas não seria imputável pela falta do elemento subjetivo – o que já seria uma constatação potencialmente imprecisa, pois é sabido, por exemplo, que os animais também são dotados de cognição. Dizer que uma cobra objetivamente matou uma pessoa até pode ser razoável, mas dizer que ela praticou objetivamente um *crime de homicídio* dificilmente seria defendido por alguém.

Com isso, uma primeira constatação pode ser feita: o desvalor da ação deve limitar-se ao exame dos dados disponíveis ao autor naquele exato momento em que ele agiu. Todavia, ainda é preciso, mesmo que superficialmente, retornar ao exame do método da imputação objetiva, de modo a traçar um panorama de suas virtudes, bem como de suas deficiências. Com isso, torna-se possível olhar para o futuro com uma inabalável esperança: aproximar-se da verdade (mesmo que nunca se chegue) e, assim, diminuir a probabilidade de decisões injustas, sobretudo numa área em que a injustiça equivale ao pior dos males humanos: a punição de um inocente.

## 5. As virtudes da imputação objetiva

O exame do desvalor da ação, isto é, o da criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado de realização do resultado previsto no tipo penal, tem a virtude de mostrar que também nos delitos dolosos há a violação de um dever objetivo de cuidado. É o próprio Roxin que aduz que a sua teoria da imputação objetiva “permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposos”<sup>27</sup>. Com a pretensão de uso das categorias referentes à criação de um risco juridicamente desaprovado em substituição dos critérios desenvolvidos pela doutrina do delito

<sup>26</sup> Similar, GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005, p. 529.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002, p. 21.

imprudente até então (evitabilidade, cognoscibilidade, violação do dever de cuidado etc), há a transferência desses critérios também para os delitos dolosos<sup>28</sup>. Dessa forma, a teoria da imputação objetiva consegue chegar à acertada conclusão de que todo injusto penal é violador de algum dever<sup>29</sup> e que, nos casos de delitos de resultado, esse dever só pode ser o de cuidado com o bem tutelado pelo tipo penal. Isso porque nos delitos de resultado há uma distância espaço-temporal entre conduta e resultado, de modo que a ação esperada não pode ser a de não produzir um resultado. Em outras palavras, nos delitos de resultado, *a ação não leva instantaneamente ao resultado*. Por isso, a ação devida dos delitos de resultado deve ser justamente aquela que não cria ou incrementa um perigo ao valor tutelado pela norma ou que permanece dentro daquela zona de perigo que deve ser juridicamente tolerada num Estado orientado à proteção das liberdades humanas, isto é, que tem como fim a harmonização das esferas de liberdade individuais.

Com isso, um indivíduo que comete o injusto penal do homicídio doloso não só o faz porque mata alguém consciente do que faz, mas também porque viola um dever objetivo de cuidado com a vida alheia. O que a imputação objetiva faz é dar outra roupagem à ideia geral de dever objetivo de cuidado, que se converte justamente na criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado. Assim, de fato, abre-se caminho para uma construção mais precisa sobre o conteúdo desse dever de cuidado. A respeito disso, há a virtude de inserir na valoração sobre o dever *o conteúdo das normas extrapenais de segurança, o princípio da confiança e a figura dimensional objetiva do homem prudente*<sup>30</sup>. Com isso, é possível uma avaliação mais justa, pois nem todo ato perigoso pode ser desaprovado pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, se bem explorado, esse método tem o potencial de simplificação da imputação, na medida em que traça um critério mínimo

<sup>28</sup> Expressamente, ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. Trad. Raúl Pariona Arana. *Revista Penal*, Madri, n. 19, p. 152-161, 2007, p. 153.

<sup>29</sup> Kant já defendia a ideia geral segundo a qual todo injusto é violador de um dever: “*Justo ou injusto (rectum aut minus rectum)* em geral é um ato enquanto é conforme ou contrário ao dever (*factum licitum aut illicitum*), seja de que espécie for o próprio dever, segundo seu conteúdo ou sua origem. Um ato contrário ao dever se chama transgressão (*reatus*)” (grifado no original). KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 26.

<sup>30</sup> Sobre essas categorias, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59-70.

geral para todos os delitos (não só os chamados delitos de resultado), que é o próprio exame do desvalor da conduta (os delitos de resultado possuem um plano a mais: o do desvalor do resultado), que deve ser limitado pela perspectiva *ex ante*. Portanto, há o potencial de realização do princípio da economia, de modo que a imputação pode ganhar em simplicidade e ser facilmente aplicável. Além disso, essa simplicidade reduz a probabilidade de contradições internas, pois um método mais simples tende a ser mais fácil de ter seus eventuais problemas solucionados. Muitos na doutrina, inclusive, parecem subvalorizar essa virtude de potencial de simplificação do método da imputação com a generalização da aferição da realização do dever de cuidado.

## 6. Os defeitos da imputação objetiva

Um primeiro problema que um defensor da teoria da imputação objetiva deve enfrentar surpreendentemente passa despercebido no atual debate: de uma perspectiva global, apesar do potencial de simplificação apontado, a imputação objetiva, nos moldes defendidos pela opinião dominante, de fato viola o princípio da economia. Para demonstrar como isso ocorre, divido a imputação da tipicidade nos delitos de resultado em *quatro fases*: (i) nexos de causalidade; (ii) desvalor da ação (criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado); (iii) desvalor do resultado (realização do risco criado ou incrementado); (iv) verificação do dolo<sup>31</sup>. As fases 1 e 2 (nexos de causalidade e desvalor da ação) são condições necessárias para qualquer imputação, na medida em que, quando ausentes, sempre afastam a tipicidade. A fase 3 (desvalor do resultado) somente afasta a imputação nos delitos culposos, enquanto a fase 4, quando respondida de forma negativa (ou seja, pela ausência de dolo), leva à exclusão da imputação somente quando ausente a fase 3 ou quando não existir o delito na modalidade imprudente.

Duas das fases (1 e 3) são realizadas desde uma perspectiva *ex post*, isto é, analisando todas os dados existentes, enquanto as outras duas fases (2 e 4) limitam-se aos dados *ex ante*, ou seja, aqueles que estavam disponíveis ao agente no momento da sua conduta. Dessa forma, a

---

<sup>31</sup> Abstrai-se, aqui, o nível do alcance do tipo, por duas razões: (i) a doutrina dominante não recepciona essa categoria, por entender que o que o Roxin ali pretende resolver pode ser aferido no desvalor da ação ou no desvalor do resultado; (ii) não sendo parte da opinião dominante, pode-se prescindir dessa categoria para simplificar o raciocínio. Dessa forma, veja-se que a imputação ficaria ainda mais complexa com a adição do alcance do tipo, agravando o problema à luz do princípio da economia.

opinião dominante realiza uma espécie de *movimento pendular*, transitando entre as perspectivas *ex ante* e *ex post*: primeiro *ex post*, depois *ex ante*, depois novamente *ex post* e, por último, novamente *ex ante*. Parece incontroverso que esse movimento poderia ser mais simples caso não fosse necessário ficar alterando a perspectiva tantas vezes, em um verdadeiro movimento de *zigue-zague*.

Esse movimento não é só estranho, mas tem consequências concretas. Se a fase 1, ou seja, o exame do nexos de causalidade, possui uma *resposta negativa*, já é possível afirmar a atipicidade da conduta. Por exemplo, veja-se o caso de uma empresa que comete algum crime ambiental em decorrência de uma decisão colegiada do seu órgão diretor. Aqui, o debate acerca do nexos causal entre os votos dos diretores e o dano ambiental tem como escopo a fase 1 e uma resposta negativa leva à atipicidade penal do voto do diretor. Na fase 2, o exame do desvalor da ação, uma resposta negativa também leva à atipicidade da conduta. Aqui, um exemplo clássico é o dos pais de um futuro homicida, visto que o ato de conceber uma criança não está juridicamente desaprovado e, portanto, não há desvalor da conduta. Entretanto, o que era simples complica-se na fase 3, em que se examina o desvalor do resultado, pois uma resposta negativa não afasta de plano a tipicidade, na medida em que essa definição depende da ausência de dolo, que só é verificada na fase 4. Um exemplo simbólico é da pessoa ferida por alguém e que acaba morrendo não em decorrência do ataque, mas de um acidente de trânsito sofrido na ambulância no caminho para o hospital, em razão de erro crasso do motorista. Aqui, o risco de morte criado pelo primeiro agressor não foi aquele que se realizou no resultado, de modo que a ele deve ser imputado homicídio tentado (se a agressão foi dolosa) ou lesão corporal culposa<sup>32</sup>. Portanto, há a passagem de uma fase para outra em que não há uma definição sobre o “*se*” da imputação. A questão aqui é que inexistem boas razões para a manutenção de uma movimentação

---

<sup>32</sup> Isso somente ocorre porque há uma certa relação entre vida e integridade física, de modo que para lesionar uma vida é pressuposto que se afete a integridade física da vítima. Desse modo, no exemplo citado, não houve a consolidação do risco de morte criado, mas houve o de lesão corporal. Assim, não sendo possível um homicídio culposamente tentado, resta a imputação por lesão corporal culposa consumada. Todavia, na medida em que vida e integridade física não são os únicos bens protegidos por delitos de resultado, é possível pensar em exemplos em que a ausência de desvalor do resultado acarrete a atipicidade da conduta em razão da ausência de dolo (pense-se no delito de dano, por exemplo).

dessas, que só ocorre em decorrência de uma suposta distinção cartesiana entre objetivo e subjetivo, em que aparentemente nem sequer se cogitou a possibilidade de essa não ser a melhor das possibilidades.

Ademais, a estrutura atual da imputação torna-se vulnerável ao mais óbvio dos ataques: se a imputação é objetiva, por que a inclusão de dados da psique do agente quando na presença de conhecimentos especiais? Essa questão levou, por exemplo, a uma corrente de autores, dos quais se destaca Jakobs<sup>33</sup>, a defender a completa desconsideração dos conhecimentos especiais do tipo objetivo, o que equivale, no fim das contas, ao abandono da perspectiva *ex ante* no desvalor da ação, o que já foi criticado acima. O debate acerca dos conhecimentos especiais só ganhou tamanha relevância justamente em razão do enfoque desnecessário numa divisão entre tipo objetivo e tipo subjetivo. Se, por um lado, uma mera mudança de perspectiva ainda pode não solucionar o problema, por outro, pode torná-lo muito menos importante do que parece atualmente, na medida em que, de fato, seria absurdo não considerar os conhecimentos especiais no nível do desvalor da conduta. A nível de esclarecimento: a questão dos conhecimentos especiais não é um defeito intrínseco da teoria da imputação objetiva, mas simboliza bem a confusão que pode advir de uma má compreensão das categorias da imputação (aqui, de uma divisão que deveria ser meramente classificatória entre tipos objetivo e subjetivo)<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Cf. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 209-248; JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. Trad. Carlos J. Suárez González. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, v. 44, n. 2, p. 493-513, 1991.

<sup>34</sup> Em outras palavras, é inegável que a classificação de tipos objetivo e subjetivo tem um valor didático e possui consequências sistêmicas. Veja-se, por exemplo, como o deslocamento do dolo para a tipicidade influenciou o debate acerca da teoria do erro. Todavia, isso não pode significar nada quando se pensa em termos de desvalor da conduta, pois, a rigor, também o dolo é analisado na perspectiva *ex ante*, e isso por uma razão simples: o que importa é o status mental do agente no momento da sua ação. Se a concepção *ex ante* é a correta por evitar um dever impossível, por óbvio essa limitação não abarca os conhecimentos especiais. Dessa forma, um crítico dos conhecimentos especiais no desvalor da conduta deveria argumentar mais do que simplesmente remeter-se à diferenciação entre tipos objetivo e subjetivo, tendo em vista que não é este o cerne do problema. Aqui, uma consideração de justiça é fundamental: por questões de isonomia, é justo exigir mais daquele que mais sabe, na medida em que o maior conhecimento fornece ao agente mais poderes de agir quando comparado a um ser humano que desconhece.

Um segundo problema é que a teoria da imputação objetiva, tal qual pensada hoje, parece fundar-se em pressupostos *exclusivamente consequencialistas*. Isso significa dizer que um grande âmbito dos espaços de liberdade deixa de ser um exercício de direito e passa a tornar-se uma concessão estatal aos indivíduos em razão de considerações de conveniência. Em outras palavras, a liberdade passa a ser considerada mediante a sua utilidade social, e não como um valor intrínseco<sup>35</sup>. Não à toa o instituto do *risco permitido* é visto pela opinião dominante como fruto da ponderação entre *o interesse sobre a proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade*<sup>36</sup>. Faz-se, dessa forma, uma conta sobre a utilidade social de determinada atividade e o interesse difuso de proteção de bens jurídicos, de modo que determinadas atividades socialmente desejadas devem ser mais toleradas por serem úteis. Assim, a teoria da imputação objetiva parece ignorar que o exame de utilidade deverá ser sempre limitado pelos princípios deontológicos de justiça, de modo que não se pode dar uma fundamentação consequencialista para um instituto fundado em razões de respeito. Em suma, se a liberdade humana é um valor em si, ela não pode ser uma mera questão de conveniência.

Um exemplo simbólico é o atual tratamento dado ao princípio da confiança, que, segundo muitos dos adeptos da imputação objetiva, seria fruto de uma ponderação de interesses<sup>37</sup>. Ignora-se, assim, que, na medida em que a onisciência não é um predicado humano, todos os indivíduos precisarão em alguma medida confiar na conduta correta de terceiros se o que se deseja é a garantia da denominada liberdade civil<sup>38</sup>. E que a liberdade civil é uma *conditio sine qua non* de toda concepção

<sup>35</sup> Observando essa diferença, RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988: “Se o valor da liberdade depende de outros valores dos quais ter várias liberdades serve, então a liberdade em si não é valiosa. Se a liberdade é intrinsecamente valiosa, uma teoria da liberdade não se tornará uma teoria de liberdades heterogêneas não relacionadas” (em tradução livre).

<sup>36</sup> A exceção que posso verificar a essa tendência é GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56-58, que defende que o primeiro fundamento do risco permitido é o núcleo de liberdade de cada cidadão que deve ser inalcançável pelo poder estatal e, para os demais casos, o fundamento está na referida ponderação.

<sup>37</sup> Na doutrina brasileira, a principal defensora dessa concepção é SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 107-109.

<sup>38</sup> No debate sobre o princípio da confiança no direito penal, foram poucos os autores que, mesmo que superficialmente, observaram a relação entre confiança e liberdade

de sociedade organizada, é possível inferir de quaisquer das proposições contratualistas já realizadas até hoje. Em outras palavras, o desejado equilíbrio entre esferas de liberdade nunca será alcançado se os indivíduos não puderem confiar que os demais agirão conforme o dever, tendo em vista que, em última instância, dificilmente alguém sequer sairia de casa se não confiasse em alguma medida que não teria seus direitos violados.

A consequência dessa forma de proceder é que a teoria da imputação objetiva, nos moldes atuais, aparenta ignorar a existência de direitos subjetivos. Isso fica claro a partir do momento que se percebe que, nos moldes pensados por Roxin, a participação em autocolocação em risco responsável de terceiro, assim como a heterocolocação em perigo consentida responsabilmente, são categorias do que o autor chamou de alcance do tipo, isto é, não repercutem no exame do desvalor da ação<sup>39</sup>. Essa visão está fundamentalmente equivocada pois não explica por que o direito valora negativamente uma conduta de contribuição ao exercício de um direito subjetivo. Explicado de melhor forma: a pessoa que responsabilmente dispõe do próprio bem na realidade somente exerce a *função de gozo* do próprio direito subjetivo, na medida em que nesta está incluído dispor do bem que é objeto do seu direito. A desconsideração dos direitos subjetivos é uma grande falha metodológica da teoria, na medida em que o seu próprio arquiteto, ao nomear que a função do direito penal é subsidiariamente garantir os pressupostos para uma sociedade pacífica, aproxima-se da ideia geral de harmonização de esferas de liberdade<sup>40</sup>. E esferas de liberdade nada mais são do que os direitos subjetivos que são deixados em segundo plano pela teoria da imputação objetiva.

---

civil. Por exemplo, ABRALDES, Sandro. *Delito imprudente y principio de confianza*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 196.

<sup>39</sup> Cf. a ideia geral em ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002, p. 19-20. Por outro lado, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70-79, que inclui os institutos no local correto: o desvalor da conduta.

<sup>40</sup> “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sociopolíticas menos gravosas”. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 52, n. 317, p. 69-81, 2004, p. 70.

Por fim, é preciso esclarecer que a concepção geral da ponderação de interesses não é uma ideia errada, mas somente imprecisa em razão do seu grau demasiado de abstração. A ideia não está equivocada, primeiramente, porque, de fato, não existem direitos absolutos: não seria correto um motorista que acaba de atropelar um pedestre afirmar que a sua atitude é lícita na medida em que ele somente exerceu seu direito de propriedade do veículo. Assim, existe uma certa margem de liberdade humana que está suscetível de ponderações, mas somente na medida em que a atividade em questão constitui um perigo a direitos subjetivos alheios. Portanto, aqui há uma busca pela não contradição: o direito de um não pode colocar em perigo o direito de outro, ou no jargão popular: “a minha liberdade termina onde a sua começa”<sup>41</sup>. De qualquer forma, já não se trata de uma mera “utilidade social” pura e simples, visto que os direitos subjetivos devem entrar na equação. Em segundo lugar deontologia e consequencialismo não são logicamente excludentes, sendo dificilmente possível uma teoria ética que prescindia de algum dos dois<sup>42</sup>. Isso se acentua tendo em vista a natureza instrumental e teleológica de um Estado: não é possível que a atividade estatal não se volte aos seus fins. Dessa forma, à luz da dignidade humana, o que deve haver é uma *precedência da deontologia sobre o consequencialismo*: ali onde o dever de respeito se coloca, o consequencialismo nada pode dizer. Assim, considerações consequencialistas são bem-vindas somente na medida em que respeitem o ser humano como titular de direitos.

## 7. Uma nova esperança: lineamentos para uma imputação direcionada à harmonização de esferas de liberdade

O futuro da imputação da tipicidade não pode abandonar os ganhos obtidos com a teoria da imputação objetiva e, ao mesmo tempo, deve reparar os seus defeitos. Segundo vejo, há, fundamentalmente, *três tarefas principais*: (i) simplificar o método de imputação (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*); (ii) fundamentar a imputação com o real fim do direito: a harmonização das esferas de liberdade individuais; (iii)

<sup>41</sup> Aqui, talvez, até o princípio da isonomia tenha algum lugar: no exemplo citado, se o direito de propriedade do automóvel englobasse o atropelamento, haveria um inadequado privilégio do motorista em detrimento do pedestre.

<sup>42</sup> Exemplificativamente, veja-se a diferenciação kantiana entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Os primeiros regem-se deontologicamente, enquanto os segundos, de forma consequencialista. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50 e ss.

consequentemente à tarefa *ii*, incluir os direitos subjetivos no método da imputação do tipo.

Para realizar a primeira tarefa, um caminho parece promissor: abandonar a divisão cartesiana e meramente classificatória entre imputação do tipo objetivo e do tipo subjetivo. Com isso, é possível simplificar a imputação da tipicidade para aquilo que realmente importa: o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Assim, uma primeira possibilidade de simplificação seria alcançada se a imputação do tipo se resumisse a dois níveis: *(i)* no primeiro nível, o da perspectiva *ex ante*, afere-se o desvalor da conduta, primeiramente numa dimensão objetiva, que nos delitos de resultado corresponde à criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado e, caso positivo, verifica-se, em segundo lugar, a dimensão subjetiva, isto é, a existência ou não de dolo; *(ii)* no segundo nível, o da perspectiva *ex post*, que só está presente nos delitos de resultado, examina-se, primeiramente, a existência de umnexo causal entre conduta e resultado e, em caso positivo, afere-se o desvalor do resultado, isto é, se o risco criado ou incrementado foi aquele que se realizou no resultado.

Essa abordagem possui uma série de vantagens. A primeira delas consiste no fato de que não haveria mais aquele movimento de zigue-zague criticado *supra*, harmonizando a imputação, inclusive, com a lógica temporal das coisas: todo delito de resultado possui uma conduta e, posteriormente, algum resultado dela decorrente. Logo, é mais razoável avaliar antes o desvalor da conduta para, após, analisar a sua relação com o resultado. Dessa forma, a aferição também do dolo deveria ser feita antes do desvalor do resultado, pois, no mundo da vida, também a relação subjetiva do indivíduo com a sua conduta precede o resultado. Além disso, as polêmicas quanto à perspectiva *ex ante* e em relação aos conhecimentos especiais perdem força, na medida em que o desvalor da ação considera também os elementos subjetivos. Mantém-se também o maior ganho da teoria da imputação objetiva: todo delito, seja ele doloso ou imprudente, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado.

Poder-se-ia replicar essa configuração principalmente por *duas vias*: *(i)* afirmar que esse esboço de mudança da imputação do tipo leva a uma confusão entre o objetivo e o subjetivo; *(ii)* sustentar que o exame de causalidade deve preceder a imputação, seja porque o primeiro possui natureza ontológica, enquanto a segunda opera no plano normativo, seja porque não faria sentido examinar o desvalor

de uma conduta que não se encontra na cadeia causal do resultado. Todavia, ambas as linhas argumentativas parecem, no mínimo, não ser *per se* suficientes a afastar a simplificação da imputação proposta acima, e isso pelas seguintes razões.

Se, por um lado, de fato há, a uma primeira vista, uma aparente mescla entre objetivo e subjetivo, por outro, essa confusão mostra-se inexistente quando o devido escrutínio é realizado. Isso porque a simplificação aqui proposta não altera *per se* aquilo que já existe. Em outras palavras, somente há uma alteração na ordem da imputação, a ser feita nos seguintes moldes, usando como *standard* os delitos de resultado: (i) criação ou incremento de um perigo juridicamente desaprovado; (ii) existência ou não de dolo; (iii) nexo causal; (iv) realização do perigo criado ou incrementado no resultado. Há, portanto, somente uma mudança na ordem, de modo a ficar mais adequada à lógica espaço-temporal do evento (afinal, a conduta e o dolo do agente são temporalmente anteriores à concretização do nexo causal, isto é, ao resultado), onde *i* e *ii* correspondem ao desvalor da conduta (perspectiva *ex ante*) e *iii* e *iv* ao nexo causal e ao desvalor do resultado (perspectiva *ex post*). Ademais, mesmo que fosse o caso de uma mescla entre o objetivo e o subjetivo, essa mescla não é um evidente mal em si, isto é, dependeria de boas razões para justificar como essa confusão prejudicaria a imputação.

A segunda hipotética réplica, de que o exame da causalidade deve preceder a imputação normativa para evitar confusões, traz uma questão mais controversa. Por um lado, a proposta não consiste numa mistura entre as categorias do nexo causal e do desvalor do resultado, mas somente uma alteração na ordem da imputação. Assim, após o exame do desvalor da ação e do dolo, verifica-se o nexo causal (ontológico) para, posteriormente, caso a resposta seja positiva, analisar se há desvalor do resultado. As próprias consequências de cada análise impediriam uma inadequada mescla, na medida em que a ausência de nexo causal afasta a imputação, enquanto a ausência de desvalor do resultado permite a imputação por tentativa, caso o delito seja doloso.

Por outro lado, é possível arguir que o problema não está na mescla entre o ontológico e o normativo, mas sim na lógica da coisa: o que não está na cadeia causal não poderia ser objeto da imputação penal, de modo que um elemento logicamente precede o outro. Entretanto, uma possível tréplica seria no sentido de que ao

direito penal não são relevantes aquelas condutas que fazem parte de uma cadeia causal, mas que não são juridicamente desaprovadas<sup>43</sup>. De uma perspectiva lógica, como o nexos causal inclui (ou não) a conduta do agente, não é possível afirmar, a partir de uma reflexão superficial, que há uma relação natural de precedência de uma categoria sobre a outra. Dessa forma, entra-se em algo análogo a um *dilema de causalidade*: o que deve vir antes, a aferição do nexos causal ou a análise do desvalor da conduta? Dessa forma, há uma segunda possibilidade de simplificação da imputação do tipo, desta vez em três níveis: (i) nexos causal; (ii) desvalor da conduta (incluindo a aferição do dolo); (iii) desvalor do resultado. Aqui, a resposta negativa à fase *i* exclui a possibilidade de imputação; a resposta negativa à fase *ii* também exclui a imputação de plano, enquanto há duas possibilidades de resposta positiva: a *resposta positiva dolosa* e a *resposta positiva imprudente* (ou culposa); no caso de resposta positiva dolosa, a negação da fase *iii* permite a imputação por delito tentado, enquanto no caso de resposta positiva imprudente, a negação da fase *iii* exclui a imputação.

Não posso, nesta sede, tomar um posicionamento acerca de qual das alternativas de simplificação deve ser preferível, pois isso demandaria uma reflexão mais profunda sobre temas que extrapolam o espaço disponível neste estudo. Com isso, uma resposta conclusiva desse ponto deve ficar, aqui, em aberto.

Quanto ao problema da fundamentação, a missão aqui é abandonar a imprecisa concepção da ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos, de modo a adotar a ideia correta e mais precisa da *harmonização entre esferas de liberdade*. Isso significa que dirigir um carro não pode ser um risco permitido por se tratar de uma atividade vista como socialmente útil. Pelo contrário, *dirigir um carro significa o livre exercício da função de gozo do direito subjetivo à propriedade do carro*. Todavia, no mundo da vida, as liberdades, em seu estado natural, estão suscetíveis a entrar em colisão. Em outras palavras, o motorista que exerce o seu direito de uso do automóvel pode, em algum momento, *invadir uma esfera de liberdade alheia*, atropelando alguém ou danificando a propriedade de outrem, por exemplo. Assim, o ordenamento jurídico precisa harmonizar as

---

<sup>43</sup> Estou abstraindo a possível circularidade deste argumento, somente para fins de argumentação.

esferas de liberdade, de modo a garantir tanto o direito do motorista de uso do seu carro, como os direitos de terceiros de não terem as suas esferas de liberdade invadidas pelo motorista. Aqui, há a busca pela realização daquilo que se denominou *liberdade civil*, que é aquela decorrente da harmonização das esferas de liberdade individuais. Com isso, a liberdade humana não é meramente um meio para um fim socialmente útil, mas é ela um fim em si mesmo. Com isso, está respeitado o postulado kantiano da proibição de instrumentalização do ser humano, isto é, da dignidade da pessoa humana<sup>44</sup>.

Aqui, busco aplicar a *Navalha de Occam*: em vez de adotar a já citada solução proposta por Greco em conferir dois fundamentos ao instituto do risco permitido (esfera imponderável da vida privada e ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos)<sup>45</sup>, proponho a simplificação dos pressupostos do instituto para a ideia geral da harmonização entre esferas de liberdade. Esferas de liberdade nada mais são do que direitos subjetivos e, portanto, os direitos à privacidade e à esfera imponderável da vida privada já estão incluídos na ideia fundamental de harmonização entre esferas de liberdade. Portanto, até pela perspectiva lógica da simplificação das premissas, a opção aqui proposta é a preferível.

Partindo desse pressuposto, uma conclusão natural é que atos de auxílio à autocolocação em perigo responsável de terceiro ou de heterocolocação em perigo consentida<sup>46</sup> não podem ser avaliados negativamente, de modo que são casos a serem aferidos já no nível do desvalor da conduta. Isso porque colocar-se em perigo nada mais é do que uma dimensão da função de gozo do direito subjetivo ao próprio corpo, de modo que não há, nessas hipóteses, invasão a esfe-

<sup>44</sup> “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

<sup>45</sup> Ver *supra*, nota 33.

<sup>46</sup> Para fins de simplificação do argumento, estou abstraindo o debate sobre em que medida as heterocolocações em perigo consentidas devem permanecer impunes, na medida em que há um extenso debate doutrinário acerca do tema. Há aqueles que entendem que nunca exclui a tipicidade (teoria da punição), aqueles que equiparam o instituto à autocolocação em perigo responsável, sempre excluindo a tipicidade (teoria da equiparação) e aqueles que adotam uma solução diferenciadora, aduzindo que em alguns casos exclui a tipicidade e, em outros, não (teorias da diferenciação).

ras de liberdade individuais<sup>47-48</sup>. Dessa forma, como pressuposto geral tem-se a seguinte proposição: não é qualquer perigo que deve ser juridicamente desaprovado, mas somente aquele perigo que represente, por um lado, a extrapolação da própria esfera de liberdade e, por outro, uma invasão indevida na esfera de liberdade alheia (aqui, no caso de delitos contra bens jurídicos individuais). Nesse sentido, portanto, a contribuição a uma livre disposição de direito não pode ser valorada negativamente pelo direito penal.

---

<sup>47</sup> No que tange à participação em autocolocação em perigo responsável, Roxin já sublinhou em mais de uma oportunidade que ela possui fundamento no fato de que somente a participação em uma violação típica de bem jurídico alheio é objeto da proteção de bem jurídico. Por exemplo, cf. ROXIN, Claus. Problemas de la imputación objetiva. Trad. Pablo Guillermo Lucero. *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, n. 2, p. 13-35, 2010, p. 25. Se essa limitação decorre de razões logicamente anteriores ao direito positivado – como é o caso dos direitos subjetivos –, isso não parece estar devidamente esclarecido. Ainda mais problemática é a argumentação contida em ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002, p. 16, que busca amparo na impunidade da participação em suicídio no direito alemão. Além de esse argumento não ser válido no caso o direito brasileiro por aqui existir tal figura típica, o que fica pendente de questionamento é o seguinte: é justa a punição de um ato de participação em autolesão responsável de terceiro? Essa pergunta só pode ser respondida abstraindo o direito positivo; caso contrário, estar-se-ia caindo inevitavelmente numa *petitio principii*. Todavia, o problema pode não ser tão grande quanto parece, na medida em que o próprio Roxin reconhece que o seu posicionamento encontra guarida no princípio da autorresponsabilidade, o que, ao menos, o aproxima da figura do direito subjetivo.

<sup>48</sup> Em seu mais recente artigo sobre heterocolocação em perigo consentida (*Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?* GA 2018), Roxin defende a sua teoria diferenciadora, que exclui a tipicidade somente nos casos em que a situação de perigo ocorreu por iniciativa da vítima ou quando esta participou conjuntamente do plano que levou à situação perigosa. O que interessa para o presente trabalho é que o autor em nenhum momento enfrenta diretamente o problema dos direitos subjetivos. O mais próximo que se chegou foi em afirmar que o instituto não é uma forma de consentimento ao resultado lesivo. Todavia, não fica muito bem elucidado se o autor considera ou não se se colocar em uma situação perigosa ou consentir para ela está ou não abarcado pela função de gozo do direito subjetivo. Ademais, a solução proposta pelo autor não parece levar em conta essa questão, pois o que ele busca é uma equiparação normativa da figura com a participação em autocolocação em perigo responsável de terceiro. No mesmo ano da publicação alemã, o artigo ganhou uma tradução espanhola. Cf. ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: una discusión sin final? Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, n. 71, p. 53-73, 2018.

## 8. Breve excuro: os delitos contra bens jurídicos coletivos

Um leitor mais atento terá percebido que, se os direitos subjetivos devem ser a pedra angular da imputação, então os olhares do direito penal voltam-se aos bens jurídicos individuais. Com isso, surge uma possível questão: o que fazer com os delitos contra *bens jurídicos coletivos*, que se caracterizam justamente por não dizerem respeito a indivíduos especificamente<sup>49</sup>? Estes devem ser afastados *in totum*? A resposta aqui deve ser negativa, mas só poderá ser ensaiada de forma resumida. Primeiramente, porque nenhum defensor da teoria mais favorável à autonomia dos bens coletivos em relação aos individuais, a teoria dualista do bem jurídico, discorda dos pressupostos gerais aqui expostos, isto é, que é o Estado que existe para o ser humano e não o contrário<sup>50</sup>. Em segundo lugar, pois não há uma contradição lógica entre o pressuposto geral da harmonização entre esferas de liberdade e a proteção de bens jurídicos coletivos, desde que a tutela destes bens tenha como fim último essa harmonização, isto é, a viabilização de uma convivência livre e pacífica entre os cidadãos.

Os antigos partidários da teoria da lesão de direitos como conceito material de delito, com especial destaque ao jurista alemão do fim do século XVIII e início do século XIX, Paul Johann Anselm von Feuerbach, buscavam resolver a questão asseverando que o Estado também é titular de direitos subjetivos<sup>51</sup>. De modo análogo, seria *prima facie* possível sustentar também um direito subjetivo da coletividade<sup>52</sup>. Todavia, essas possibilidades não são adequadas, pelas razões expostas a seguir.

O primeiro grande problema de uma abordagem dessas é que ela dá margem a considerações coletivistas que violariam o pressuposto geral

<sup>49</sup> “Os bens supraindividuais são definidos, em contraposição aos individuais, como sendo aqueles que atendem às necessidades de todos e cada um dos membros da sociedade”. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 182-183.

<sup>50</sup> Corretamente, GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 438.

<sup>51</sup> Cf. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 259-261.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 260-261.

de que o indivíduo é um fim em si mesmo. Isso porque não raras serão as vezes em que a construção de um “direito da coletividade” entrará em conflito com direitos subjetivos. Veja-se o exemplo do suposto bem jurídico “saúde pública” nos delitos de drogas: se a saúde pública passasse a ser considerada um direito subjetivo da coletividade, este suposto direito entraria em conflito com a função de gozo do direito subjetivo individual ao próprio corpo. Assim, e isso é o que importa, impedir o uso de drogas por meio do art. 28 da Lei 11.343/06 recorrendo a um direito coletivo à saúde pública equivale a impedir que a pessoa disponha do seu próprio corpo, de modo que aqui haveria uma colisão entre direitos. O grande problema, aqui, é que a coletividade não é uma entidade homogênea e, conforme assevera corretamente Nozick<sup>53</sup>, somente há pessoas individuais, diferentes, com vidas próprias, de modo que sacrificar a autonomia de um indivíduo em nome da coletividade nada mais é do que sacrificar a autonomia de uma pessoa em benefício dos outros. Como direitos subjetivos nada mais são do que esferas de liberdade juridicamente protegidas, dificilmente seria cognoscível um conceito de esfera de liberdade da coletividade.

Um conceito de direito subjetivo do Estado traz outro tipo de complicação. Aqui, ignora-se que o Estado é uma criação humana de natureza instrumental e, por isso, não é um fim em si mesmo. Por sua natureza instrumental, dificilmente seria possível defender a titularidade estatal de algum direito e, conforme já exposto, direitos subjetivos nada mais são do que esferas de liberdade juridicamente garantidas. O Estado é, assim, um meio para a harmonização das esferas de liberdade individuais e não detentor de alguma dessas esferas. Defender um direito subjetivo estatal equivaleria, por exemplo, a admitir a legítima defesa de

---

<sup>53</sup> “Mas não há entidade social com um bem que suporte algum sacrifício para seu próprio bem. Há apenas pessoas individuais, pessoas diferentes, com suas vidas individuais próprias. Usar uma dessas pessoas em benefício das outras implica usá-la e beneficiar os demais. Nada mais. O que acontece é que alguma coisa é feita com ela em benefício dos outros. Conversas sobre bem social geral disfarçam essa situação. (Intencionalmente?) Usar uma pessoa dessa maneira, além de indicar desrespeito, não leva em conta o fato de que ela é uma pessoa separada, que é sua vida de que dispõe. Ela não obtém algum bem que contrabalance seu sacrifício, e ninguém tem o direito de obriga-la a isso – e ainda menos o Estado ou o governo, que alegam que lhe exige a lealdade (o que outros indivíduos não fazem) e que, por conseguinte, deve ser escrupulosamente neutro entre seus cidadãos”. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 48.

bens jurídicos coletivos, o que, segundo a opinião dominante corretamente aduz<sup>54</sup>, não seria correto<sup>55</sup>. Em suma, uma aceitação de direitos subjetivos estatais somente esvaziaria o conceito de direito subjetivo e corromperia o seu fundamento, que é a liberdade humana.

Com isso, outro caminho é necessário para conceber bens jurídicos coletivos. Como o tema dos bens coletivos extrapola o objeto principal deste estudo, só poderei ensaiar uma resposta de forma superficial. Aqui, o trajeto é simples: bens jurídicos individuais são o *objeto direto* dos direitos subjetivos, enquanto bens jurídicos coletivos são condições de viabilização do exercício dos direitos subjetivos<sup>56</sup>. Por exemplo, veja-se os bens ligados às atividades estatais, como a administração pública ou a organização da justiça: se o Estado é um instrumento do exercício dos direitos subjetivos, a proteção de bens relacionados à atividade estatal protege, de forma mediata ou indireta, os direitos subjetivos. O mesmo pode ser verificado no caso do meio ambiente: um meio ambiente protegido é, em última instância, condição de existência da vida no planeta e, por consequência lógica, dos direitos subjetivos (inclusive das gerações futuras). Essa concepção demonstra o acerto das propostas de

<sup>54</sup> Cf., por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 623-628.

<sup>55</sup> Em razão de a legítima defesa não ser o tema do presente trabalho, aqui só é possível abordá-la superficialmente: se o instituto possui fundamento no direito de defesa, que, por sua vez, está incluído na função de exclusão de todo direito subjetivo, a conclusão natural é que só é possível agir em legítima defesa em favor de direitos subjetivos, ou seja, nos delitos em que se tutela bens individuais. Para uma exposição mais detalhada do direito de legítima defesa, cf. AMARAL, Rodrigo. Existe um direito de legítima defesa? *JOTA*, São Paulo, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019). Acesso em: 16 nov. 2019.

<sup>56</sup> Apesar de aqui criticado por sua teoria da imputação não considerar suficientemente os direitos subjetivos, Roxin parte de um conceito de bem jurídico bastante próximo à concepção aqui sustentada: “Compreendo por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos. Isso vale tanto para os bens jurídicos individuais, como vida, saúde ou propriedade, quanto para bens jurídicos coletivos, tais como a organização do Estado ou a Justiça. Afinal, uma convivência livre e pacífica pressupõe o funcionamento do aparato estatal e da Justiça.”. ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015, p. 34.

Schünemann<sup>57</sup> e Greco<sup>58</sup>: não há proteção de bens coletivos quando bens individuais estão diretamente em jogo.

Portanto, o caminho aqui superficialmente indicado não só não contradiz a proteção de bens coletivos, mas, pelo contrário, tem o potencial de oferecer diretrizes para uma correta epistemologia dos bens jurídicos coletivos. Em outras palavras, critérios para a aferição de legitimidade de bens coletivos declarados podem partir da concepção geral segundo a qual os bens coletivos devem possuir relação mediata com direitos subjetivos, enquanto os bens individuais são o objeto direto da função de gozo dos direitos subjetivos. Se há um bem jurídico individual afetado pela conduta proibida, não só não há sentido em postular um bem coletivo, mas essa postulação poderia ser perigosa para o exercício da função de gozo do direito subjetivo pelo seu titular. Desse modo, há uma inversão no ônus da justificação: agora é o poder público que deve justificar por que está interferindo na função de gozo dos direitos subjetivos.

## 9. Conclusão

A título de conclusão, tem-se o seguinte panorama das reflexões compreendidas acima:

- A análise do desvalor da conduta deve ser regida pela perspectiva *ex ante* fundamentalmente por duas razões: (i) se a norma de conduta inserida no tipo penal se dirige a indivíduos, isto é, se o ordenamento jurídico pretende comunicar-se com seres humanos, o agente deve ter condições de conhecer a situação de perigo para, assim, poder decidir se respeita ou não a norma de conduta; e (ii) se o direito penal é o ramo que somente é acionado diante de *condutas humanas injustas* e o ser humano não é onisciente, o injusto só pode se materializar diante de situações onde o agente tinha condições de conhecer o perigo da sua conduta.

---

<sup>57</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Trad. Lourdes Baza. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 59-62.

<sup>58</sup> GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 444-446.

- A teoria da imputação objetiva trouxe contribuições importantes à imputação do tipo penal, sobretudo ao possibilitar que se veja com mais clareza que todo injusto penal é violador de algum dever e que, nos delitos de resultado, esse dever deve referir-se ao perigo criado.

- A partir dos ganhos obtidos com a citada teoria, é preciso adequar a imputação do tipo penal aos pressupostos gerais do Direito, sobretudo no que tange ao risco permitido, que deve ser visto como materialização da concepção geral de que o Direito serve à harmonização de esferas de liberdade, inserindo assim, no método de imputação, a observação dos direitos subjetivos.

- Ademais, é possível simplificar a estrutura da imputação, sobretudo trazendo a observação do tipo objetivo já no exame do desvalor da conduta.

- Por fim, uma interpretação à luz dos direitos subjetivos pode trazer mais clareza na interpretação de bens jurídicos coletivos, que devem possuir relação mediata com direitos subjetivos, enquanto os bens individuais possuem uma relação imediata com os direitos subjetivos, por serem os objetos diretos da sua função de gozo.

## Referências

ABRALDES, Sandro. *Delito imprudente y principio de confianza*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

AMARAL, Rodrigo. Existe um direito de legítima defesa? *JOTA*, São Paulo, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa-11112019). Acesso em: 16 nov. 2019.

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BURGESS, Anthony. *Laranja Mecânica*. 2ª ed. 6ª reimpressão. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2014.

BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 153-192.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 433-463.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 209-248.

JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. Trad. Carlos J. Suárez González. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, v. 44, n. 2, p. 493-513, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

PUFENDORF, Samuel. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Trad. Michael J. Seidler. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alair Leite. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do*

bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21-55.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, 2007.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alair Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015.

ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. Trad. Raúl Pariona Arana. *Revista Penal*, Madri, n. 19, p. 152-161, 2007.

ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: una discusión sin final? Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madri, n. 71, p. 53-73, 2018.

ROXIN, Claus. Problemas de la imputación objetiva. Trad. Pablo Guillermo Lucero. *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, n. 2, p. 13-35, 2010.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 52, n. 317, p. 69-81, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Trad. Lourdes Baza. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 49-69.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRUENSEE, Ebehard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Trad. Fabricio Guariglia. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998.



# NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA DISCUSSÃO SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES CONSIDERANDO AS CONTRIBUIÇÕES DAS NEUROCIÊNCIA

*INTRODUCTORY REMARKS ON THE DISCUSSION OF THE PENAL IMPUTABILITY OF ADOLESCENTS CONSIDERING THE CONTRIBUTIONS OF NEUROSCIENCE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p87-114

Natália Soares Teixeira Costa

*Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais.*

**Recebido em:** 15/03/2020

**Aprovado em:** 05/05/2020

**Última versão do autor em:** 20/05/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo apresentar argumentos científicos contrários a diminuição da maioridade penal, levando em consideração a formação cerebral incompleta do córtex pré-frontal e dos lobos frontais dos adolescentes. Será analisada a consciência do adolescente sobre suas ações no que tange à responsabilização penal. Baseando-se em pesquisas sobre desenvolvimento cognitivo e psicossocial dos adolescentes, principalmente nos estudos realizados por Scott e Steinberg, esse trabalho examinará questões ligadas à culpabilidade penal dos adolescentes menores de dezoito anos, questionando se esses jovens infratores devem ser punidos na mesma medida que os adultos. Será demonstrado que os adolescentes possuem deficiência na capacidade de tomada de decisão ao serem comparados com os adultos e em razão disso, não devem ser julgados de acordo com o Código Penal.

**Palavras-Chaves:** Adolescente. Inimputabilidade. Capacidade Cognitiva e psicossocial. Maturidade.

**Abstract:** *The present study aims to present scientific arguments against and decrease the age of criminal responsibility, taking into account the incomplete brain formation of the prefrontal cortex and frontal lobes of adolescents. The adolescent's awareness of his actions that cannot be held criminally responsible will be analyzed. Based on research on the cognitive and psychosocial development of adolescents, mainly in the studies carried out by Scott and Steinberg, this paper examines issues caused by the guilt of adolescents under the age of ten, asking whether these young offenders are punished to the same extent as adults. It will be demonstrated that adolescents have the ability to make decisions compared to adults and as a result, they should not be judged according to the Penal Code.*

**Keywords:** *Adolescent. Imputability. Cognitive Capacity and Psychosocial Capacity. Maturity.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Aspectos jurídicos da redução da maioridade penal. 3. Os adolescentes possuem deficiência na capacidade de tomada de decisão ao serem comparados com os adultos?. 4. Responsabilidade diminuída devido à imaturidade biopsicológica. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

A redução da idade de imputação é um assunto extremamente polêmico e tem sido bastante discutidos não só no cenário político como também pela sociedade brasileira. De acordo com o atual sistema jurídico, a maioridade penal dar-se a partir dos 18 anos de idade. Conforme previsão no artigo 228 da Constituição Federal, no artigo 27 do Código Penal e no *caput* do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são inimputáveis os menores de dezoito anos de idade. A fundamentação para tais dispositivos é que os adolescentes menores de dezoito anos não possuem desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito dos seus atos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, o desenvolvimento mental observa critérios biológicos e capacidade psíquica.

Uma das alegações utilizadas por aqueles que defendem a redução da idade da imputação penal é o argumento que os adolescentes da atualidade possuem maior maturidade em relação aos jovens da década de 1940 (época na qual o Código Penal foi redigido), portanto, no que se refere à inimputabilidade de menores de 18 anos o vigente Código Penal estaria ultrapassado. Acreditam que, nos dias de hoje, os jovens possuem condições psicológicas suficientes para identificar a ilicitude de um ato e tomar uma decisão precisa.

Para averiguar se os adolescentes possuem um nível de desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender o caráter ilícito de um fato e de se orientar de acordo com esse entendimento é preciso valer-se da interdisciplinaridade, mesclando os conhecimentos da psicologia, das neurociências e do direito. As pesquisas neurocientíficas sobre desenvolvimento cognitivo e psicossocial dos adolescentes têm muito a contribuir nos debates acerca da redução da maioridade penal. Neste ponto, os trabalhos sobre psicologia social e desenvolvimento cognitivo desenvolvidos por Scott e Steinberg podem levar à conclusão de que a diminuição da maioridade penal é inadequada, uma vez que, tais estudos revelam que os adolescentes possuem deficiência na capacidade de tomada de decisão ao serem comparados com adultos.

Sob o prisma interdisciplinar e com base em pesquisas bibliográficas, este artigo será desenvolvida em três partes. A primeira abordará os aspectos jurídicos relativos à redução da maioridade penal no Brasil, analisando o período da adolescência pelo ponto de vista biopsicológico necessário para compreender o caráter criminoso de suas ações. Esta parte também discutirá algumas Propostas de Emenda à Constituição sobre a redução da maioridade penal. Em seguida, será questionado se os adolescentes possuem deficiência na capacidade de tomada de decisão ao serem comparados com os adultos. Posteriormente, será examinada a responsabilidade penal diminuída devido à imaturidade biopsicológica. Por fim, serão apresentadas as conclusões tomadas a partir do contexto apresentado.

## **2. Aspectos jurídicos da redução da maioridade penal**

O sistema jurídico vigente no Brasil dispõe que a maioridade penal acontece após os dezoito anos de idade. Aqueles que não atingiram essa idade são penalmente inimputáveis (conforme previsão no artigo 27 do Código Penal, no artigo 104, caput, do Estatuto da Criança e

do Adolescente e no artigo 228 da Constituição Federal), sendo essa a razão da não aplicação dos dispositivos do Código Penal. Ao contrário dos adultos que cometem crimes, os adolescentes que cometem atos infracionais não são julgados pelo Código Penal Brasileiro e sim pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ao invés de receberem pena, eles são tratados em um sistema de justiça separado e responsabilizado juridicamente através das medidas socioeducativas previstas em lei especial (Lei nº 8.069 de 1990). De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o jovem maior de 12 e menor de 18 anos (nos termos do art. 2º) poderá responder individualmente pelo seu ato infracional (conduta descrita como crime ou contravenção, nos termos do art. 103 do referido Estatuto), sendo-lhe aplicável, como sanção, uma das medidas socioeducativas previstas no art. 112. A atribuição da medida aplicada ao adolescente deve se basear na capacidade de cumpri-la, nas circunstâncias e na gravidade da infração (art. 112 § 1º).

Em suma, a imputabilidade é entendida como a ausência de impedimento psíquico para compreender a ilicitude ou para a autodeterminação da conduta segundo tal compreensão<sup>1</sup>. É a capacidade de responsabilizar penalmente um indivíduo por seus atos antijurídicos. Ao contrário, a inimputabilidade penal corresponde à incapacidade de culpabilidade. Nessa perspectiva, segundo Santos e de acordo com o Código Penal brasileiro, a inimputabilidade é vista como a ausência das condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico (maturidade) ou de sanidade psíquica<sup>2</sup>. Ou seja, a inimputabilidade se aplica aos indivíduos menores dezoito anos, como também, aos indivíduos que possuem doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A inimputabilidade dos menores de dezoito anos se daria por não possuírem desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender o caráter criminoso de suas ações ou para orientar o comportamento de acordo com tal compreensão<sup>3</sup>. Desse modo, segundo o ordenamento jurídico, aquele que não completou dezoito anos não possui o grau de maturidade necessário para ser penalmente responsável.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI et al., 2017, p. 251.

<sup>2</sup> SANTOS, 2007, p. 275.

<sup>3</sup> SANTOS, 2007, p. 289.

Ao longo dos últimos trinta anos, várias Propostas de Emenda à Constituição (PECs), com o intuito de reduzir a maioria penal, tramitaram no Congresso Nacional. A maioria foram arquivadas e outras ainda estão em votação<sup>4</sup>. São diversas as justificativas das diferentes PECs, baseiam-se desde o direito de voto dos adolescentes a partir dos dezesseis anos até a alegação de que o acesso a informação proporciona aos jovens um conhecimento cada vez mais precoce sobre seus direitos e deveres. Todavia, mediante a uma sistematizada revisão da literatura das propostas legislativas de redução da maioria discutidas no Congresso Nacional, é possível perceber que todas as PECs são unânimes em não abordar, em suas justificativas, o processo de amadurecimento cerebral do adolescente, particularmente em relação às funções cognitivas no processo de julgamento e da tomada de decisão<sup>5</sup>. Nota-se que uma questão desprezada pelo legislador é a maturidade do jovem sob a perspectiva neuropsicológica, do ponto de vista científico. As justificativas das Propostas de Emenda Constitucional não fazem nenhuma referência aos estudos das neurociências sobre tal tema, seja porque na época em que algumas delas foram criadas não existiam até o presente momento pesquisas que permitissem conclusões sobre a maturação cerebral entre a adolescência e a fase adulta, ou porque os parlamentares simplesmente decidiram ignorar essas pesquisas.

Ressalta-se aqui, duas PECs mais recentes que tratam da capacidade psicológica dos adolescentes de compreender o caráter ilícito da sua conduta. Ambas estão em tramitação. A PEC nº 21 de 2013, no primeiro parágrafo de sua justificação declara que:

A atual idade de 18 anos, como parâmetro para a imputabilidade, é a presunção absoluta da lei de que as pessoas, abaixo dessa faixa etária, têm desenvolvimento mental incompleto (critério biológico), por não terem incorporado integralmente as regras de convivência da sociedade. Entretanto, tal argumento não tem sido comprovado pela ciência psiquiátrica. Ao contrário, a evolução das sociedades modernas

---

<sup>4</sup> Neste ponto, as Propostas de Emenda Constitucionais mais relevantes que estão em tramitação são as PECs nº 171/1993, nº 21/2013 e nº 115/2015.

<sup>5</sup> É preciso analisar cautelosamente se os adolescentes, no momento da tomada de decisão, possuem um grau de desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender o caráter ilícito de um fato e de se orientar de acordo com esse entendimento.

tem-lhe possibilitado a compreensão cada vez mais precoce dos fatos da vida<sup>6</sup>.

Neste aspecto, a PEC n° 21 possui um grave defeito, a falta de rigor científico que permite atestar tal afirmação, carecendo de fundamentações. Diante de um assunto de suma importância e bastante complexo, que requer explicações comprovatórias, os legisladores foram simplório na alegação de que o desenvolvimento mental incompleto dos menores de dezoito anos não tem sido comprovado pela ciência psiquiátrica. Esta afirmação sobre “ciência psiquiátrica” é genérica demais e soa como um argumento de autoridade, tornando um verdadeiro reforço ao viés cognitivo.

Em 2015 começou a tramitar na pauta do Senado a PEC n° 115<sup>7</sup>, com origem na PEC n° 171 de 1993, que pretende tornar possível o julgamento criminal de adolescentes com idade entre dezesseis a dezoito anos pelo Código Penal e não pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A proposta original propunha modificar a redação dos artigos 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único que desconsideraria a inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar nos casos de em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Porém, caso o adolescente for condenado, a pena deve ser cumprida em unidade distinta dos criminosos maiores de dezoito anos.

De acordo com a proposta, competiria ao Ministério Público requerer que o adolescente fosse julgado como sendo maior de idade, mas, a decisão caberia ao juiz mediante análise de laudo psiquiátrico do menor infrator. É importante ressaltar que a PEC 115/2015 propõe que a maioria penal seja relativizada, pois cada situação seria analisada de acordo com a efetiva capacidade do menor de compreender as consequências de seus atos. Logo, essa imputabilidade iria variar de acordo com o caso concreto, a depender da capacidade individual do infrator. Desse modo, se adolescente fosse considerado capaz ele seria julgado como adulto.

Apesar de tudo, a PEC n° 115 parece não trazer uma solução para a determinação da capacidade do adolescente compreender o caráter criminoso de sua conduta, pois, à vista desse problema, a única justificativa mencionada pela Proposta é uma observação:

---

<sup>6</sup> SENADO, 2013.

<sup>7</sup> SENADO, 2015. Proposições apensadas: PEC n° 74/2011; PEC n° 33/2012; e PEC n° 21/2013.

IV – capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório<sup>8</sup>.

E uma condicionante:

IV-análise das condições psicológicas, sociais e dos precedentes do menor infrator – busca garantir a excepcionalidade dos casos, devendo a lei definir as formas de avaliação, as espécies de laudos, as qualificações dos peritos, etc<sup>9</sup>.

Portanto, a conclusão que se pode extrair é que a autorização da redução da maioria penal estabelecida pela PEC não seria algo imediatamente aplicado, pois precisaria ser comprovada pelo Ministério Público, assim sendo, a decisão caberia ao juiz da infância e juventude mediante análise de laudo psiquiátrico do menor infrator. Portanto, tal laudo psiquiátrico seria completamente determinante na decisão do magistrado.

O laudo técnico (feito por um perito nomeado pelo juiz) seria o instrumento para verificar a capacidade de compreensão do adolescente infrator em relação ao caráter ilícito de sua conduta ao se analisar as condições psicológicas do menor infrator, ou seja, atestaria a “ingenuidade”, o grau de maturidade, do adolescente na prática de atos ilícitos. Entretanto, a veracidade e a precisão desses laudos técnicos que define se o sujeito era capaz de compreender o caráter ilícito do fato por ele praticado e de se orientar através do seu entendimento é bastante questionável no que se refere à metodologia utilizada. Como salienta Vianna<sup>10</sup>, a maioria desses laudos são completamente subjetivos, carecendo de metodologias científicas, visto que, às vezes são concluídos a partir da opinião pessoal do perito influenciado por sua própria convicção moral. Quando esses laudos subjetivos são usados para atribuir pena, medida de segurança ou determinar se o sujeito é imputável, o direito passa a não ser aplicado dando lugar à moralidade. Além do mais, a partir do momento que uma decisão jurídica fica a

---

<sup>8</sup> SENADO, 2012.

<sup>9</sup> SENADO, 2012.

<sup>10</sup> VIANNA, 2014.

mercê de um elemento subjetivo, que é um laudo de um médico sem nenhuma formação jurídica, isso parece injusto.

Como será visto mais à frente, ainda não há ferramentas diagnósticas para avaliar com exatidão a imaturidade psicossocial de uma pessoa, pois, a imaturidade não é algo diagnosticado em uma ressonância magnética ou até mesmo observando critérios sintomáticos. Dessa forma, esses laudos médicos tornam-se ainda mais subjetivos sem nenhuma constatação precisa e científica. Por isso é questionado como o médico psiquiátrica atestaria a maturidade de um indivíduo já que não existem ferramentas para determiná-la.

Outro ponto problemático relacionado a tal tema é que, ao invés dos parlamentares analisarem a questão da redução da maioria penal a partir de comprovações científicas, eles preferem considerar uma suposta maturidade do adolescente maior de dezesseis anos, o que possibilitaria e fundamentaria a sua responsabilização jurídica como adulto. Nesse sentido, é válido destacar as palavras de Zaffaroni et al.:

A partir da “ideia completamente duvidosa de que a capacidade psíquica é adquirida hoje mais cedo do que em outros tempos” sucedem-se propostas, oriundas de campos políticos conservadores e intensamente dinamizadas pela mídia, visando reduzir o marco etário constitucional de dezoito anos. Motivadas quase sempre por algum episódio criminal violento com a participação de adolescente(s), e portanto carregadas de emoção e pouco reflexivas, tais campanhas ignoram o verdadeiro fundamento político-criminal da inimputabilidade por imaturidade e interpelam a presunção legal como se de presunção não se tratasse; caso fosse juridicamente possível atendê-las, cair-se-ia num círculo vicioso, porque pouco tempo após o rebaixamento do marco etário para dezesseis anos, poder-se-ia dizer do adolescente de quinze anos o mesmo que as campanhas dizem hoje daquele de dezessete, e assim por diante, Ocorre que o tratamento constitucional da matéria outorgou à inimputabilidade por imaturidade aos dezoito anos, como observado por Sirotheau Corrêa, a natureza de “direito fundamental de um certo grupo indivíduos que fazem jus a um tratamento diferenciado em razão de especiais e transitórias condições de existência”.

Provavelmente, o principal argumento utilizado como uma tentativa de legitimar a redução da maioridade penal seja a suposta maturidade dos adolescentes maiores de dezesseis anos.

Similarmente, pode-se pensar que, a tentativa de redução da idade da imputação penal tem mais a ver com o clamor público do que com questões psicológicas e neurológicas relacionadas ao nível de consciência e maturidade dos adolescentes. Segundo uma pesquisa do Datafolha (feita em dezembro de 2018, que ouviu 2.077 pessoas em 130 municípios brasileiros), 84% dos entrevistados disseram ser favorável a redução da maioridade penal<sup>11</sup>. Uma das temáticas que mais aflige a sociedade brasileira é a violência urbana. Erroneamente, a opinião pública acredita que o aumento da punibilidade é uma medida que ajudaria na diminuição da criminalidade. Uma grande parte da sociedade presume que se for aplicado leis mais rigorosas aos jovens infratores, julgando-os como adultos, tal medida seria mais eficaz no combate à criminalidade. De acordo com Vianna:

Sempre que um crime grave é praticado por um adolescente a redução da maioridade penal volta às pautas do Congresso e dos jornais. A racionalidade e a temperança que deveriam guiar a elaboração de qualquer projeto de lei cedem espaço à passionalidade do clamor público no furor dos acontecimentos. E assim vão se criando leis casuísticas para dar respostas a casos concretos que nem sempre são representativos da maioria dos crimes ocorridos no dia a dia<sup>12</sup>.

Há indícios que, infrações cometidas por adolescentes que geram grande repercussão pública, mobilizaram a tramitação de Propostas de Emenda à Constituição favoráveis à redução da maioridade penal no Congresso Nacional. No artigo “Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioridade penal na Câmara dos Deputados”, na tentativa de comprovar que a repercussão pública influencia diretamente no sistema político, o autor analisou os reflexos de dois crimes hediondos praticados por menores que na época cho-

<sup>11</sup> Dados obtidos através do site G1.Datafolha: 84% se dizem a favor da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. **G1**. Brasília, 14 jan.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/14/84-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-reducao-da-maioridade-penal-de-18-para-16-anos-diz-datafolha.ghtml>>. Acesso em 07 mai. 2020.

<sup>12</sup> VIANNA, 2014, p. 161-161.

caram a população, ocorridos em 2003<sup>13</sup> e 2007<sup>14</sup>. Esses crimes foram amplamente divulgados por jornais de grande circulação e trouxe a discussão sobre a maioria penal para a mídia. No período posterior ao crime de 2003 foram apresentadas a PEC nº 242 de 2004, do deputado Nelson Markezelli (PTB-SP) e a PEC nº 272 de 2004, do deputado Pedro Corrêa (PP-PE)<sup>15</sup>. No período posterior ao crime de 2007, foram apresentadas as PEC's nº 48, no dia 19/04/2007, do deputado Rogério Lisboa (DEM-RJ); nº 73, no dia 30/05/2007, do deputado Alfredo Kaefer (PSDB-PR); nº 85, no dia 06/06/2007, do deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS); e nº 87, no dia 12/06/2007, do deputado Rodrigo de Castro (PSDB-MG)<sup>16</sup>.

Segundo Campos, a mídia, pesquisas de opinião pública, mobilizações de grupos da sociedade civil e até cidadãos individualmente, podendo influenciar diretamente a construção das agendas políticas<sup>17</sup>. pública exerça efeitos relevantes<sup>18</sup>. Nas palavras do autor:

Acreditamos, portanto, que os meios de comunicação divulgam os crimes de grande repercussão pública e reestabelecem, nesses períodos específicos, o debate sobre a maioria penal através da seleção de determinados aspectos sobre o tema. Tal seleção de enquadramento, pela mídia, forma o tipo de entendimento e organização da experiência de alguns indivíduos a respeito da questão da redução da maioria penal, colocando o tema novamente na agenda política.

[...]Através dos meios de comunicação, ocorre a influência da 'opinião pública', ou seja, alguns indivíduos ou, no caso, os parlamentares organizam a sua percepção (seus esquemas inter-

---

<sup>13</sup> Refere-se o “caso Chapinha”, foi um crime ocorrido em Embu-Guaçu, na Grande São Paulo que resultou no o assassinato do casal Liana Friedenbach (16 anos) e Felipe Silva Caffê (19 anos). O episódio envolveu quatro adultos e um adolescente de apelido “Champinha”, na época, com 16 anos. O caso gerou profunda indignação na sociedade brasileira e reacendeu o debate a respeito da redução da maioria penal. CAMPOS, 2009, p.489.

<sup>14</sup> Refere-se o ‘caso João Hélio’. João Hélio Fernandes Vieites era uma criança de 6 anos que foi assassinado brutalmente após ser arrastada, presa ao cinto de segurança do veículo onde estava. Um dos suspeitos, que assaltou o carro, era menor de idade na época do fato. CAMPOS, 2009, p.480.

<sup>15</sup> CAMPOS, 2009, p.492.

<sup>16</sup> CAMPOS, 2009, p.495.

<sup>17</sup> CAMPOS, 2009, p. 497.

<sup>18</sup> CAMPOS, 2009, p.498.

pretativos) sobre uma temática, influenciados pela repercussão pública de crimes, reivindicando em seguida determinada política pública – a redução da maioridade penal<sup>19</sup>.

Os meios de comunicação acabam influenciando a opinião pública ao enfatizar os atos infracionais promovidos pelos adolescentes e colocam em xeque a eficiência das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>20</sup>.

No caso da redução da maioridade penal no Brasil, ao invés do Estado buscar o cumprimento efetivo do ECA, garantido a não violação dos direitos dos adolescentes, parece estar mais preocupado em punir demasiadamente adolescentes infratores em respostas às reivindicações da maioria da sociedade.

### **3. Os adolescentes possuem deficiência na capacidade de tomada de decisão ao serem comparados com os adultos?**

A adolescência é o período de transição entre a infância e a fase adulta, caracteriza-se pelas transformações biológicas, sociais e psicológicas nos quais o indivíduo sofre conflitos internos e externos. É neste lapso temporal que o ser humano começa a adquirir capacidade psicológica para assumir as responsabilidades da vida adulta e inicia o desenvolvimento da autonomia. Neste sentido, Ernst et al.<sup>21</sup> esclarece que, a adolescência é definida como o período no qual acontece o desenvolvimento físico (por exemplo, surto de crescimento, mudança na massa corporal, maturação sexual), o desenvolvimento psicológico (por exemplo, intensidade afetiva e labilidade, aspirações românticas e idealistas, senso de invulnerabilidade, pensamento abstrato) e desenvolvimento social (por distanciamento de adultos e crianças, primazia de relacionamentos entre colegas, envolvimento romântico). Essas bruscas transformações, na maioria das vezes, ocasionam impulsividade nos aspectos físico, mental, emocional e sexual.

De acordo com a psicologia, a adolescência se inicia na puberdade e termina quando o indivíduo consolida sua independência<sup>22</sup>. Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF),

---

<sup>19</sup> CAMPOS, 2009, p.504.

<sup>20</sup> ALKIMIM e KOEHLER, 2018, p. 241.

<sup>21</sup> ERNST et al., 2005, p. 02.

<sup>22</sup> MYERS, 2015, p. 149.

a adolescência compreende a pré-adolescência e a adolescência (período entre 10 aos 19 anos)<sup>23</sup>. Para fins legais, conforme o art. 2º do Estatuto da Criança e do adolescente, presume-se criança a pessoa até doze anos de idade e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Considerando a opinião pública, os que defendem a redução da maioridade penal argumentam que os adolescentes acima de dezesseis anos já possuem plena consciência de seus atos, pois já seriam maduros o suficiente para discernir o certo do errado. Alegam que na época em que o atual Código Penal foi elaborado (década de 40) a maturidade dos jovens não era a mesma da atualidade, preconizam a ideia dos adolescentes de hoje serem mais maduros que antigamente e, por isso, esses adolescentes deveriam ser penalmente responsabilizados pelos seus atos ilícitos. Um grande parcela da sociedade é favorável à imputação penal aos menores de dezoito anos, entretanto, questiona-se se as pessoas e principalmente os parlamentares, pensam nos estágios do desenvolvimento neural quando o assunto é redução da maioridade penal.

Na adolescência o cérebro ainda está em desenvolvimento. Segundo Mayers<sup>24</sup>, no processo de amadurecimento cerebral dos adolescentes os lobos frontais continuam desenvolvendo<sup>25</sup>. O lobo frontal é a região do cérebro responsável por controlar os impulsos e o planejamento das ações. Quanto mais os lobos frontais forem desenvolvidos, maior será a capacidade de discernimento, de controle dos impulsos e da habilidade de planejamento ao longo prazo. Para o autor, estudos científicos demonstram que os adolescentes ainda não possuem essa estrutura cerebral completamente formada. Isso explicaria porque adolescentes são mais impulsivos, mais inconsequentes e mais influenciados por seus colegas em relação aos adultos. Segundo Mayes:

Não é à toa que adolescentes mais jovens (cujos lobos frontais ainda não estão plenamente equipados para fazer planos de

---

<sup>23</sup> BRASIL. Adolescência: Uma fase de oportunidades. **Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)**. Fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/crianca-e-adolescente/situacao-mundial-da-infancia-2011>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>24</sup> MYERS, 2015, p. 151.

<sup>25</sup> O que determina a fase adulta é a formação completa de todas as regiões do lobo frontal, isso acontece por volta dos trinta anos de idade. Essa fase é marcada por uma maior estabilidade emocional e capacidade de raciocínio. HOUZEL, 2005.

longo prazo e controlar impulsos) sucumbem à tentação de fumar – ou de dirigir em alta velocidade ou praticar sexo sem proteção – eles simplesmente dão mais valor aos benefícios ao raciocinarem com suas emoções<sup>26</sup>.

De maneira geral, os adolescentes costumam se arriscar, são impulsivos, estão sempre buscando aceitabilidade e recompensas, além de, serem propensos as más escolhas. As neurociências têm proporcionado estudos precisos para tentar explicar as transformações psicológicas que caracterizam este período tão turbulento, especialmente no que se refere à tomada de decisão dos adolescentes.

Estudos de neuroimagem indicam que várias regiões e redes cerebrais estão associadas a partes específicas da tomada de decisão<sup>27</sup>, em especial o córtex pré-frontal (PFC) localizado parte anterior do lobo frontal do cérebro. Posto que para a maioria dos crimes seja necessário a realização de uma ação, toda ação necessariamente precisa ser mediada por uma decisão. Em neurociências o termo “tomada de decisão” corresponde a escolha comportamental ou ideológica frente a diversas opções. A tomada de decisão é uma medida cerebral indireta da maturação e das influências morais do córtex pré-frontal, esta área cerebral corresponde ao julgamento das atitudes e no planejamento das ações, inclusive quando planejamos e/ou executamos um crime<sup>28</sup>. O córtex pré-frontal é desenvolvido até a fase adulta, sendo os disparos modulados à medida que ocorre a interação social de aumentando o controle sobre os impulsos e maturidade emocional. O córtex pré-frontal e todas as áreas envolvidas no comportamento social do indivíduo se desenvolvem de acordo com a faixa-etária<sup>29</sup>.

O início da adolescência é marcado por uma poda neuronal, isso significa que, as sinapses criadas durante a infância são selecionadas. As que não são muito utilizadas desaparecem, ao passo que, as que são mais utilizadas se fortalecem através da mielinização. A mielinização é a formação da bainha de mielina (capas protetoras localizadas ao longo do axônio). O processo de mielinização cortical tem início na adoles-

---

<sup>26</sup> MYERS, 2015, p. 151.

<sup>27</sup> TALUKDAR et al., 2018, p.2664.

<sup>28</sup> BONNIE e SCOTT, 2013, p. 159.

<sup>29</sup> Diminuição da maioridade penal: Um apanhado geral sobre o que a neurociências tem a dizer sobre isso, 2019.

cência na região occipital, mas ao longo do tempo esse processo passa para regiões mais frontais. O córtex frontal apenas começa a mielinizar durante a adolescência, ficando completo somente na vida adulta. Logo, durante essa fase, o adolescente possui o pensamento crítico e autocontrole em formação. Contudo, aos doze ou treze anos de idade, as áreas relacionadas a sensação do prazer como o núcleo accumbens e área tegmentar ventral estão bem desenvolvidas. O incompleto desenvolvimento do córtex frontal faz com que o adolescente não entenda tão bem as consequências negativas de seus atos, no entanto, o completo desenvolvimento das áreas relacionadas a sensação do prazer faz com que eles entendam bem quando se trata de recompensas<sup>30</sup>.

Nesse seguimento, para Romer<sup>31</sup>, as descobertas mais importantes referem-se à maturação prolongada do córtex pré-frontal (PFC) e das regiões parietais. Tudo indica que por volta dos onze anos, o PFC e os lobos parietais começam um período de poda prolongada de axônios neuronais, resultando em afinamento da substância cinzenta cortical, assim sendo, simultaneamente acontece um aumento na mielinização neuronal. A poda prolongada do PFC representa um crescente controle sobre o comportamento, cuja ausência está associada à impulsividade e à tomada de decisão deficiente. Parece que, no período da adolescência, o PFC ainda não amadureceu suficientemente para avaliar os riscos e controlar a tomada de decisão para evitar resultados nocivos.

Com base em padrões de desenvolvimento e comportamento do cérebro, Romer<sup>32</sup> expõe dois processos de maturação cerebral que predisõem o adolescente a assumir riscos e ser impulsivo. O primeiro é uma forma pré-existente de impulsividade que é evidente nos primeiros anos de vida (pelo menos aos três anos) e persiste na adolescência. Há evidências que os jovens que se envolvem em riscos precoces, como uso de drogas e agressividade, exibem níveis mais altos de comportamento impulsivo desde os três anos de idade. Já o segundo processo, é promovido pelo estriado ventral (por exemplo, o *nucleus accumbens*), corresponde à predisposição do adolescente em assumir riscos e a impulsividade está associado ao aumento na busca de sensações. O autor também aponta que, a procura de novas e intensas

---

<sup>30</sup> Diminuição da maioria penal: Um apanhado geral sobre o que a neurociências tem a dizer sobre isso, 2019.

<sup>31</sup> ROMER, 2009, p. 263.

<sup>32</sup> ROMER, 2009, p. 267-268.

sensações e a busca por recompensas, que parece caracterizar a maioria dos jovens durante o período da adolescência, está relacionada diretamente a um aumento na liberação de dopamina no estriado ventral<sup>33</sup>. Ao decorrer da adolescência, no processo de maturação cerebral, o núcleo acumbente também perde parte dos seus receptores de dopamina. Essa perda diminui a sensação de prazer ao executar “atividades simples” e isso dificulta que o adolescente se sinta satisfeito com o que o deixava feliz quando ele era criança. Devido a esta situação, consequentemente o adolescente tende a buscar por novas experiências, por coisas excitantes, que são um grande estímulo para a liberação de dopamina. Porém, a busca por novidade agregado pela busca de prazer podem gerar comportamentos bastante inconstantes e potencialmente perigosos<sup>34</sup>. Os adolescentes, por razões de desenvolvimento, podem diferir dos adultos quanto às consequências percebidas no processo de fazer escolhas. Os adolescentes podem pesar nos custos e benefícios de maneira diferente, ou ver como um benefício o que os adultos considerariam como custo<sup>35</sup>.

Para Sunstein<sup>36</sup>, a predisposição em se arriscar por parte dos adolescentes é provavelmente biologicamente orientada e até certo ponto inevitável. O problema é que o sistema límbico (mecanismos de reforço e recompensa) está se desenvolvendo rapidamente, enquanto o sistema de controle não está progredindo na mesma velocidade. Os adolescentes geralmente estão cientes sobre riscos relevantes, eles agem imprudente-

---

<sup>33</sup> Romer explica que, esse fenômeno não está presente apenas nos seres humanos mas também encontra-se presentes em todos os animais mamíferos. O aumento na liberação de dopamina no estriado ventral em mamíferos que parece encorajar o animal adolescente a deixar a família e se aventurar com seu bando, com o intuito de explorar novos territórios e selecionar parceiros. O autor, analisando pesquisas sobre o desenvolvimento psíquico biológico, relata um aumento na busca de sensações em amostras nacionais de jovens de 14 a 22 anos. De maneira geral, a busca de sensações é maior nos machos que nas fêmeas, sendo que, os machos exibem um período prolongado de mudança nessa característica. Enquanto a juventude feminina atinge o pico por volta dos 16 anos, os jovens do sexo masculino não atingem seu pico até os 19 anos. Esse aumento na procura de sensações é uma manifestação da ativação dopaminérgica do *nucleu accumbens*, um processo que atinge o pico durante a adolescência. ROMER, 2009, p. 267-268.

<sup>34</sup> Diminuição da maioridade penal: Um apanhado geral sobre o que a neurociências tem a dizer sobre isso, 2019.

<sup>35</sup> SCOTT e THOMAS, 1997, p. 165.

<sup>36</sup> SUNSTEIN, 2007, p. 03-05.

mente não porque são mal informados, mas sim porque o seu sistema dopaminérgico está se desenvolvendo mais rapidamente do que o seu sistema cognitivo. Segundo o autor, à medida que as pessoas envelhecem a predisposição em assumir risco e a busca por sensações diminuem, isso porque as alterações no sistema dopaminérgico podem levar a uma maior cautela. Outra razão seria que a cognição de nível superior, incluindo os córtices de associação pré-frontal e parietal já estão desenvolvidos. Quando os adolescentes se tornam jovens adultos o sistema de controle cognitivo amadurece, conexões dentro do cérebro aumentam a coordenação entre a cognição e isso reduz a busca por recompensa<sup>37</sup>.

Pesquisas sobre o sistema neural triádico<sup>38</sup> têm fornecido prognósticos para os padrões comportamentais. Ernest et al.<sup>39</sup>, apresentam um modelo triádico de tomada de decisão de um adolescente. O referido modelo é baseado na suposição de que o comportamento motivado resulta do engajamento equilibrado de três sistemas comportamentais/neurais, sendo: (1) abordagem (orientada por recompensa); (2) evitação (dano-evitativo); e (3) regulamentar. Os autores definiram três estruturas-chave no controle do comportamento motivado, que são: a amígdala cerebral, o núcleo accumbens (circuitos estriados ventrais) e o córtex pré-frontal medial/ventral. Segundo eles, as amígdalas são descritas como “freio comportamental” (sistema comportamental de evitação); os circuitos estriados ventrais, particularmente o núcleo accumbens, suportam processos de recompensa e comportamento de abordagem (sistema comportamental de aproximação); o córtex pré-frontal medial/ventral

<sup>37</sup> Nessa lógica, acentua-se que, enquanto a tomada de decisão sob risco ou incerteza tem sido associada à atividade no córtex orbitofrontal, córtex pré-frontal medial, caudado e córtex cingulado anterior. O córtex pré-frontal ventral também desempenha um papel central na busca por recompensa. Além disso, sabe-se que a tomada de decisão baseada em recompensa envolve o sistema límbico, incluindo regiões como amígdala, córtex ínsula e gânglios da base. TALUKDAR et al., 2018, p.2664-2664.

<sup>38</sup> Em estudos realizados examinando o mapeamento do sistema neural triádico, constataram mudanças no desenvolvimento neural no período de transição da adolescência para a idade adulta, mostrando que o desenvolvimento neural resulta da confluência de mudanças maturacionais que são quantitativa e qualitativamente heterogêneas entre regiões do cérebro, sistemas neuroquímicos e moleculares. Essa heterogeneidade do desenvolvimento neural é traduzida em padrões comportamentais típicos de adolescentes, incluindo a tomada de decisão, ponderação dos riscos, a busca de novidades, a intensidade das emoções e a influência social do grupo (pares). ERNEST et al., 2009, p. 182-189.

<sup>39</sup> ERNEST et al., 2005.

pode ser entendido como o controle cognitivo, ou seja, proporciona um controle de comportamentos de supervisão ou modulação entre o sistema comportamental de evitação e o sistema comportamental de aproximação. Ernest et al. apresentam uma figura comparativa entre o modelo tríadico do comportamento motivado dos adolescentes em face do modelo tríadico do comportamento motivado dos adultos. Nessa imagem, é possível observar que nos adolescentes o equilíbrio entre o comportamento dirigido pela recompensa e o dirigido à evitação de danos é inclinado para a recompensa, já nos adultos isso não acontece. Enquanto a balança entre a recompensa e o freio comportamental é inclinada nos adolescentes, nos adultos é retilínea. Ernest et al. alegam que, esse padrão pode ser o resultado de um sistema relacionado a recompensas mais forte, sistema de prevenção de danos mais fraco e/ou controles regulatórios deficientes.

À vista disso, é necessário analisar cautelosamente em que medida a imaturidade do adolescente, devido ao desenvolvimento cerebral incompleto, é capaz de refletir na culpabilidade por suas condutas típicas. O questionamento é se os adolescentes podem ser considerados penalmente imputáveis como os adultos, dado que, a área do cérebro que determina o processo de tomada de decisões ainda está incompleta. Desse modo, Mayers<sup>40</sup>, expõe que os lobos frontais de um adolescente continuarão a amadurecer até aproximadamente vinte e cinco anos de idade. Desse modo, pode-se afirmar que um indivíduo só se torna um adulto após passar pelo processo de maturação cerebral.

Os psicólogos Scott e Steinberg, especialistas em desenvolvimento psicológico de criança e de adolescente, salientam que os estudos emergentes sobre desenvolvimento cognitivo, psicossocial e neurobiológico na adolescência chegaram à conclusão que o adolescente não deve ser mantido nos mesmos padrões de responsabilidade criminal que um adulto, pois a imaturidade no desenvolvimento dos jovens atenua sua culpabilidade criminal e, portanto, deve moderar a severidade de sua punição<sup>41</sup>. Para eles, os adolescentes não possuem a mesma capacidade cognitiva que os adultos, pois as diferenças de idade são relevantes em termos de capacidade cognitiva.

O julgamento e as escolhas das decisões podem ser diferentes dos adultos devido à imaturidade da capacidade cognitiva e psicossocial dos

---

<sup>40</sup> MAYERS, 2015, p. 151.

<sup>41</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p. 1009.

adolescentes. Sobre isso, Scott e Steinberg expõem fatores do desenvolvimento que podem influenciar a tomada de decisão de maneira a distinguir adolescentes de adultos:

Entre os fatores psicossociais que são mais relevantes para entender as diferenças de julgamento e tomada de decisão estão (a) suscetibilidade à influência dos pares – influência dos colegas, (b) atitudes e percepção de risco, (c) orientação futura e (d) capacidade de autogerenciamento. Enquanto as capacidades cognitivas moldam o processo de tomada de decisão, a imaturidade psicossocial pode afetar os resultados da tomada de decisão, porque esses fatores psicossociais influenciam os valores e preferências do adolescente de maneira que impulsionam o cálculo de custo-benefício na tomada de decisões. Em outras palavras, na medida em que os adolescentes são menos maduros psicossocialmente do que os adultos, eles provavelmente são deficientes em sua capacidade de tomar decisões, mesmo que seus processos cognitivos estejam maduros (nossa tradução)<sup>42</sup>.

Esses fatores que podem afetar o entendimento e o raciocínio. Os autores compreendem que os adolescentes são mais suscetíveis à influência dos outros do que os adultos e essa influência é capaz de afetar no julgamento e na tomada de decisão. Em algumas circunstâncias, para conseguir aprovação social e para evitar uma possível rejeição, eles fazem escolhas e realizam ações em resposta à pressão direta dos colegas (pares). Às vezes, renunciam suas próprias convicções para agradar o grupo. Em relação a atitudes e percepção de riscos, os adolescentes tendem a desconsiderar o futuro mais do que os adultos e a ponderar consequências mais pesadas para decisões de curto prazo. Isso porque, devido às limitações cognitivas, os adolescentes podem ser menos capazes do que os adultos de pensar em eventos que ainda não ocorreram e até mesmo por apresentarem experiências de vida mais limitadas. Além disso, os autores argumentam que, na visão dos adolescentes, uma consequência

---

<sup>42</sup> No original: “Among the psychosocial factors that are most relevant to understanding differences in judgment and decision making are (a) susceptibility to peer influence, (b) attitudes toward and perception of risk, (c) future orientation, and (d) the capacity for selfmanagement. Whereas cognitive capacities shape the process of decision making, psychosocial immaturity can affect decision-making outcomes, because these psychosocial factors influence adolescent values and preferences in ways that drive the cost-benefit calculus in the making of choices. In other words, to the extent that adolescents are less psychosocially mature than adults, they are likely to be deficient in their decision-making capacity, even if their cognitive processes are mature” STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1012.

que duraria cinco anos no futuro parecer ser muito remota em relação à quantidade de tempo que eles já viveram, porque, eles podem atribuir mais importância às consequências de curto prazo, pois parecem mais importantes para suas vidas. Quando adultos e adolescentes são colocados perante situações arriscadas, os adultos são capazes de calcular mais riscos potenciais do que os adolescentes. Os autores citam também estudos experimentais, com adultos e adolescentes, envolvendo jogos de azar e demonstraram que adolescentes são mais motivadas por recompensas e menos pelos riscos<sup>43</sup>.

De acordo com os autores, há várias explicações para essas diferenças de idade. Primeiro, a aversão ao risco relativamente mais fraca dos jovens pode estar relacionada à sua perspectiva de tempo mais limitada. Segundo, os adolescentes podem ter valores e objetivos diferentes dos adultos, levando-os a calcular riscos e recompensas de modo diferenciado (por exemplo, a realização de alguma atividade que envolva risco de vida pode ser visto como uma recompensa para os adolescentes, mas um perigo para um adulto). Isto é, em prol de uma gratificação imediata, eles preferem assumir os riscos não se preocupando com as consequências futuras<sup>44</sup>.

As pessoas geralmente tomam decisões mais arriscadas em grupos do que sozinhas e como os adolescentes passam mais tempo em grupos do que os adultos, os adolescentes são relativamente mais propensos à influência de seus colegas. Eles também têm mudanças de humor mais rápidas e mais extremas do que os adultos, o que pode levá-los agir de forma mais impulsiva<sup>45</sup>.

Steinberg<sup>46</sup> diz que a capacidade de percepção dos riscos é o produto tanto do raciocínio lógico quanto dos fatores psicossociais. A habilidade de raciocínio lógico parece estar desenvolvida por volta dos quinze anos, no entanto, a capacidade psicossocial responsável pela tomada de decisão e ponderação dos riscos (como controle de impulsos, regulação de emoções, atraso de gratificação e resistência à influência dos pares) continua a amadurecer até a idade adulta.

Eventualmente, características do período da adolescência podem contribuir para comportamentos criminosos, como por exemplo, o processo de formação da identidade que envolve exploração e experi-

<sup>43</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1012–1013.

<sup>44</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1012–1013.

<sup>45</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1012.

<sup>46</sup> STEINBERG, 2007, p. 56 – 58.

mentação (os adolescentes têm um intenso desejo em experimentar o desconhecido). Conforme argumenta Steinberg e Scott<sup>47</sup>, na maioria das vezes, essa experimentação envolve atividades arriscadas, ilegais ou perigosas, como uso de álcool, uso de drogas<sup>48</sup>, sexo inseguro e comportamento antissocial. Entretanto, é válido destacar que, para a maioria dos adolescentes, esses comportamentos são passageiros, cessando com a maturidade à medida que a identidade individual se estabelece<sup>49</sup>. Assim sendo, somente uma pequena porcentagem de adolescentes que experimentam atividades de risco ou ilegais desenvolvem padrões de comportamento problemático que persistem até a idade adulta<sup>50</sup>.

É importante frisar que os adolescentes são capazes de compreender as consequências prejudiciais de sua escolha, que possuem discernimento entre o certo e o errado. Contudo, como o adolescente não possui um caráter formado, os fatores de desenvolvimento que impulsionam a tomada de decisão podem contribuir para julgamentos imaturos<sup>51</sup>.

À vista de tudo isso disso, há fortes indicativos para crer que os adolescentes, ao serem comparados com os adultos, são mais influenciados pelos outros, menos preocupado com consequências futuras, menos capazes de calcular riscos e menos aptos para controlar seus impulsos. Consequentemente, são atraídos por recompensas imediatas juntamente com a aprovação dos colegas. Possuem menor capacidade cognitiva para

---

<sup>47</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1015.

<sup>48</sup> As tendências dos adolescentes de experimentar substâncias intoxicantes, geralmente em grupos, é um exemplos paradigmático de busca de sensações e tomada de riscos. Em parte, isso pode ser atribuído à vulnerabilidade do cérebro do adolescente. BONNIE e SCOTT, 2013, p. 159.

<sup>49</sup> De acordo com Scott e Thomas, evidências substanciais indicam que muitos adolescentes se envolvem em atividades criminosas na adolescência e desistem quando chegam à idade adulta. Para a maioria dos adolescentes infratores, a desistência de comportamentos ilícitos também parece ser um componente previsível do processo de amadurecimento. A desistência do comportamento ilícito no final da adolescência pode ser fundamentada no advento da maturidade biológica e da maturidade social. SCOTT e THOMAS, 1997, p. 154-155.

<sup>50</sup> Estudos sobre a mudança da estrutura e função do cérebro ao longo da adolescência reforçam argumentos baseados em pesquisas comportamentais de que a maioria dos atos infracionais praticados por adolescentes são produtos das fases do desenvolvimento cerebral e, portanto, os adolescentes “amadurecerão” de suas tendências criminais. BONNIE e SCOTT, 2013, p. 160.

<sup>51</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1016.

tomar decisão devido às diferenças psicossociais que provavelmente estão relacionadas ao desenvolvimento biológico.

#### **4. Responsabilidade diminuída devido à imaturidade biopsicológica**

A psicologia do desenvolvimento moderna, juntamente com os estudos das neurociências, fornecem evidências de que as escolhas dos adolescentes sobre o envolvimento no crime são reflexos de uma imaturidade cognitiva e psicossocial<sup>52</sup>. Há indícios para concluir que os adolescentes não podem receber as mesmas medidas de culpabilidade que os adultos comuns por causa da diminuição da capacidade de tomada de decisão, uma vez que, a imaturidade psicossocial dos adolescentes contribui para sua inimputabilidade. Ao comprovar que alguém só se torna adulto após a finalização dos processos de maturação cerebral, pode-se dizer que os argumentos neurocientíficos, apresentados ao longo do texto, encontram-se em consonância com os critérios de culpabilidade empregados no dia de hoje, ou seja, a não imputabilidade penal do adolescente. Dessa forma, é plausível defender que a idade de dezoito anos é mais condizente para se estabelecer a maioridade penal.

Nesse aspecto, Scott e Thomas<sup>53</sup>, argumenta que por causa da inexperiência e do julgamento imaturo, os adolescentes cometerão muitos erros durante esse período, por isso, a adolescência pode ser utilmente conceituada como um período probatório, em que jovens tomadores de decisão aprendem a fazer escolhas responsáveis, sem suportar os custos totais de seus erros. Ou seja, não merecendo a mesma punição que um adulto completamente maduro.

Manter a distinção punitiva entre adolescentes infratores e adultos delinquentes não significa que todos jovens são menos maduros em vista dos adultos no que se refere à capacidade de tomar decisões, ou que todos os jovens são malformados em seu desenvolvimento de identidade. Fato é, uma punição igual para todos só seria justa se fosse possível comprovar com exatidão o nível de maturidade de uma pessoa. Todavia, ainda não há ferramentas diagnósticas para avaliar a imaturidade psicossocial de maneira individualizada. Sobre as ferramentas capazes de

---

<sup>52</sup> SCOTT e THOMAS, 1997, p. 138.

<sup>53</sup> SCOTT e THOMAS, 1997, p. 175.

diagnosticar a imaturidade psicossocial de um adolescente, Steinberg e Scott explica que:

Pesquisas em andamento sobre as relações entre a maturação cerebral e desenvolvimento psicológico na adolescência começou a lançar luz sobre porque os adolescentes não são tão planejados, pensativo, ou possuem um autocontrole como adultos, e, mais importante, esclarece que essas “deficiências” podem ser fisiológicas bem como psicológico na natureza. No entanto, nós estamos muito longe da compreensão científica abrangente nesta área e descobertas de pesquisa são improváveis de ser suficientemente precisas para traçar um limite de idade cronológica entre aqueles que têm capacidade de decisão adulta e aqueles que não têm. Algumas das habilidades relevantes (por exemplo, raciocínio lógico) podem atingir níveis adultos no meio da adolescência, enquanto outros (por exemplo, a capacidade de resistir influência dos pares ou pensar nas consequências futuras das ações de uma pessoa) pode não se tornar completamente madura até a adolescência” (nossas traduções)<sup>54</sup>.

Nota-se que existe uma enorme complexidade em estimar com exatidão a maturidade de um indivíduo, pelo motivo de, não existem instrumentos diagnósticos para avaliar a imaturidade psicossocial de uma pessoa de maneira precisa, na medida em que, não há um modo de pontuar uma idade que seria o limite entre aqueles que possuem uma capacidade de decisão adulta daqueles que ainda são imaturos. Não existe uma idade cientificamente comprovada que determine ter o indivíduo atingido a maturidade necessária para considerá-lo imputável, assim, o que se pode constatar é que a menoridade é muito mais uma escolha sócio-política do que psicológica<sup>55</sup>. O conhecimento atual

<sup>54</sup> No original: “*Ongoing research on the links between brain maturation and psychological development in adolescence has begun to shed light on why adolescents are not as planful, thoughtful, or self-controlled as adults, and, more importantly, it clarifies that these “deficiencies” may be physiological as well as psychological in nature. Nevertheless, we are a long way from comprehensive scientific understanding in this area, and research findings are unlikely to ever be sufficiently precise to draw a chronological age boundary between those who have adult decision-making capacity and those who do not. Some of the relevant abilities (e.g., logical reasoning) may reach adultlike levels in middle adolescence, whereas others (e.g., the ability to resist peer influence or think through the future consequences of one’s actions) may not become fully mature until young adulthood*” STEINBERG e SCOTT, 2003, p. 1016.

<sup>55</sup> JAPIASSÚ e COSTA, 2015, p. 912-913.

não fornece uma base científica para avaliar a “maturidade” dos adolescentes individualmente para fins legais<sup>56</sup>. Através das comprovações das neurociências, por intermédio de estudos de neuroimagem nos quais indicam que várias regiões e redes cerebrais estão associadas a partes específicas da tomada de decisão, a única coisa que se pode concluir com exatidão é que os adolescentes não possuem a mesma capacidade de decisão que dos adultos, pois ainda não possuem o cérebro completamente desenvolvido.

Na medida em que os jovens não são imputáveis como os adultos, pergunta-se qual seria a melhor maneira para punir adolescentes infratores. Steinberg e Scott<sup>57</sup>, acreditam que esses adolescentes devem ser mantidos em locais separados dos adultos delinquentes e serem tratados em um sistema de justiça separado, no qual a reabilitação, com componentes educacionais, de saúde mental e de serviço social, seja o principal objetivo. Nesse aspecto, Bitencourt enfatiza que:

[...] é indispensável que se afaste qualquer possibilidade de referidos menores virem a cumprir a sanção penal juntamente com os delinquentes adultos. Em segundo lugar, faz-se necessário que as sanções penais sejam executadas em estabelecimentos especiais, onde o tratamento ressocializador, efetivamente individualizado, fique sob a responsabilidade de técnicos especializados, repetindo, de assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e terapeutas, para que se possa realmente propiciar ao menor infrator sua educação, além de prepará-lo para o mercado de trabalho<sup>58</sup>.

Entretanto, não se pode negar a grande complexidade no processo de reabilitação e a falibilidade que as medidas socioeducativas têm apresentado. Por isso, Scott e Thomas<sup>59</sup>, destaca que, se os esforços de implementação de políticas reabilitativas não forem bem sucedidas, em algum momento, os interesses da sociedade serão dominantes na determinação de uma resposta legal.

O presente trabalho não tem a pretensão de discutir qual seria a maneira mais eficaz de responsabilização jurídica em face dos atos in-

---

<sup>56</sup> BONNIE e SCOTT, 2013, p. 158.

<sup>57</sup> STEINBERG e SCOTT, 2003, p.1016.

<sup>58</sup> BITENCOURT, 2012.

<sup>59</sup> SCOTT e THOMAS, 1997, p. 186.

fracionais cometidos por adolescentes. Não se quer defender o modelo de reabilitação (com foco no tratamento) nem o modelo de justiça criminal (com o foco na punição) como meios mais eficazes de sanção. Acredita-se que por mais que as medias de socioeducativas são falhas, ainda é o meio mais aconselhável de puni-los.

## **5. Considerações finais**

Em tempos de desespero social, descrença no sistema penal e populismo penal, tem-se discutido muito sobre a redução da idade de imputação. Provavelmente, o principal argumento empregado nos debates políticos sobre a conveniência da redução da maioridade penal seja aquele que pressupõe uma suposta maturidade dos adolescentes da atualidade, o que fundamentaria a sua responsabilização criminal como adulto. Nesse cenário, é fundamental averiguar se as contribuições dos estudos das neurociências e da psicologia cognitiva podem enriquecer tal debate.

Pesquisas neurocientíficas, associados a estudos da psicologia cognitiva, comprovam que os adolescentes não possuem a mesma capacidade de decisão que uma pessoa adulta com o cérebro completamente desenvolvido, conseqüentemente, não possuem desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender o caráter ilícito do fato e de se orientar de acordo com esse entendimento. Como os fatores psicossociais do desenvolvimento cerebral exercem influência direta na tomada de decisão na adolescência, sugere-se que os adolescentes infratores não sejam submetidos às mesmas medidas de responsabilização jurídica que os adultos.

A capacidade de autocontrole e de julgamento e das escolhas das decisões dos adolescentes é diferente dos adultos devido à imaturidade da capacidade cognitiva e psicossocial. Eles são mais vulneráveis à influência dos pares do que os adultos, do mesmo modo que, tendem a não ponderar as futuras conseqüências de suas ações. Na percepção deles, uma conseqüência que duraria muito tempo parece ser muito remota em relação à quantidade de tempo que eles já viveram. Ademais, eles são mais motivados por recompensas. Os adolescentes susceptíveis a novas experiências e a atividades arriscadas, incluindo atividades criminosas.

As PECs que visam reduzir a maioridade penal não trazem em suas justificativas um conteúdo preciso a respeito dos processos de amadurecimento cerebral do adolescente, particularmente em relação às funções

cognitivas no processo de julgamento e da tomada de decisão, algo que. A PEC nº 115 de 2015 (no qual estão apensadas as PEC nº 74/2011, PEC nº 33/2012 e PEC nº 21/2013), quando sugeriu a redução da maioria penal, propôs uma análise das condições psicológicas do menor infrator através de laudos técnicos (que define se o sujeito era capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado e se orientar conforme esse entendimento), entretanto, a veracidade e a precisão desses laudos é bastante questionável no que se refere à metodologia utilizada. O laudo técnico é considerado um elemento de convicção produzido de forma unilateral.

Ainda não existem ferramentas diagnósticas para avaliar a imaturidade psicossocial de uma pessoa de maneira precisa, ou seja, não há um modo de pontuar uma idade que seria o limite entre aqueles que possuem uma capacidade de decisão adulta e aqueles que ainda são imaturos. Dessa forma, é impossível definir, com exatidão, uma idade cronológica que marca a separação entre a imaturidade e a maturidade.

Este artigo procurou traçar uma relação entre imaturidade e culpabilidade, indicando que os adolescentes não possuem a mesma capacidade de decisão que uma pessoa adulta com o cérebro completamente desenvolvido, logo, não podem receber o mesmo julgamento e tratamento que os adultos infratores, mantendo a distinção entre o sistema punitivo dos adultos e os sistema de justiça infanto-juvenil.

## Referências

ALKIMIM, Maria Aparecida; KOEHLER, Sonia Maria Ferreira. Aspectos jurídicos, sociais e psicológicos da redução da maioria penal: apontamentos acerca do caráter simbólico da criminalização e do desenvolvimento biopsicossocial do adolescente. *Revista Jurídica Direito & Paz*. São Paulo, Lorena, n. 39, 2018, p. 237-263. Disponível em: <<http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1055>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Adolescência: Uma fase de oportunidades. *Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)*. Fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://pdfc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/crianca-e-adolescente/situacao-mundial-da-infancia-2011>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BONNIE, Richard J.; SCOTT, Elizabeth S. The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law. *Current Directions in Psychological Science*. Vol 22, 2. ed., 2013, p. 158-161. Disponível em:<<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0963721412471678>>. Acesso em 13 mai. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados. *OPINIÃO PÚBLICA*, Campinas, vol. 15, nº 2, nov. 2009, p.478-509. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010462762009000200008&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010462762009000200008&script=sci_arttext&tlng=pt)>. Acesso em 11 mai. 2020.

Diminuição da maioria penal: Um apanhado geral sobre o que a neurociências tem a dizer sobre isso. *Brain Support*. 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.brainlatam.com/blog/diminuicao-da-maioridade-penal-um-apanhado-geral-sobre-o-que-a-neurociencias-tem-a-dizer-sobre-isso-511>>. Acesso em 12 mai. 2020.

ERNEST, Monique; PINE, Daniel S.; HARDIN, Michael. Triadic model of the neurobiology of motivated behavior in adolescence. *Psychological Medicine*. Cambridge University Press, vol. 35, 2005, p. 1-14.

ERNEST, Monique; KORELITZ, Katherine E.; M.D.; Ph.D.; B.S. Maturation cérébrale à l'adolescence :vulnérabilité comportementale. Cerebral maturation in adolescence: behavioral vulnerability. *L'Encéphale*. Paris, Suplemento 6, 2009, p.182-189. Disponível em: <[www.sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com)>. Acesso em: 25 jan. 2020.

HOUZEL, Suzana Herculano. *O Cérebro em Transformação*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; COSTA, Rodrigo de Souza. A discussão em torno da redução da maioria penal: um debate entre políticas públicas, simbolismos e neurociência. Direito da Cidade. *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 7, nº 2, 2015. p. 902-921. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/16989>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

ROMER, Daniel. Adolescent Risk Taking, Impulsivity, and Brain Development: Implications for Prevention. *Developmental Psychobiology*. Philadelphia, 2009, p. 264-276.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCOTT, Elizabeth S.; Grisso, THOMAS. The evolution of adolescence: a developmental perspective on juvenile justice reform. *THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY*. Vol. 88, n° 1. 1997. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/46484955\\_The\\_Evolution\\_of\\_Adolescence\\_A\\_Developmental\\_Perspective\\_on\\_Juvenile\\_Justice\\_Reform](https://www.researchgate.net/publication/46484955_The_Evolution_of_Adolescence_A_Developmental_Perspective_on_Juvenile_Justice_Reform)>. Acesso em 18 mai. 2020.

SENADO. *Proposta de Emenda à Constituição n° 21 de 2013*. Altera o art. 228 da Constituição Federal com vistas à diminuição da maioria penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112420>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

SENADO. *Proposta de Emenda à Constituição n° 33 de 2012*. Dispõe sobre a alteração da redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da imputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

SENADO, *Proposta de Emenda à Constituição n° 115 de 2015*. Dispõe sobre a alteração da redação do art. 228 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

STEINBERG, L. Risk taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science. *Current Directions in Psychological Science*, 16(2), 2007, p. 55-59.

STEINBERG, L; SCOTT, E. S. Less guilty by reason of adolescence: developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty. *Am. Psychol.* 58, p.1009-1018, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Adolescent Risk Taking and Social Meaning: A commentary. *Developmental Review Chicago*. Vol. 28, 1.ed, 2008, p. 145-152. Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0273229707000548> >. Acesso em: 22 jan. 2020.

TALUKDAR, Tanveer; ROMÁN, Francisco J.; OPERSKALSKI, Joachim T.; ZWILLING, Christopher E.; BARBEY, Aron K. Individual differences in decision making competence revealed by multivariate fMRI. *Human Brain mapping*. Vol. 39, 6 ed. 2018. P. 2664-2672. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hbm.24032>>. Acesso em 16 mai. 2020.

VIANNA, Túlio Lima. *Conferência: Construtos psicológicos e tipo. III Congresso de Ciências Penais (palestra)*. Instituto de Ciências Penais, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), YouTube, 8 de maio de 2014. Disponível

em: <<https://www.youtube.com/watch?v=REpVaQ2LFzE&t=947s>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

VIANNA, Túlio Lima. Um outro direito. Fórum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2, tomo 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

# A PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE

*THE PENALTY ACCORDING TO CULPABILITY*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p115-138

Tatiana de Oliveira Stoco

*Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).*

**Recebido em:** 28/02/2020

**Aprovado em:** 21/04/2020

**Última versão do autor em:** 22/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O artigo aborda os principais problemas relacionados à determinação da medida da pena e enfatiza a importância do conceito de culpabilidade contido no artigo 59, do Código Penal.

**Palavras-chave:** Direito penal. Determinação judicial da pena. Culpabilidade.

**Abstract:** *The article addresses the main problems related to the establishment of penalties and emphasizes the importance of the concept of culpability contained in article 59 of the Brazilian penal code.*

**Keywords:** *Criminal law. Penalty sentencing. Culpability.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os critérios de determinação da pena base: a insistência na subjetividade do agente. 3. Prevenção e repressão: duas finalidades antagônicas a serem perseguidas pelo juiz. 4. O conceito de culpabilidade para a medida da pena. 4.1. O entendimento dominante sobre a culpabilidade para a medida da pena. 4.2. Culpabilidade para a medida da pena como conceito amplo. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Um sistema jurídico-penal deve ocupar-se não apenas com os requisitos de punibilidade de fatos típicos mas, de forma séria e com-

prometida, também com os critérios de determinação das respectivas sanções aplicáveis. Por isso, não basta que doutrina e jurisprudência se dediquem a aprimorar o estudo e interpretação das categorias da teoria do delito, sem que igual esforço seja igualmente dedicado à teoria de aplicação da pena. A evolução científica da teoria de determinação da pena é fundamental para que seja possível, no caso concreto, o estabelecimento de uma *pena justa*, assim entendida como aquela pena que encontra *suficiente e legítima justificação* perante aquele que é condenado.

No Brasil, contudo, o campo da aplicação da pena é especialmente negligenciado por uma doutrina que pouco evoluiu desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, no que é acompanhada por uma jurisprudência conservadora e, em muitos temas, nociva em termos de segurança jurídica. É possível afirmar que, se por um lado a ciência jurídico-penal brasileira vem avançando de forma significativa em temas como imputação objetiva, dolo, responsabilidade penal por omissão, dentre outros de enorme relevância, de outro lado, pouca atenção vem sendo dedicada ao tema da determinação judicial da pena.

Este estado de coisas agrava-se se observamos que nossa legislação, nessa matéria, igualmente pouco evoluiu. Em aproximadamente 80 anos, o Código Penal modificou muito pouco os dispositivos legais que prescrevem os critérios de determinação da pena-base, mantendo vivo o mesmo espírito que vigia quando predominava entre os penalistas brasileiros as ideias da Escola Positivista italiana<sup>1</sup>. Mesmo com a importante mudança decorrente do abandono do conceito de periculosidade e a consagração da responsabilidade criminal ancorada na *culpabilidade pelo fato*<sup>2</sup>, não houve uma adequada modificação dos critérios de determinação da pena, de modo que aqueles critérios estritamente ligados à subjetividade do agente, indicativos de uma maior periculosidade (a personalidade, os antecedentes, os motivos e os antecedentes.) conti-

<sup>1</sup> Dentre outros, João Vieira Araújo, Clovis Bevilacqua, José Higino, Paulo Egídio, Raimundo Pontes de Miranda, Viveiros de Castro, Aurelino Leal, Cândido Mota, Moniz Sodré de Aragão, Evaristo de Moraes, José Tavares Bastos, Esmeraldino Bandeira, Lemos Brito e, especialmente, Anibal Bruno, publicaram artigos e livros defendendo os principais conceitos e ideais da Criminologia e da Escola Penal Positiva. Veja-se a respeito: ALVAREZ, Marcos Cesar. Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil, In: KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006. v. 40. p. 138.

<sup>2</sup> Cf. a respeito: REALE JUNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, 140 Esp, p.2-3, jul. 2004.

nuam tendo previsão em nosso Código Penal, inclusive com declarada prevalência sobre quaisquer outros critérios de natureza objetiva. Outra evidência neste sentido é a importância do critério da reincidência: é fator que sempre agrava a pena, na segunda fase da dosimetria, além de ser critério decisivo para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, mesmo quando se trate de pena fixada em patamar abaixo de quatro anos. Ocorre que a reincidência é fator que não possui outra natureza senão preventiva. Ela revela um indício de probabilidade da prática de novos delitos, portanto, um *juízo de periculosidade*<sup>3</sup>.

Em síntese, temos, de um lado, um Direito Penal da imputação de responsabilidade ancorado na *culpabilidade pelo fato*, e um Direito Penal da aplicação da pena ancorado na *periculosidade do agente*. Não fosse o bastante, conforme demonstrarei com mais detalhes a seguir, as disposições atuais do Código Penal prescrevem critérios de determinação da pena que distanciam o julgador do caso concreto, oferecem diretrizes antagônicas aos juízes e lhes atribuem tarefas impossíveis de serem cumpridas, dentro da realidade processual.

Ao apresentar este diagnóstico bastante pessimista, pretendo, ao contrário de desestimular o leitor a prosseguir no estudo deste tema, instigá-lo a percorrer, ao longo deste breve estudo, um caminho que possa levar ao encontro da *pena justa* ou, ao menos, dos meios adequados para encontrá-la. Para tanto, farei inicialmente uma análise mais detida dos fatores de determinação da pena-base previstos no Código Penal, buscando responder à pergunta sobre *se eles são suficientes para encontrar uma pena justa por determinado fato delitivo*.

## **2. Os critérios de determinação da pena base: a insistência na subjetividade do agente**

A prática de aplicação da pena tradicional ancora-se no consagrado sistema trifásico, estabelecido no artigo 68, do Código Penal (determinação da pena-base, aplicação de circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena). Para a determinação da pena-base, o sistema tradicional brasileiro trabalha com as chamadas *circunstâncias judiciais* previstas no art. 59 do Código Penal. Essas circunstâncias deveriam ser capazes de traduzir, em quantidade

<sup>3</sup> Em mais detalhes a respeito dos diversos fundamentos para a agravante da reincidência: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 158-171.

de pena, o “valor” do respectivo injusto culpável praticado pelo autor e, sobretudo, serem passíveis de apreensão lógica e valoração prática pelos magistrados, a partir dos dados do fato delitivo em julgamento.

Quando observamos quais são as circunstâncias judiciais que devem orientar o juiz na determinação da pena-base – que irá servir de ponto de partida para a incidência de agravantes, atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena – nos deparamos com um conjunto de fatores que são, em sua maioria, estranhos aos conceitos da teoria do delito.

Das oito circunstâncias judiciais elencadas no dispositivo, cinco são consideradas “critérios subjetivos” ou critérios pessoais, pois referem-se *ao autor do fato* (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos). Apenas três circunstâncias referem-se propriamente ao fato delitivo (circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima). Este quadro nos permite uma primeira constatação: *há uma predileção do legislador pelos aspectos subjetivos, ou seja, pelas características do autor.*

Essa predileção pela subjetividade é realmente um dado histórico no Direito Penal brasileiro e de outros tantos países. Historicamente, o mundo subjetivo do criminoso sempre foi uma grande preocupação da lei penal. A denominada Escola Criminológica Positivista Italiana exerceu uma forte influência sobre a dogmática jurídico-penal dos séculos XIX e XX e contribuiu significativamente para a incorporação de instrumentos da ciência médico-psiquiátrica no discurso punitivo, nas leis penais e no pensamento jurídico-penal. Isso revela-se, na história do Direito Penal, em institutos como a classificação de criminosos segundo o seu grau de perigosidade<sup>4</sup>, na previsão de penas indeterminadas<sup>5</sup>, na ideologia da pena como tratamento, nas medidas de segurança para réus imputáveis<sup>6</sup> e, especialmente, na ampla análise da personalidade do agente no momento de determinação da pena.

<sup>4</sup> No Brasil, teve previsão no Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, de 1913, no Projeto Alcantara Machado, de 1938 e no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria, de 1963, e foi apoiada, na doutrina, sobretudo por Theodolindo Castiglione. Cf. CASTIGLIONE, Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de código penal, de Nelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.133-152, jul./set.1963.

<sup>5</sup> Prevista na nossa legislação no Projeto de Código Penal de 1969 (Decreto Lei 1004/69), para réus imputáveis considerados criminosos habituais ou por tendência.

<sup>6</sup> Que esteve presente no nosso ordenamento na vigência do Código Penal de 1940 até a Reforma da Parte Geral, de 1984.

Uma breve observação da história da nossa legislação penal, permite-nos constatar que a análise da personalidade do agente e o juízo de periculosidade na determinação da pena estiveram presentes em boa parte dos antigos projetos de Código Penal brasileiros e o juízo de periculosidade do agente chegou a ter previsão também como critério para a medida da pena, e não apenas como pressuposto de aplicação das medidas de segurança<sup>7</sup>.

O projeto de Código Penal de Alcântara Machado, da década de 1930, previa em seu artigo 43 que a fixação da pena deveria levar em conta exclusivamente a personalidade do agente e as causas legais de aumento e diminuição. Já o Código Penal de 1969 previa também uma classificação de criminosos imputáveis, de acordo sua periculosidade, e a previsão de penas por tempo indeterminado para criminosos habituais ou por tendência. A Lei 6.416/77, que alterou o Código Penal de 1940, adotou o juízo de periculosidade como centro do sistema de penas, prevendo a realização de estudos de prognose criminal pelo juiz para sua aferição. O juiz deveria analisar precisamente os antecedentes, a personalidade, os motivos e observar se, na execução do crime, o agente revelou “*torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral*” para declarar a perigosidade do acusado, salvo quando fosse presumida por lei. Essa tendência encontrou ampla aceitação na doutrina nacional. Inúmeros penalistas importantes defenderam, no passado, a realização de exame pericial antes da sentença e a especialização dos juízes criminais para possibilitar a análise da personalidade do agente, antes da fixação da pena<sup>8</sup>.

Atualmente, embora boa parte da doutrina seja crítica à valoração da personalidade do agente para fins de aplicação da pena<sup>9</sup>, ainda há autores presos a essas antigas raízes da Escola Criminológica Positiva, defendendo uma ampla análise dos sentimentos e dos valores morais do réu no momento de fixar a pena<sup>10</sup>. Assim, quanto mais desprezíveis forem o sentimento e os

<sup>7</sup> Conforme dispôs a Lei nº 6.416/77, alterando o teor do art. 77, do Código Penal de 1940.

<sup>8</sup> Assim: ZAFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 710; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 314 e NORONHA, E. Magalhães. *A classificação de delinquentes no Novo Direito Penal*, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV, nº. 14, jul./set. 1966, p. 99.

<sup>9</sup> Por todos: DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54.

<sup>10</sup> Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

valores do acusado manifestados no fato, maior deverá ser a pena aplicada<sup>11</sup>. Esse entendimento ainda é defendido por um amplo setor da jurisprudência, que tem que operar, como visto, com critérios predominantemente subjetivos que, segundo o art. 67, do CP são circunstâncias preponderantes sobre quaisquer outras. Assim, mesmo com a evolução do pensamento jurídico-penal e as alterações legislativas, sobretudo a Reforma da Parte Geral do CP de 1984, esse discurso subjetivista não desapareceu completamente da ciência penal brasileira ou da prática judiciária.

As questões que se colocam diante deste cenário são: como é possível responder com a pena ao *mundo interior do agente*? Como é possível determinar a sanção, no caso concreto, a partir dos motivos do autor, sua personalidade, sua conduta social ou seu grau de culpabilidade – que, segundo a interpretação majoritária, é entendida como “a medida da reprovabilidade”?<sup>12</sup>. Essa predominância de critérios subjetivos ou pessoais também levanta outras questões, que são para mim as mais importantes: pode o Estado apenar mais um réu maldoso ou agressivo? Ou que praticou o crime por motivos moralmente desprezíveis? Por que e sob quais fundamentos?

De outro lado, verificamos que as três circunstâncias objetivas de determinação da pena elencadas pelo art. 59, se bem analisadas, parecem pouco dizer a respeito do conteúdo de injusto de um fato: nem sempre o comportamento da vítima será relevante para a determinação da pena em determinado caso, e nem tudo que é decisivo para a valoração do conteúdo de injusto de um delito pode ser traduzido sob as referências “circunstâncias” e “consequências do crime”.

Portanto, a própria redação do artigo 59 parece contribuir para um significativo grau de discricionariedade que pode levar a arbitrariedades, já que aquilo que é relevante para a análise a respeito da gravidade de um delito acaba soterrado por referências ao que é inerente à esfera subjetiva do agente, levando a um *inevitável afastamento do magistrado do fato concreto em julgamento*. Por fim, um outro problema de enorme relevância para a prática judiciária: não há qualquer orientação do Código Penal a respeito da forma de valoração de quaisquer das circunstâncias judiciais, sua forma de aferição ou a respeito de quanto de pena deve ser aplicado para cada uma das circunstâncias judiciais.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>12</sup> A respeito do conceito de culpabilidade tratarei em detalhes no item IV, *infra*.

Todas essas operações, no dia a dia da Justiça Criminal, são feitas livremente pelo juiz, que possui total discricionariedade para decidir o quanto de pena aplicará de acordo com o que ele entender estar presente na hipótese. Por exemplo: o juiz pode atribuir 2 anos a mais pela personalidade desviada, seja porque demonstrou insensibilidade com relação a suas vítimas ou porque foi especialmente cruel na execução do crime. Ou atribuir 1 ano a mais pela culpabilidade especialmente reprovável, pois o autor do crime era um funcionário que ocupava cargo relevante no Poder Público e tinha maior conhecimento da ilicitude do seu fato. Ou atribuir mais 6 meses de pena pelos motivos desprezíveis que foram identificados a partir da suposição de que visava a obtenção de lucro fácil. A quantidade de pena que o juiz atribui a cada um dos fatores e os elementos do fato sobre o quais ele se baseia para tanto são escolhidos livremente, caso a caso, sem qualquer critério de orientação.

Como se observa, os critérios de determinação da pena-base previstos no artigo 59 do Código Penal afastam o julgador da análise da maior ou menor gravidade do injusto culpável, além de não oferecerem diretrizes a respeito do que e quanto deve o magistrado valorar no caso concreto para fundamentar um aumento ou diminuição de pena, com base em determinada circunstância judicial.

E ao conferir predominância a elementos relacionados à subjetividade do agente, em especial, a personalidade, os motivos, antecedentes e conduta social, o Código Penal autoriza o magistrado a extrapolar os limites a que o próprio Direito Penal está adstrito. Afinal, se a tarefa do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos, fundamentar a imposição de penas em razões morais e em elementos que digam respeito à esfera íntima do cidadão significa ir além da mera atribuição de responsabilidade jurídico-penal. Em última instância, o sistema penal não deve sondar as profundezas ou sutilezas morais dos crimes nem os aspectos profundos da motivação de seus autores, nem a pena pode pretender abordar o aspecto moral ou psíquico do criminoso para melhorá-lo<sup>13</sup>: isso representa uma *intromissão na vida privada*, que não é questão do Estado<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Assim também: NOLL, Peter. Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, FRIEDRICH; NAUCKE, Wolfgang. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1966, p. 231: “Determinação da pena de acordo com a medida da culpabilidade significa, primeiramente, determinação da pena de acordo com a gravidade da lesão ao

Por essas razões, concluo que a maior parte dos critérios de fixação da pena-base previstos no artigo 59, do Código Penal mostram-se, à primeira vista, *insuficientes* para determinar uma pena que possa ser considerada *justa*.

### 3. Prevenção e repressão: duas finalidades antagônicas a serem perseguidas pelo juiz

Além desses problemas relacionados às circunstâncias judiciais, a redação do art. 59 nos coloca outro impasse. A análise das circunstâncias judiciais deverá levar a uma pena que seja considerada *necessária e suficiente à repressão e à prevenção de crimes*. A redação do Código Penal parece aceitar a possibilidade de conciliar finalidades da pena reconhecidamente antagônicas, adotando uma fórmula um tanto simplista<sup>15</sup>. Afinal, como é possível conciliar retribuição e prevenção na fixação da pena?

Enquanto uma pena retributiva ampara-se fundamentalmente na medida da culpabilidade e representa uma resposta proporcio-

---

bem jurídico, na medida em que o agente possa ser responsabilizado por isso. Somente aquelas tais características que eventualmente são referidas à proteção do bem jurídico devem aumentar a culpabilidade do autor e agravar a pena (...) Aqueles motivos oriundos da esfera do instinto, sejam eles de valor desfavorável ou não, porque agravam a motivação normal, no máximo devem ser referidos como atenuantes”. Tradução livre.

<sup>14</sup> Cf. DUFF, R.A. Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig? In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew, ALBRECHT, Hans-Jörg (Hrsg.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 42. Tradução livre. Assim também, HÖRNLE: “Independientemente de em que medida os motivos devem exercer um papel na moral, deve-se assegurar que no âmbito jurídico a eles não pode caber o aumento da culpabilidade”. HÖRNLE, Tatjana. Zur Relevanz von Beweggründen für die Bewertung von Tötungsdelikten am Beispiel sog. „Ehrenmorde“. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René. **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems**. *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 661. Tradução livre.

<sup>15</sup> A orientação nas finalidades da pena é apontada por parte da doutrina como a principal causa para o estado de subdesenvolvimento do direito de aplicação da pena em comparação com a maturidade científica que se constata na teoria do delito. Neste sentido: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik. In: FELIX, Herzog; PETER-ALEXIS, Albrecht (Hrsg.). **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**. Heidelberg: Müller, 2010, p. 626; *idem*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **In-Dret**, 1/2007, p. 3; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pp. 34-35.

nal e retrospectiva ao injusto culpável, penas determinadas para atingir finalidades preventivas podem desviar-se, para cima ou para baixo, da pena que seria adequada, de acordo com o princípio de culpabilidade<sup>16</sup>.

Uma pena orientada à prevenção geral negativa observa o destinatário da norma sob a perspectiva de uma relação de custo-benefício e se presta a demonstrar a outros potenciais criminosos que a criminalidade não compensa. Isso implica uma inversão da lógica da sanção: enquanto o princípio de culpabilidade orienta-se na culpabilidade do autor e no seu injusto, a prevenção geral negativa orienta-se essencialmente na *probabilidade de dissuasão*. Com isso, quanto maior for pressuposta a necessidade de dissuasão, maior a quantidade da pena<sup>17</sup>. A orientação na prevenção geral positiva, por sua vez, se presta à estabilização da confiança na norma e, nesta medida, não é mais reação ao delito, mas serve de *instrumento de prevenção contra novos crimes em terceiros*<sup>18</sup>. Já uma pena imposta exclusivamente sob considerações preventivo especiais, de outro lado, rompe com a relação de proporcionalidade entre culpabilidade e sanção, na medida em que depende da medida da perigosidade social do autor, sendo o injusto mero sintoma que justifica a imposição de medidas de neutralização<sup>19</sup>. De outro lado, a versão positiva de uma pena voltada à ressocialização viola a autonomia moral do indivíduo que é forçado coativamente pelo Estado a “melhorar” por meio da pena<sup>20</sup>. Vista assim, uma pena determinada sob bases preventivas pode ser considerada uma pena que *não respeita o limite dado pelo princípio da culpabilidade*<sup>21</sup>, na medida

<sup>16</sup> ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pp. 29-30.

<sup>17</sup> Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>18</sup> Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, p. 50.

<sup>19</sup> Cf. ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe...op. cit.*, p. 49-50.

<sup>20</sup> GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009, p. 436.

<sup>21</sup> FREUND, Georg. Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung. ***Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)***, 1999., p. 533; PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012., p. 133.

em que o autor é apenado já não propriamente por seu próprio fato, mas por *utilidades estatais*<sup>22</sup>.

Considerações de prevenção não seriam, portanto, fundamentos legítimos de seguimentos de pena que, dessa forma, seria considerada uma *pena injusta*<sup>23</sup>.

Ademais, a tarefa de perseguir finalidades preventivas no momento de determinar a quantidade de pena é realmente impossível, na medida em que não há dados fiáveis à disposição dos magistrados a respeito do quanto de pena será necessário para a retribuição da culpabilidade e quanto de pena será suficiente para a prevenção de novos delitos ou para a ressocialização daquele condenado incorrigível. Não há dados objetivos sobre os quais o magistrado pode apoiar-se para justificar, por exemplo, que mais 3 anos a mais de pena é o suficiente para evitar novos delitos na comunidade ou que 10 anos a mais é capaz de ressocializar o réu.

É por essas razões que, também neste aspecto, as disposições do Código Penal não permitem encontrar uma pena justa, entendida como uma pena que corresponda à culpabilidade do autor, ou seja, àquilo que ele podia conhecer e evitar no momento do fato.

Diante do que vimos até aqui, uma coisa é certa: *uma pena justa é uma pena que corresponde e seja resposta à culpabilidade do autor*. Contudo, se a maior parte dos critérios de determinação da pena e as diretrizes a respeito das finalidades a pena oferecidas pelo artigo 59, do Código Penal são insuficientes para tanto, como então devem orientar-se os juízes no momento de determinar a medida da pena?

## 4. O conceito de culpabilidade para a medida da pena

### 4.1. O entendimento dominante sobre a culpabilidade para a medida da pena

O critério da culpabilidade previsto no artigo 59, do Código Penal possui importância central para o processo de determinação judicial da pena, apesar da pouca importância que tradicionalmente doutrina e jurisprudência lhe atribuem. Foi com a Reforma da Parte

<sup>22</sup> GÜNTER, Hans-Ludwig. Systematische Grundlagen der Strafzumessung. *Juristenzeitung (JZ)* 22, 1989, p. 1027.

<sup>23</sup> FRISCH, Wolfgang. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 23.

Geral do Código Penal, em 1984, que o termo “culpabilidade” foi introduzido ao rol de circunstâncias judiciais, alterando o antigo artigo 42, do Código Penal que trazia como critérios de determinação da pena base os antecedentes e a personalidade do agente, a intensidade do dolo e da culpa, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime.

Desde a modificação legislativa, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que a culpabilidade referida no artigo 59 é aquela mesma culpabilidade da teoria do delito (juízo de censura ou de reprovabilidade), mas com capacidade de graduação. Ainda, seguindo a tradição sempre observada em matéria de determinação da pena, a doutrina dominante passou a interpretar o critério da culpabilidade a partir de elementos predominantemente subjetivos, dando ênfase a traços da personalidade do agente e outros fatores inerentes à subjetividade do agente. É neste sentido que uma parte da doutrina passou a defender que as circunstâncias subjetivas do artigo 59 do Código Penal são critérios que indicam o conteúdo *do elemento central culpabilidade*<sup>24</sup>. Tal interpretação corresponde a uma histórica referência à “censura pessoal” como uma censura ao “mundo interior” do agente<sup>25</sup>, que se consolidou com força na doutrina da culpabilidade<sup>26</sup> e foi defendida, especialmente, no início do

<sup>24</sup> Neste sentido *Reale Júnior*, um dos autores do projeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, para quem os critérios subjetivos elencados pelo artigo 59, do Código Penal, são especificações do “termo genérico” culpabilidade. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 406-407; REALE JÚNIOR, Miguel *et al.* *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 160. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 171; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Editora AJURIS, 2013, p. 69.

<sup>25</sup> HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 58.

<sup>26</sup> Refere-se que na evolução da doutrina da culpabilidade avançou-se para uma análise dos motivos da vontade da ação, ou seja, o motivo do autor para a prática do ilícito. A culpabilidade é então interpretada pelos defensores do conceito normativo não como vontade da ação – termo que exerce um papel importante na doutrina finalista – mas como *vontade ilícita*. Esta interpretação, que parece coincidir com a posição majoritária da doutrina brasileira, é coerente com uma abordagem que confere ênfase à subjetividade do agente, na análise da culpabilidade. Cf. BRAUNECK, Anne-Eva. *Der Strafrechtliche Schuldbegriff*. **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)** 1959, p. 264.

século XIX<sup>27</sup>. Em maior ou menor medida, referências à atitude interior<sup>28</sup>, à formação da personalidade<sup>29</sup>, à forma de condução de vida<sup>30</sup>, ao caráter do autor<sup>31</sup> ganharam um espaço considerável no juízo de culpabilidade, seja como centro do juízo de censura, seja como elemento que se acrescenta à reprovação pelo injusto<sup>32</sup>. Na doutrina brasileira, de forma geral, o conceito de culpabilidade como fundamento da pena permanece atrelado, até hoje, à ideia de *censura pessoal*, que ultrapassa o mero juízo de atribuição pessoal do injusto, e aos resquícios de um conceito de culpabilidade referido à *moralidade*<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Cf. a respeito: HÖRNLE, Tatjana. *Tätproportionale...*, *op. cit.*, pp. 40-48.

<sup>28</sup> Para Gallas, a importância do juízo de desvalor da atitude interior justifica-se pelas mudanças que a doutrina finalista trouxe para compreensão da teoria do delito. A culpabilidade perdeu a contrariedade ao dever como seu objeto exclusivo. A decisão que contraria o dever é objeto tanto do juízo de ilicitude como do juízo de culpabilidade. Para justificar a culpabilidade como um juízo autônomo do juízo de ilicitude deve-se entender como fator diferencial entre ambos o fato de que quem se decidiu livremente contra o direito expressaria, com isso, uma *atitude que contradiz a ordem jurídica*. Culpabilidade seria, desta forma, a reprovabilidade do fato com relação à reprovável atitude interior. Trata-se do valor ou do desvalor da atitude do autor atualizada concretamente no fato que, em uma análise orientada aos padrões gerais de valor ético sociais deve ser extraída do fato e dos seus motivos, a partir da totalidade da atitude do autor com as exigências do direito. Cf. GALLAS, Wilhelm. *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 67, 1955, p. 45. Também sobre a atitude interior como essência da culpabilidade, veja-se: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, pp. 887-889.

<sup>29</sup> WELZEL, Hans. *Persönlichkeit und Schuld. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 60, 1941, p. 462

<sup>30</sup> MEZGER, Edmund. *Die Straftat als Ganzes. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 57, 1938, p. 688.

<sup>31</sup> HEINITZ, Ernst. *Strafzumessung und Persönlichkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1951, p. 71.

<sup>32</sup> Dois grandes expoentes dessa vertente, na doutrina estrangeira, com forte influência na doutrina brasileira são: BETTIOL, Giuseppe. *Sobre o Direito Penal da atitude interior. Revista dos Tribunais, RT 442/1972* e FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 238-239. A respeito da influência de Bettiol na doutrina brasileira e sobre sua concepção do Direito Penal da atitude interior, ver: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, Dogmática jurídico-penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, pp. 86 e ss.

<sup>33</sup> “O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade

Até os dias atuais<sup>34</sup>, a culpabilidade como critério de determinação da pena é interpretada por doutrina e jurisprudência dominantes como a *graduação daquela mesma culpabilidade da categoria sistemática*<sup>35</sup>, por meio da fórmula geral “*culpabilidade é reprovabilidade da vontade ilícita e, quanto maior a reprovabilidade, maior a pena*”<sup>36</sup>.

Na busca pelo conteúdo do que é reprovável nos casos concretos, a jurisprudência nacional, majoritariamente, também considera fatores ligados à *subjetividade do réu*. Entende-se mais reprovável a culpabilidade

---

(na medida em que se sujeita à livre opção), a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal...op. cit.*, pp. 406-407; AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena. Causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 66; 75.

<sup>34</sup> Atualmente, críticos a este entendimento: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 134-135; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação pena...op. cit.*, p. 126; SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016, p. 66.

<sup>35</sup> “A culpabilidade a que se refere o artigo 59 não é algo acidental e periférico, nem é ‘outra culpabilidade’ a ser considerada no cálculo da pena-base, mas sim a mesma culpabilidade reconhecida na fundamentação da sentença, legitimadora do juízo condenatório e que, na parte dispositiva da mesma sentença terá que ser graduada para que daí esse grau de reprovação possa projetar a pena-base em quantidade correspondente ao agente que livremente decidiu violar a norma, em desacordo com o dever jurídico que tinha que respeitá-la”. Cf. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 347.

<sup>36</sup> JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 616; BOSCHI, José Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação...op. cit.*, p. 192.; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59. Mesmo aqueles que diferenciam a culpabilidade como critério de determinação da pena do conceito sistemático de culpabilidade, concebem-na como “o grau de reprovabilidade pessoal”, portanto, como um conceito graduável, de acordo com a reprovabilidade. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena...op. cit.*, pp. 157-158; MOTTA, André Guasti. *Concurso de agravantes e atenuantes: uma análise sobre a preponderância à luz da jurisprudência do STJ*. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena. Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 114.

de quando se observa no comportamento do autor ou na forma de execução do crime sentimentos reprováveis como frieza, agressividade contra as vítimas, crueldade, morbidez, audácia, ganância, premeditação, vingança etc. Todos esses aspectos, segundo o entendimento majoritário, são tomados como indicativos de uma *acentuada reprovabilidade*. Fala-se, inclusive, neste âmbito, em um “dolo intenso” que estaria expressado, por exemplo, na execução do crime de forma especialmente violenta.

Em alguns casos, busca-se em outros fatores o conteúdo da reprovabilidade. Por exemplo, afirma-se um maior conhecimento da ilicitude do fato quando o autor possui alguma posição ou cargo relevante, ou ainda se fala em maior reprovabilidade quando as consequências do crime são especialmente danosas.

O fato é que, segundo o entendimento majoritário sobre o critério da culpabilidade do artigo 59, do CP, não há uma orientação clara a respeito do que é *reprovável* e, portanto, à mingua de diretrizes claras, novamente ganha espaço, de forma predominante, *o mundo interior do agente*, agora, como elemento para a identificação do *conteúdo da culpabilidade*.

Contra este entendimento majoritário há três principais objeções a serem feitas. A primeira é que a fórmula “culpabilidade é reprovabilidade”, sem uma referência mínima a respeito do que é reprovável e sobre quais os critérios para determinar a medida dessa reprovabilidade, não passa de uma expressão vazia de conteúdo<sup>37</sup>. Equivale a afirmar a existência de uma “culpabilidade em si”, um conceito de culpabilidade autorreferente, do qual seria possível derivar uma determinada quantidade de pena. Ocorre que exclusivamente do conceito de culpabilidade não é possível extrair uma medida de pena. *A culpabilidade do autor não pode ser medida enquanto for entendida como um critério autorreferente*.

De outro lado, a busca pelo conteúdo da reprovabilidade em elementos inerentes à subjetividade do autor, como majoritariamente se defende, carece tanto de uma justificação convincente, como de viabilidade prática. Carece de justificação porque ela se baseia em uma concepção de culpabilidade (aquela, da categoria do delito) *moralmente orientada*. Uma concepção de culpabilidade moralmente orientada baseia-se na ideia de que quem viola uma ameaça penal apresenta uma

<sup>37</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 99, 1987, p. 385; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...op. cit.*, p.38; *idem*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf...op. cit.*, p. 57.

atitude interior ilícita e isso seria suficiente para legitimar a pena contra o apenado. Como observa *Greco*, o grande problema dessa concepção é que ela não reconhece o direito dos cidadãos de autodeterminar-se e lhes recusa a possibilidade de definir quais fundamentos os motivam no sentido de um comportamento adequado ou de um comportamento ilícito, segundo suas próprias razões, ainda que seja apenas por mera utilidade pessoal<sup>38</sup>. As razões que levam uma pessoa a não delinquir dizem respeito exclusivamente a ela: simplesmente para evitar que a pena estrague seu plano pessoal de vida ou porque ela entende que violar a lei penal é um pecado. Essas razões não importam ao Estado. Assim, a versão moralizante da culpabilidade, como é defendida quase que por unanimidade pela nossa doutrina, ao contrário, entende que as razões importam: a vontade ilícita do agente é o seu fundamento e é isso que se pune.

E porque a formação da vontade ilícita e suas razões não são podem ser apreendidas pelos magistrados, falta viabilidade prática a este entendimento. O juiz se esforçará, em vão, na busca por indícios que digam respeito à vontade criminoso, à atitude ilícita empregada no fato ou por traços de personalidade e sentimentos manifestados no delito que indiquem o grau de reprovabilidade da conduta, para assim justificar determinada pena perante o condenado. Uma prática de determinação judicial da pena de tal forma moralmente orientada está fadada a perder-se na busca por algo situado na esfera íntima do agente, que deve ser identificado e retribuído com a sanção<sup>39</sup>. A essa busca pela pena adequada à culpabilidade não levará senão a uma *quantidade arbitrária de pena* enquanto for concebida como algo que está “presente” no interior do agente e que se “manifesta” no fato. E nesta medida, não é apenas impossível de ser estabelecida, mas também não corresponde à culpabilidade do autor, quem, aliás, sempre poderá objetar que tais fundamentos são fruto de pura presunção.

<sup>38</sup> GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie...op. cit.*, pp. 488 e ss. O que também se aplica à concepção da culpabilidade baseada no poder agir de modo diverso. Apenas porque o comportamento praticado foi errado é fundamento suficiente para a imposição da pena, o que parece não conferir espaço para uma livre motivação do indivíduo, segundo suas próprias razões. De acordo: PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables...op. cit.*, p. 133.

<sup>39</sup> Ideia sustentada ainda na década de 1940, sobretudo por *Dreher*. DREHER, Eduard. *Über die gerechte Strafe*. Heidelberg: Schneider, 1947, p. 82.

Finalmente, a alegada capacidade de agravamento da culpabilidade (a dita *culpabilidade acentuada*), é uma ideia absolutamente estranha às próprias disposições do Código Penal. Mesmo a culpabilidade como categoria sistemática, entendida como a capacidade de poder agir de modo diverso, somente poderá ser ou total ou reduzida, *mas nunca agravada para além de sua forma completa*<sup>40</sup>. Portanto, mesmo segundo o entendimento majoritário, que defende que os dois conceitos de culpabilidade são sinônimos, não faz sentido interpretar que no âmbito de aplicação da pena a culpabilidade é um critério agravável para cima (culpabilidade acentuada), enquanto a culpabilidade que fundamenta a pena somente possui um limite máximo ou poderá, dependendo do caso concreto, por alguma razão, ser reduzida.

Por tais razões, eu concluo que o entendimento majoritário a respeito do critério da culpabilidade para a medida da pena, segundo

<sup>40</sup> Cf. HORN, Eckhard. *SK-StGB*, § 46, Rn. 41; HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre. **Juristenzeitung (JZ)**, 1999, p. 1080, 1084, 1086, 1087; *idem*, *Tatproportionale...* *op. cit.*, p. 152, 382; *idem*, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität*. In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 125; *idem*, *Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat*. In: FRISCH, Wolfgang. *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 121; ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992, p. 161; FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand...* *op. cit.*, p. 382; *idem*, *Zur Bedeutung von Schuld...* *op. cit.*, p. 17; STAHL, Dominik. *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenlehre und Strafrecht*. *Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachverhaltens*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 106; 235; ANDROULAKIS, Nicolaos. *Zurechnung*, *Schuldbestimmung und personale Identität*. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 108, 1996, p. 508; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena...* *op. cit.*, p. 127; PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables...* *op. cit.*, p. 193. Aparentemente, também: CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008, p. 61; *idem*, *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016, p. 314; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Rationale Strafzumessung...* *op. cit.*, p. 631; *idem*, *La teoría de determinación de la pena...* *op. cit.*, p. 9. Contrariamente: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997, p. 183, quem, apesar de conceber a culpabilidade na medida da pena como um conceito amplo, entende a culpabilidade em sentido estrito como fator graduável também para cima (maior ou menor reprovabilidade pelo delito).

o qual “*culpabilidade é reprovabilidade*” e que sustenta que “*quanto maior a reprovabilidade, maior a quantidade de pena*” não é suficiente para fornecer qualquer medida de pena, ainda menos, uma *pena justa*.

Nos resta, então, analisar se o conceito de culpabilidade para a medida da pena *não poderia ter outro significado que não aquele sustentado pela doutrina dominante*, capaz de permitir graduar, no caso concreto, a medida da pena justa.

#### 4.2. Culpabilidade para a medida da pena como conceito amplo

Esta hipótese é atualmente majoritária na literatura alemã de determinação da pena<sup>41</sup>. Predomina o entendimento de que a culpabilidade da medida da pena não se confunde, nem terminologicamente, nem quanto ao seu conteúdo e funções, com o termo culpabilidade empregado na teoria do delito. É amplamente difundida entre os autores a compreensão de que o termo culpabilidade apresenta três distintas acepções no Direito Penal, de acordo com os distintos níveis funcionais em que o termo é empregado<sup>42</sup>. Não se trata de um mesmo conceito idêntico de culpabilidade, mas, ao contrário, de *três conceitos distintos de culpabilidade*, em sua estrutura e em suas características, cuja diferenciação vê-se encoberta por uma difusa referência à “culpabilidade”<sup>43</sup>.

No nível funcional da determinação da pena o conceito de culpabilidade expressa a manifestação concreta do princípio de culpabilidade: “*pena na medida da culpabilidade*”<sup>44</sup>. Aqui se trata de um conceito

<sup>41</sup> Na doutrina nacional, adotam já esta distinção TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena... op. cit.*, pp. 116 ss; BUSATO, Paulo César *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 71 e ss. Outras referências têm um caráter mais difuso e, em geral, entendem tratar-se de um *mesmo* conceito de culpabilidade que operam de distintas formas, como “triplo sentido” da culpabilidade (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999, pp. 44 e ss.); “três formas de instrumentalização da culpabilidade (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 195-198); “tríplice função da culpabilidade” (GOMES, Luiz Flávio. *Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 10-12., out. 2001, p. 11) ou “três funções do princípio de culpabilidade” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 97).

<sup>42</sup> Distinção atribuída originariamente a: ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, pp. 5 e ss.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*, p. 5.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

de culpabilidade voltado à aplicação do Direito, mas que não descreve a culpabilidade como categoria da teoria do delito. Ele descreve a personificação do momento que é significativo para *a quantidade de pena no caso concreto*<sup>45</sup>. Aqui têm relevância os fatores que fundamentam sistematicamente o injusto e que possuam *capacidade de graduabilidade*<sup>46</sup>.

A partir dessa distinção é possível afirmar que há uma autonomia relativa entre cada um destes níveis da culpabilidade, de modo que o caminho na busca pela “pena adequada à culpabilidade” é, em certa medida, *autônomo* e deve contar com critérios que não são diretamente extraídos do princípio de culpabilidade ou do conceito sistemático de culpabilidade.

Essa constatação também nos permite avançar para a compreensão do conceito de culpabilidade para a medida da pena como um conceito *mais amplo do que aquele da teoria do delito*. Se a culpabilidade não é um conceito autorreferente que pode ser traduzido pela ideia circular de “reprovabilidade”; se do conceito de culpabilidade, exclusivamente, não é possível extrair uma medida de pena e, ainda, se o agente deve ser censurado pelo seu injusto, e não pela formação de sua vontade ilícita ou pela configuração do seu mundo interior, *então é o próprio injusto o elemento a conferir a medida da censura e da pena*<sup>47</sup>.

A culpabilidade como critério de medida da pena deve ser entendida, neste contexto, *como um conceito amplo, composto pelo elemento de injusto e pela culpabilidade em sentido estrito*. O peso constitutivo da medida da pena é fornecido exclusivamente pelo elemento de injusto, com capacidade de agravamento em ambas direções (atenuante e agravante). A culpabilidade (em sentido estrito) possui capacidade de graduação tão somente para atenuar a medida da pena já dada pela carga de injusto do fato.

Este entendimento, unânime na doutrina penal alemã, representa uma modificação de ponto referencial para o juízo de culpabilidade na

---

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem, loc. cit.*

<sup>47</sup> Neste sentido já SPENDEL, Günther. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954, p. 225. Utilizam a mesma designação da culpabilidade como conceito vinculado ou referido ao injusto: GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 111; 281; PUPPE, Ingeborg. *Der Aufbau des Verbrechens*. In: DANNECKER, Gerhard et al (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 39.

determinação da pena que, de todo modo, não destoa da ideia comum de que um injusto mais grave representa um fato “mais reprovável” – para utilizar a expressão dominante – e, portanto, merecedor de mais pena. A diferença é que com uma referência direta ao injusto, os fundamentos para uma “maior reprovabilidade” e merecimento de pena ficam mais claros, sem necessidade de recorrer (de forma ilegítima) a elementos que se alega estarem presentes na esfera íntima do agente e manifestados no fato. Um crime especialmente grave, praticado de forma violenta e mediante infligção de grande sofrimento às suas vítimas não merecerá mais pena porque revela a “crueldade” ou a “frieza” de seu autor, mas porque *é maior o desvalor do injusto de ação*. Um crime de lesões corporais tão grave que acarrete à vítima a perda da capacidade motora e uma profunda afetação à sua qualidade de vida não merecerá mais pena porque o agente foi frio e indiferente, mas porque *maior é o desvalor do injusto de resultado*<sup>48</sup>.

Com essa interpretação do conceito de culpabilidade para a medida da pena, resolve-se a contradição em que o entendimento dominante incorre ao sustentar que a culpabilidade para a medida da pena é um conceito “agravável”. É o injusto o elemento que pode ser mais ou menos intenso, mas não a culpabilidade em sentido estrito. A culpabilidade em sentido estrito, categoria sistemática da teoria do delito, é fator limitador da pena: sempre que houver, por alguma razão, culpabilidade reduzida, nem toda a carga de injusto será atribuída ao autor.

Concluo, assim, que a culpabilidade da medida da pena há de ser entendida, conseqüentemente, como *culpabilidade em sentido amplo*, que não se confunde nem é idêntica ao conceito sistemático de culpabilidade. E assim entendida, permite ao magistrado analisar quão grave é o injusto perpetrado para, assim, determinar a pena na medida da culpabilidade.

## 5. Conclusões

Levar a sério a ideia inaugurada com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, de acordo com a qual a culpabilidade pelo fato é o fundamento da responsabilidade jurídico-penal, requer repensar nosso sistema de imposição de penas, que ainda se baseia em juízos de periculosidade.

---

<sup>48</sup> A respeito da determinação da medida de gravidade do injusto de resultado de acordo com o grau de afetação à qualidade de vida da vítima: HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung...op. cit.*, pp. 224 e ss.

Conferir predominância a critérios de determinação da pena referidos ao agente, e não ao injusto, afastam o julgador do caso concreto, fazendo-o com que saia em busca de fatores inapreensíveis e, ao mesmo tempo, ilegítimos para justificar seguimentos de pena. Isso porque a tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, e não a tutela da moralidade dos indivíduos. Uma pena exclusivamente baseada na reprovação da intimidade dos condenados é uma pena ilegítima e injustificável perante quem se apena. Da mesma forma, a imposição de penas com base em argumentos preventivos representa uma ameaça à culpabilidade pelo fato, já que não se trata mais de uma sanção estabelecida como reação a um fato delitivo, mas uma sanção que se presta a evitar delitos futuros.

Essas constatações nos apontaram para a importância que assume o critério da culpabilidade previsto no rol de circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Ele é o critério central de determinação da medida da pena, que garante ao condenado que somente responda por aquilo que conhecia e podia evitar, no momento do fato.

No entanto, como vimos, é necessário que se confira a este critério uma interpretação igualmente *não moralizante*. Somente a partir de uma interpretação do conceito de culpabilidade que o conceba como referido e subordinado ao elemento de injusto é que ele poderá operar como uma verdadeira barreira de contenção contra utilidades estatais, assegurando, minimamente, uma *pena justa*, ou seja, uma pena verdadeiramente na *medida da culpabilidade*.

## Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Editora AJURIS, 2013

ALVAREZ, Marcos Cesar. Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil, In: KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006

ANDROULAKIS, Nicolaos. Zurechnung“, Schuldbemessung und personale Identität. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 108, 1996, pp. 492-522

AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena. Causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998

BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena. Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017

BETTIOL, Giuseppe. Sobre o Direito Penal da atitude interior. **Revista dos Tribunais**, RT 442/1972, ago. 1972

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

BRAUNECK, Anne-Eva. Der Strafrechtliche Schuldbegriff. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1959, pp. 261-272

BUSATO, Paulo César *Direito penal: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, Dogmática jurídico-penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015

CASTIGLIONE, Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de código penal, de Néelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.133-152, jul./set.1963

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008

\_\_\_\_\_. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016

DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,

DUFF, R.A. Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig? In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew, ALBRECHT, Hans-Jörg (Hrsg). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 23-46

ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016

ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

FREUND, Georg. Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafrahmen für die Strafzumessung. **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 1999, pp. 509-538

FRISCH, Wolfgang. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 99, 1987, pp. 349-388; 751-805

\_\_\_\_\_. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 3-26

GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 67, 1955, pp. 1-47

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 10-12., out. 2001

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003

GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017

GÜNTER, Hans-Ludwig. Systematische Grundlagen der Strafzumessung. **Juristenzeitung (JZ)** 22, 1989, pp. 1025-1030

HEINITZ, Ernst. Strafzumessung und Persönlichkeit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 1951, pp. 57-82

HORN, Eckhard. *SK-StGB*

HÖNRLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

\_\_\_\_\_. Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität. In: FRISCH, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew; ALBRECHT, Hans-Jörg. *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 99-127

\_\_\_\_\_. Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat. In: FRISCH, Wolfgang. *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 113-124

\_\_\_\_\_. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre. **Juristenzeitung (JZ)**, 1999, pp. 1080-1089

HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*. Baden-Baden: Nomos, 2013

\_\_\_\_\_. Zur Relevanz von Beweggründen für die Bewertung von Tötungsdelikten am Beispiel sog. „Ehrenmorde“. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René. **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems**. *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2013, pp. 653-676

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, pp. 887-889

JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1986

MEZGER, Edmund. Die Straftat als Ganzes. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 57, 1938, pp. 675-701

NOLL, Peter. Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. In: GEERDS, FRIEDRICH; NAUCKE, Wolfgang. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1966

NORONHA, E. Magalhães. *A classificação de delinquentes no Novo Direito Penal, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV, n.º. 14, jul./set. 1966, p. 95-104

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

PERALTA, José Milton. *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

PUPPE, Ingeborg. Der Aufbau des Verbrechens. In: DANNECKER, Gerhard et al (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 389-402

REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985

- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- REALE JUNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, 140 Esp, p.2-3, jul. 2004
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **InDret**, 1/2007
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik. In: FELIX, Herzog; PETER-ALEXIS, Albrecht (Hrsg.). **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**. Heidelberg: Müller, 2010, pp. 625-638
- SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016
- SPENDEL, Günther. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954
- STAHL, Dominik. *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie. Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor-und Nachverhaltens*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2015
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria de aplicação da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2015
- WELZEL, Hans. Persönlichkeit und Schuld. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 60, 1941, pp. 428-474
- ZAFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

# QUALCHE RIFLESSIONE A VENTICINQUE ANNI DA TANGENTOPOLI UNO SGUARDO ALL'EVOLUZIONE DEI DELITTI DI CORRUZIONE IN ITALIA

*SOME REFLECTIONS TWENTY-FIVE YEARS AFTER TANGENTOPOLIS AN OVERLOOK AT THE EVOLUTION OF CORRUPTION CRIMES IN ITALY*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p139-163

Ilaria Merenda

*Professora da Università Roma Tre.*

**Recebido em:** 06/03/2020

**Aprovado em:** 05/05/2020

**Última versão do autor em:** 12/05/2020

**Área:** Direito Penal

**Astratto:** L'inchiesta giudiziaria nota con il nome di Tangentopoli ha per la prima volta messo in luce l'esistenza in Italia di una criminalità di natura politico-amministrativa, evidenziando il pericoloso condizionamento esistente tra attività economiche, funzioni amministrative e classe politica. Partendo da quei fatti, il presente lavoro propone alcune riflessioni sull'evoluzione del fenomeno corruttivo nel sistema italiano, anche attraverso l'analisi delle più recenti riforme legislative intervenute in materia.

**Parola Chiave:** Tangentopoli. Corruzione. Riforme legislative. Prevenzione.

**Abstract:** *The judicial investigation known as Tangentopoli shed light for the first time on the existence in Italy of a political-administrative crime, putting the dangerous conditioning existing between economic activities, administrative functions, and political class in evidence. Based on these facts, this work proposes some reflections on the evolution of the corruptive phenomenon in the Italian system, also through the analysis of the most recent legislative reforms that have taken place on the matter.*

**Keywords:** *Tangentopoli. Corruption. Legislative reforms. Prevention.*

**Sommario:** 1. Considerazioni introduttive. 2. Orientamenti giurisprudenziali tra corruzione e concussione. 3. Il c.d. "Progetto di Cernobbio":

spunti per una riforma. 4. Il nuovo sistema dei delitti di corruzione dopo la legge n. 190 del 2012. La nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità. 4.1. Segue. Corruzione per l'esercizio della funzione e traffico di influenze illecite. 5. Uno sguardo alla legge "Spazzacorrotti" del 2019. 6. Osservazioni conclusive.

## 1. Considerazioni introduttive

I fatti di Tangentopoli hanno per la prima volta messo in luce l'esistenza in Italia di una criminalità di natura politico-amministrativa<sup>1</sup>, evidenziando il pericoloso condizionamento esistente tra attività economiche, funzioni amministrative e classe politica<sup>2</sup>. Si è trattato di un insieme di indagini e di procedimenti giudiziari - iniziati nel febbraio del 1992 - che hanno avuto come epicentro Milano, ma si sono ben presto estesi all'intero territorio nazionale e che hanno drammaticamente svelato il rapporto perverso tra denaro, politica e amministrazione pubblica.

Il fenomeno ha avuto effetti pesantissimi per il nostro Paese, sia sul piano strettamente istituzionale - portando al crollo della c.d. "Prima Repubblica" - sia sul piano sociale, perchè «la perdita di fiducia nell'imparzialità dell'amministrazione della cosa pubblica mina le basi etiche della convivenza civile e incentiva la defezione dagli obblighi del patto sociale» e «l'esistenza di un mercato illegale nel quale acquistare i benefici pubblici diminuisce gli incentivi a sviluppare una reputazione di onestà nel commercio»<sup>3</sup>.

L'effetto destabilizzante, strettamente correlato alla natura sistemica degli avvenimenti, ha finito quindi per riguardare, non solo il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ma la stessa integrità dell'economia nazionale, le regole della concorrenza e il funzionamento delle istituzioni democratiche<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sul tema, ampiamente, Vannucci, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da 'mani pulite'*, in *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, a cura di Forti, Milano, 2003, 33 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, v. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 463 ss.

<sup>3</sup> In questi termini, Vannucci, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, 32.

<sup>4</sup> In tal senso, Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della Tangente*, cit., 101 ss; analogamente Fiandaca, *Esigenze e prospettive di una riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss., che sottolinea come sul piano criminologico, il fenomeno esibisca una dannosità polivalente che inevitabilmente fuoriesce dai confini legati alla mera tutela del buon andamento della pubblica amministrazione,

Sono principalmente le fattispecie di corruzione quelle interessate dalle indagini giudiziarie che hanno consentito l'emersione di un sistema di corruttela negli appalti pubblici talmente consolidato da divenire praticamente una prassi generalizzata; un sistema strutturato su una rete di relazioni e scambi illeciti che coinvolgevano, pur secondo diverse modalità, un po' tutti i livelli sociali<sup>5</sup>.

Le indagini hanno portato, infatti, in un tempo relativamente breve, alla scoperta di un numero impressionante di reati e al coinvolgimento di migliaia di politici, funzionari, imprenditori<sup>6</sup>: uno scenario di corruzione senza precedenti nella storia delle democrazie occidentali.

L'intervento della magistratura ha assunto le sembianze di un vero e proprio atto di "moralizzazione", trovando nel paese una vasta aggregazione di consenso, specie nell'opinione pubblica, «propensa ad individuare nell'azione dei magistrati una componente necessaria del ricambio di un ceto politico ritenuto indegno di continuare a svolgere le proprie funzioni di governo»<sup>7</sup>. In quest'ottica, i procedimenti in materia di corruzione non sono stati visti, soltanto, come uno strumento per ripristinare la legalità violata, ma come un vero e proprio mezzo per riaffermare i valori essenziali della democrazia, primo fra tutti quello della trasparenza dell'agire pubblico.

Fin dall'inizio dell'inchiesta nota come "Mani pulite" è emerso, inoltre, che la corruzione non era solo quantitativamente superiore al passato, ma anche qualitativamente diversa: in molti casi, infatti, il pagamento delle tangenti non era esclusivamente finalizzato all'ottenimento di una specifica controprestazione – si pensi allo scambio denaro/appalto – quanto piuttosto all'acquisizione di una generica disponibilità del pubblico agente, (una sorta di protezione politico-burocratica), che trasformava in un vero e proprio mercato l'esercizio dell'autorità pubblica<sup>8</sup>.

I fatti criminosi non si esaurivano, infatti, in singoli atti illeciti, ma si collocavano in una prospettiva di continuità e progressione:

<sup>5</sup> V. Fiandaca, *Esigenze e prospettive*, cit., 884 ss.

<sup>6</sup> Così Manna, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 116. L'inchiesta fece emergere, infatti, che la corruzione era un fenomeno seriale e diffusivo e portò a 25.400 avvisi di garanzia, 4.525 arresti e al coinvolgimento di 1069 politici.

<sup>7</sup> Chiara, *Politica e magistratura negli anni della Seconda repubblica: profili storici, Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fin del berlusconismo*, a cura di Apollonio, Roma, 2015, 27.

<sup>8</sup> Cfr. Vannucci, *La corruzione nel sistema politico*, cit., 65.

«ciò indusse ad affrontare questi reati con la consapevolezza che non si trattava di episodi isolati, ma di delitti seriali che coinvolgevano un rilevante numero di persone, fino a dar vita ad ampi mercati illegali»<sup>9</sup>. Un meccanismo che ruotava attorno all'attività dei partiti politici, nella veste di veri e propri organi di governo delle transazioni illecite, in grado di «fornire agli attori del mercato della corruzione fiducia nell'adempimento dei patti e nella possibilità di riscuotere i crediti maturati»<sup>10</sup>.

Una simile realtà ha fatto emergere chiaramente l'inadeguatezza delle fattispecie criminose esistenti nel nostro ordinamento a tradurre in termini normativi il reale disvalore del fenomeno<sup>11</sup>: le varie figure di corruzione presenti nel sistema avevano, infatti, quale perno della loro struttura, l'elemento dell'«atto di ufficio», richiedendo che la promessa o la dazione di denaro o di altra utilità fosse collegata ad una specifica e determinata - (o determinabile) - estrinsecazione dell'attività pubblica.

A simili difficoltà andavano aggiunte quelle relative all'accertamento degli stessi fatti corruttivi, reso particolarmente complesso in ragione del vincolo al silenzio tra le parti dell'accordo illecito che «impedisce la permeabilità di tecniche di investigazione spesso utili in altre tipologie delittuose»<sup>12</sup>; la corruzione non si commette, infatti, di fronte a testimoni e non viene subita da una persona fisica che abbia interesse a denunciarla.

Il reato si inserisce, solitamente, in circuiti chiusi che, come tali, ostacolano la diffusione delle notizie: si parla, al riguardo, della c.d. «cifra nera», e cioè della differenza tra reati commessi e reati denunciati<sup>13</sup>. Una circostanza che, non permettendo un'esatta rilevazione delle reali dimensioni del fenomeno, si pone d'intralcio all'analisi dei fattori che ne favoriscono lo sviluppo e, conseguentemente, alla predisposizione di strumenti e politiche più efficaci di contrasto e prevenzione.

## 2. Orientamenti giurisprudenziali tra corruzione e concussione

<sup>9</sup> Davigo, *Per non dimenticare, Prefazione a Mani Pulite. La vera storia*, a cura di Barba-cetto-Gomez-Travaglio, Milano, 2018, XV.

<sup>10</sup> Vannucci, *op. ult. cit.*, 41.

<sup>11</sup> Così Padovani, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 455.

<sup>12</sup> In tal senso Rosi, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in *Il prezzo della tangente*, cit., 263.

<sup>13</sup> Davigo, *Per non dimenticare*, cit., XIV.

Le criticità appena evidenziate hanno spinto innanzitutto la giurisprudenza<sup>14</sup> – proprio a partire dalle vicende di Tangentopoli – ad una progressiva “erosione” del requisito dell’atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione, ritenendo sufficiente, ai fini dell’integrazione del *patum sceleris*, il mero riferimento alla funzione esercitata dal pubblico agente<sup>15</sup>.

In questa prospettiva si è affermato, ad esempio, che «la mancata individuazione in concreto dell’atto (che avrebbe dovuto essere omesso, ritardato o compiuto contro i doveri del proprio ufficio o servizio) non fa venir meno il delitto di cui all’art. 319 c.p., ove venga accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale o all’incaricato di pubblico servizio sia stata effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate o per retribuirne i favori»<sup>16</sup>.

Al riguardo, va ricordato, infatti, come gli artt. 318 e 319 c.p., nella loro originaria formulazione, prevedevano un collegamento di tipo finalistico, tra il pagamento, o la promessa, di denaro o altra utilità e il compimento di uno specifico atto contrario o conforme ai doveri di ufficio del pubblico ufficiale<sup>17</sup>.

L’interpretazione avallata dalla giurisprudenza si proponeva invece di ampliare l’ambito applicativo della fattispecie – facendovi rientrare ogni comportamento del pubblico agente compiuto in violazione dei “doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà”<sup>18</sup> – per superare evidenti ragioni di carattere probatorio: è indubbio, infatti, che «l’individuazione dello specifico atto di ufficio cui si ricollega la dazione o la promessa di

<sup>14</sup> V., ad esempio, tra le prime pronunce, Cass., sez. VI, 20 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1518; Cass. sez. V, 30 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2184.

<sup>15</sup> Sul punto, tra gli altri, Manna, *Corruzione e finanziamento*, cit., 116 ss.

<sup>16</sup> Cass., sez. VI, 5 febbraio 1998, in *Guida al dir.*, n. 16, 1998, 141.

<sup>17</sup> Articolo 318. Corruzione per un atto di ufficio. Il pubblico ufficiale, che compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sè o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. (L’articolo è stato modificato dalla L. 190/2012 che ha sostituito la corruzione per un atto di ufficio con la corruzione per l’esercizio della funzione: sul punto, si rinvia al par. 4)

Articolo 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio. Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sè o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni. (a seguito della legge n. 69/2015, la pena è oggì della reclusione da sei a dieci anni).

<sup>18</sup> Così Cass. sez. VI, 15 febbraio 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1223.

utilità costituisce da sempre l'elemento della fattispecie maggiormente difficile da dimostrare da parte della pubblica accusa, tenuto anche conto del fatto che, nei delitti di corruzione, sussiste una comunanza di interessi tra il privato e l'*intraneus* che induce a tenere un comune atteggiamento di non collaborazione, che ostacola incisivamente la piena scoperta del fatto»<sup>19</sup>.

Un indirizzo però, che da un lato, operava un'evidente "forzatura" del dato normativo<sup>20</sup>, dall'altro, finiva per impedire una chiara distinzione tra corruzione propria e impropria, se solo si considera che il confine tra le due figure criminose – prima della recente riforma operata dal legislatore nel 2012 – passava necessariamente attraverso un giudizio di conformità o contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio del pubblico agente<sup>21</sup>.

Difficoltà di ordine probatorio che hanno parimenti spinto gli inquirenti ad estendere i margini applicativi della fattispecie di concussione<sup>22</sup>, a discapito di quella della corruzione, anche attraverso la creazione della concussione c.d. "ambientale"<sup>23</sup>. Figura con la quale sono rientrate nello spettro dell'incriminazione anche quelle situazioni nelle quali la prestazione avveniva in maniera del tutto automatica, senza alcun tipo di comportamento abusivo esplicito da parte del pubblico ufficiale,

<sup>19</sup> Manna, *Corruzione e finanziamento*, cit., 121.

<sup>20</sup> Seminara, *La corruzione: problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente*, in AA.VV., *La corruzione. Profili storici, attuali, europei e sopranazionali*, a cura di Fornasari-Luisi, Padova, 2003, 149 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Manes, *La "frontiera scomparsa": logica della prova e distinzione tra corruzione propria ed impropria*, in AA.VV., *La corruzione*, cit., 249 ss.

<sup>22</sup> Articolo 317. Concussione. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. (La legge n. 190 del 2012 ha eliminato il riferimento alla concussione per induzione, confluito nell'art. 319 *quater* c.p.; la pena prevista è attualmente la reclusione da 6 a dodici anni).

<sup>23</sup> Emblematica di questo orientamento, Cass. sez.VI, 13 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 644, che afferma chiaramente come «la giurisprudenza ha semplicemente preso atto del fenomeno, particolarmente diffuso nel presente momento storico, di un sistema di illegalità imperante nell'ambito di alcune sfere di attività della pubblica amministrazione, notandosi che la costrizione o l'induzione da parte del pubblico ufficiale può realizzarsi anche attraverso il riferimento ad una sorta di convenzione tacitamente riconosciuta, che il pubblico ufficiale fa valere e il privato subisce, nel contesto di una comunicazione resa più semplice per il fatto di richiamarsi a regole "già codificate"».

in un contesto caratterizzato da una prassi illegale così consolidata da convincere il privato dell'ineluttabilità del pagamento<sup>24</sup>.

Si tratta chiaramente di un'interpretazione che finiva con l'erosione la tipicità formale della fattispecie di concussione, sostituendo il requisito costitutivo dell'induzione con il «diverso requisito della “intimidazione d'ambiente” – cioè una entità sociologica impalpabile e, come tale, suscettibile di essere ricostruita secondo schemi presuntivi»<sup>25</sup>.

La qualificazione di simili fatti alla stregua della fattispecie di concussione, anziché di quella di corruzione, si spiegava innanzitutto alla luce della finalità di superare le difficoltà di accertamento legate all'individuazione di un rapporto sinallagmatico tra prestazione del privato e controprestazione del soggetto pubblico, e conseguentemente connesse all'identificazione dell'atto di ufficio oggetto dell'accordo illecito<sup>26</sup>.

Allo stesso tempo, va segnalato l'indubbio vantaggio offerto dalla possibile collaborazione del privato: l'esigenza di spezzare il legame omertoso tra i protagonisti dell'accordo illecito si avvantaggiava, infatti, della mancata incriminazione dell'*extraneus*, «il quale nel ruolo più comodo di concusso è posto in condizione di denunciare diffusi fenomeni di malcostume»<sup>27</sup>, senza il rischio di incorrere in alcuna sanzione. Si trattava, però, di una soluzione che trasformando il privato sempre e comunque in una “vittima” del pubblico ufficiale, finiva di fatto per deresponsabilizzarlo, anche nei casi in cui egli stesso fosse il primo a sfruttare la situazione di illegalità per conseguire vantaggi illeciti<sup>28</sup>.

Del resto, il problema dell'esatta individuazione del confine tra corruzione e concussione ha costituito da sempre uno dei nodi principali del sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, a dispetto degli sforzi compiuti, sia in dottrina che in giurisprudenza, per arrivare ad una delimitazione più chiara tra le due figure criminose.

<sup>24</sup> Sul punto, Forti, *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss.; Manes, *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie «extra legem»*, in *Foro it.*, II, 1999, 645 ss.

<sup>25</sup> Così Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 883 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Forti, *L'insostenibile pesantezza*, cit., 492.

<sup>27</sup> Fiandaca, *Esigenze e prospettive*, cit., 883 ss.

<sup>28</sup> Mattevi, *Il reato di concussione: esperienza di tangentopoli ed esigenza di riforma*, in [www.il-margine.it](http://www.il-margine.it), 2002.

Una della maggiori criticità del rapporto tra le fattispecie in questione ha senz'altro riguardato il «carattere evanescente della c.d. concussione per induzione», una figura che come tale «sfugge alla possibilità di una rigorosa delimitazione in chiave descrittiva attraverso predeterminate regole semantiche»<sup>29</sup>, riferendosi sia ai casi in cui il consenso del privato è carpito con inganno, sia ai casi più “impalpabili” in cui il pagamento avviene nella consapevolezza del suo carattere indebito, a causa della prevaricazione realizzata dal pubblico agente a danno dell'*extraneus* e sul presupposto dello stato di “soggezione” in cui versa la vittima<sup>30</sup>.

Se è vero, infatti, che il requisito differenziale tra concussione e corruzione va ricercato nel *modus* con cui viene effettuata la promessa o la dazione – che nei casi di concussione deve atteggiarsi nei termini di un abuso – va detto però che le difficoltà di accertamento di un simile elemento – inevitabilmente correlato anche alla verifica dell'atteggiamento interiore del privato – hanno spinto dottrina e giurisprudenza verso l'elaborazione di una serie di criteri apparentemente più afferribili, per arrivare alla soluzione dei problemi emergenti nella prassi<sup>31</sup>.

Si sono così variamente utilizzati un insieme di parametri oggettivi o soggettivi<sup>32</sup> – spesso impiegati in via cumulativa – richiamanti rispettivamente l'“iniziativa” assunta da una delle parti<sup>33</sup>, il vantaggio

<sup>29</sup> Cass. sez. VI, 22 dicembre 1994, CED Cass., 199987.

<sup>30</sup> Così Seminara, sub *art. 317*, in *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992.

<sup>31</sup> Al riguardo, va osservato come in giurisprudenza si sia affermata una lettura del rapporto tra le due norme che ha finito con «l'incentivare una prassi applicativa che, muovendo dall'identità del *corpus delicti*, rimette la individuazione della fattispecie ad un *posterius* provvisoriamente evocato con la tecnica della contestazione alternativa»: sul punto v. Padovani, *Il confine conteso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302. Il che significa che una volta contestata la concussione, il passaggio alla corruzione non comporta, secondo quest'impostazione, alcuna violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza «riscontrandosi in entrambe le figure criminose l'elemento comune della dazione o promessa di denaro o altra utilità», per cui l'alternativa non «incide su di una modalità [...] che ne modifica sostanzialmente la struttura, né ne diversifica il contenuto essenziale». Cass. sez. Unite, 2 luglio 1997, in CED Cass. 207942.

<sup>32</sup> Forti, *Sulla distinzione tra i reati di corruzione e concussione*, in *Studium iuris*, n. 7, 1997, 725 ss.

<sup>33</sup> Secondo il criterio dell'iniziativa, la concussione sussisterebbe nei casi in cui l'atto di impulso alla stipulazione dell'accordo illecito provenga dal pubblico ufficiale, mentre la corruzione richiederebbe l'iniziativa del privato, limitandosi il pubblico agente a ricevere o accettare la promessa della prestazione vietata. Si tratta indubbiamente di un parametro eccessivamente rigido, che non tiene in debito conto

conseguito dal privato<sup>34</sup>, il *metus*, e quindi lo stato di «turbata e intimorita volizione»<sup>35</sup> dell'*extraneus* rispetto al pubblico agente<sup>36</sup>.

Criteri che però non hanno permesso di “districare” tutta una serie di situazioni “borderline”<sup>37</sup>, diventate ancora più “ingombranti” proprio durante l’esperienza di Tangentopoli, quando la fenomenologia criminosa ha fatto emergere «un sistema di illegalità stabile e diffusa, in cui le transazioni illecite non si esauriscono in singoli atti isolati, ma si collocano in una prospettiva di continuità e progressione». Con la conseguenza che «qualificare i fatti, ora secondo lo schema della concussione ora secondo lo schema della corruzione, in funzione della prevalenza che sembra predominare nei diversi momenti contingenti, può far torto al tipo sostanzialmente unitario di disvalore sotteso a una relazione illecita che acquista il suo autentico significato in una logica di durata»<sup>38</sup>.

L’area più delicata ha riguardato senz’altro i casi in cui il privato abbia conseguito comunque un vantaggio dalla relazione criminosa, anche in presenza delle pressioni esercitate dal pubblico agente: in queste ipotesi, infatti, risulta difficile comprendere se il pagamento della tangente sia stato meramente “subito” dal concusso, o sia stato effettuato anche in vista del risultato favorevole da conseguire, trasformando così il privato da vittima del pubblico ufficiale in un soggetto che “concorre” alla realizzazione della transazione illecita.

### 3. Il c.d. “Progetto di Cernobbio”: spunti per una riforma

Una simile realtà ha palesato una profonda esigenza di riorganizzare l’impianto dei delitti di corruzione, a causa della loro inadeguatezza a

---

il fatto che spesso l’offerta del privato rappresenta solo lo sbocco terminale di una situazione abusiva precedentemente determinatasi.

<sup>34</sup> Con simile criterio si è affermato che nella concussione il privato “*certat de damno vitando*”, essendo spinto ad assecondare la richiesta del pubblico ufficiale al fine di evitare un danno ingiusto, mentre nella corruzione “*certat de lucro captando*”, perché è animato dall’intento di realizzare un vantaggio ai danni della Pubblica amministrazione.

<sup>35</sup> Cass. sez. Un. 27 novembre 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, 257.

<sup>36</sup> In base a tale parametro, si avrebbe concussione quando il pubblico ufficiale si trova in una situazione di preminenza rispetto a quella del privato, la cui volontà è determinata dal timore della potestà pubblica, mentre la corruzione presupporrebbe la posizione di parità delle parti e l’instaurarsi di un rapporto libero e paritario tra di loro.

<sup>37</sup> V. Forti, *L’insostenibile peso della “tangente ambientale”*, cit., 490.

<sup>38</sup> Così Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma*, cit., 885.

contrastare una fenomenologia così complessa, quale quella emergente con Tangentopoli. In quest'ottica sono state depositate in Parlamento varie proposte finalizzate proprio ad una revisione delle fattispecie in questione, tra le quali va segnalata soprattutto quella presentata dal Pool di Milano a Cernobbio il 3 settembre 1994<sup>39</sup>.

Il Progetto si proponeva in particolare una semplificazione della normativa vigente, attraverso l'unificazione in un'unica disposizione delle ipotesi tradizionalmente ricondotte alla corruzione e alla concussione, proprio nell'ottica di superare quelle difficoltà di carattere probatorio – in precedenza evidenziate – che rendevano pressoché impossibile una sicura differenziazione tra le due figure criminose.

Si è così suggerita l'eliminazione della fattispecie di concussione, assorbita, nei casi di concussione per costrizione, nel delitto di estorsione aggravata, e nelle ipotesi di concussione per induzione, nel delitto di corruzione. Figura, quest'ultima che è stata riformulata, procedendo all'abolizione del *discrimen* tra corruzione propria/impropria, e all'assimilazione in una unica fattispecie delle varie condotte, anche per ciò che concerne il loro trattamento sanzionatorio. Scelta che si spiega proprio in ragione delle difficoltà di individuare l'atto di ufficio del corrotto<sup>40</sup> – che sia in concreto oggetto del pagamento o della promessa del corruttore – e che giustifica l'inserimento nell'articolato anche della previsione di punibilità del pubblico ufficiale per una prestazione genericamente ricollegabile «alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> “*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento di partiti*”, consultabile in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 911 ss. Sul punto, v. le osservazioni di Flick, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, *ibidem*, 945.

<sup>40</sup> In tal senso, Pulitanò, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 1994, 949, che sottolinea come l'unificazione normativa sia giustificata dal fatto che tutte le fattispecie di corruzione ruotano comunque attorno alla strumentalizzazione del ruolo pubblico per l'ottenimento di compensi indebiti.

<sup>41</sup> Articolo 1 (Corruzione). E' punito con la reclusione da quattro a dodici anni il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che riceve indebitamente per sé o per un terzo denaro o altra utilità o ne accetta la promessa in relazione al compimento, all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività. La condanna importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Art. 2 (Pene per il corruttore) E' punito con la reclusione da tre a otto anni chiunque dà o promette indebitamente a un pubblico ufficiale o a un incaricato di pubblico servizio denaro o altra utilità non dovuti, in relazione al compimento, all'omissione

La particolare gravità della corruzione – specie per ciò che consiste nella violazione dei doveri connessi all’esercizio della funzione pubblica – viene evidenziata nel progetto dal sensibile inasprimento sanzionatorio previsto per il corrotto e, correlativamente, dalla previsione, invece, di un trattamento più mite per il privato, proprio sul presupposto del diverso disvalore ricollegabile alle due condotte<sup>42</sup>.

Sul punto, ci si può limitare ad osservare che se l’aumento di pena va letto senz’altro nell’ottica di rafforzare nei consociati la percezione di illegalità dei fatti incriminati, è pur vero però che difficilmente l’inasprimento della sanzione minacciata risulta utile di per sé a ridurre i tassi di criminalità<sup>43</sup>: si tratta, infatti, per lo più, di un intervento di natura simbolica che si preoccupa non tanto di essere effettivo ed efficace «quanto piuttosto di rassicurare la collettività circa l’impegno degli organi pubblici nella lotta contro il fenomeno della corruzione»<sup>44</sup>.

Il punto più controverso della proposta ha riguardato la previsione di una speciale causa di non punibilità per il “pentito” che collabori con la giustizia, entro tre mesi dalla commissione del fatto, “fornendo indicazioni utili per l’individuazione degli altri responsabili” ed operante a condizione che venga messa a disposizione dell’Autorità una somma pari a quanto versato o ricevuto nell’esecuzione dell’accordo illecito.

La finalità della misura premiale era indubbiamente quella di «rompere l’omertà tra i protagonisti del patto criminoso, introducendo un fattore di disgregazione della loro reciproca solidarietà che dovrebbe valere a contrastare la commissione del reato»<sup>45</sup>; nelle intenzioni del proponenti, infatti, l’inasprimento delle pene, da un lato, e la prospettiva di poter essere denunciato dal correo, dall’altro, dovevano favorire le condizioni per una migliore prevenzione dei fenomeni corruttivi.

---

o al ritardo di un atto dell’ufficio, ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività.

<sup>42</sup> Cfr. *Note illustrative di Proposte in materia di corruzione e di finanziamento illecito di partiti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 919.

<sup>43</sup> In argomento, si vedano le riflessioni sempre attuali di Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 221.

<sup>44</sup> Così Sgubbi, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 941.

<sup>45</sup> In questi termini, Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2012, 1240.

La reale efficacia di tale proposta è risultata però, da subito, tutt'altro che scontata. Parte della dottrina ha, infatti, criticamente osservato come il trattamento punitivo privilegiato sembrava dimostrare implicitamente l'inidoneità degli strumenti tradizionali di indagine a fronteggiare il fenomeno corruttivo e la necessità del sistema penale di delegare l'accertamento all'iniziativa dei privati<sup>46</sup>; ed allora, si è detto, «se il rischio è così basso, perché qualcuno dovrebbe uscire alla luce e confessare i propri antichi delitti? La piena impunità sarà sempre più allettante di una pena anche solo simbolica»<sup>47</sup>.

Una simile opzione premiale è stata recentemente recuperata, prima parzialmente ad opera della l. 27 maggio 2015, n. 69, attraverso l'introduzione all'art. 323 *bis*, comma 2, c.p. di un attenuante ad effetto speciale, che prevede una diminuzione di pena da un terzo a due terzi nei confronti di chi «si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite»; e poi pressochè integralmente all'art. 323 *ter* c.p., inserito nel codice penale dalla legge n. 3/2009<sup>48</sup>.

Quest'ultima disposizione considera infatti non punibile chiunque (pubblico agente o privato), dopo aver commesso uno dei delitti espressamente indicati<sup>49</sup>, «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazioni a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare altri responsabili»; il denunciante deve inoltre mettere a

<sup>46</sup> Cfr. Padovani, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 420, che ricollega, in una prospettiva di carattere generale, i "benefici premiali" alla prevenzione generale in termini di dis-funzionalità, perché rappresentano «la più aperta confessione che gli apparati coercitivi pubblici non sono in grado di attivarsi e di operare»; al riguardo, v. anche le osservazioni di Flick, *Come uscire da Tangentopoli*, cit., 946, per il quale la normativa premiale in materia di corruzione «cronicizza e forse esaspera l'emergenza, rendendola regola».

<sup>47</sup> Padovani, *Il problema di "Tangentopoli"*, cit., 448.

<sup>48</sup> Sul punto, Cantone-Milone, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 6, 5 ss.

<sup>49</sup> La figura si applica a qualsiasi ipotesi di corruzione, all'induzione indebita a dare o promettere utilità, nonché a fattispecie lesive della libera concorrenza nelle procedure contrattuali pubbliche (artt. 353, 353 bis, 354 c.p.).

disposizione dell’Autorità l’utilità ottenuta o una somma di danaro di valore equivalente.

L’efficacia di una simile previsione nella lotta alla corruzione potrà essere valutata solo in futuro. Rimangono certo le perplessità, già manifestate dalla dottrina ai tempi del Progetto Cernobbio<sup>50</sup>, circa il pericolo di strumentalizzazione della figura, che potrebbe diventare un mezzo, sia per colpire avversari politico istituzionali, sia per alimentare «una spirale di pressioni e ricatti»<sup>51</sup>, che rischia di amplificare anziché depotenziare la fenomenologia corruttiva<sup>52</sup>.

#### **4. Il nuovo sistema dei delitti di corruzione dopo la legge n. 190 del 2012. La nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità**

Si è dovuto però aspettare fino al 2012 perché la riforma dei delitti di corruzione andasse finalmente in porto, attraverso l’approvazione della legge n. 190, che risponde soprattutto alla necessità d’adeguamento della normativa italiana agli obblighi assunti sul piano internazionale<sup>53</sup>.

La novità più rilevante del nuovo sistema normativo va vista senz’altro nell’inserimento della fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all’art. 319 *quater* c.p.<sup>54</sup>, che incrimina il fatto «del pubblico ufficiale o dell’incaricato del pubblico

<sup>50</sup> Grosso, *L’iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli*, in *Cass. pen.*, 1994, 2345.

<sup>51</sup> Così Seminara, *La riforma dei reati di corruzione*, cit., 1240. Sottolinea il rischio di un effetto criminogeno del premio, anche Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335-bis cod. pen.)*, Milano, 2006, 222 ss.

<sup>52</sup> Sul recente intervento normativo, Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, 262 ss.

<sup>53</sup> Si fa riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (c.d. Convenzione di Merida), adottata dall’Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116 e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999, ratificata dall’Italia con la legge n. 110 del 28 giugno 2012.

<sup>54</sup> Articolo 319 *quater*. Induzione indebita a dare o promettere utilità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.

servizio che, abusando dei suoi poteri o della sua qualità, induce un privato a dare o promettere indebitamente, a lui o un terzo, denaro o altra utilità», prevedendo, seppur con una pena inferiore, anche la punibilità del privato indotto.

Si tratta di una ipotesi che, prima della novella legislativa, integrava una concussione (c.d. per induzione) – rilevante ai sensi 317 c.p. – accanto a quella realizzata mediante costrizione: figura che, come si è visto, mostrava parecchie criticità sul piano dell'accertamento, specie per quanto riguardava la posizione da riconoscere al privato<sup>55</sup>.

La frantumazione dell'originaria figura criminosa nelle due fattispecie della concussione per costrizione e dell'induzione indebita risponde, infatti, come già emerso all'epoca di Tangentopoli, all'esigenza di responsabilizzazione del privato a fronte di condotte allusive, omissive od ostruzionistiche – e quindi di “pressione” del pubblico ufficiale – che però si risolvevano, al contempo, anche nella prospettazione dell'opportunità e della convenienza della dazione illecita.

Lo sforzo di rinvenire uno spazio operativo autonomo alla nuova fattispecie ha posto in primo piano il problema relativo all'esatta individuazione del *discrimen* con la figura della concussione; la differenziazione di pena per il p.u. e soprattutto la previsione di punibilità del privato indotto – vero e proprio momento qualificante della riforma – hanno imposto infatti un'attenta riflessione in materia, nel tentativo di tracciare un confine quanto più preciso e determinato tra le ipotesi in esame.

La notevole ampiezza semantica del termine “induzione” non ha però facilitato il percorso, aprendo la via ad una pluralità di soluzioni, molto diverse tra di loro, tali da richiedere infine l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. L'esigenza, infatti, che la differenza tra costrizione e induzione che, in linea teorica, si fonda «sulla maggiore o minore gravità della pressione psichica esercitata sul privato» si ricollegasse a «dati di fatto oggettivi, dotati di maggiore tipicità» rispetto a quelli affidati esclusivamente alla ricostruzione dell'atteggiamento

---

<sup>55</sup> Al riguardo, va, infatti, osservato come molte istituzioni internazionali – dall'OCSE al GRECO – esprimevano da tempo preoccupazioni, proprio con riferimento al pericolo che, attraverso un uso eccessivo del delitto di concussione da parte della magistratura italiana, il privato che aveva effettuato un'indebita dazione di denaro o altra utilità sfuggisse alla punizione, allegando di essere stato “indotto” al pagamento o alla promessa da condotte abusive del pubblico funzionario: così Dolcini-Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2012.

soggettivo delle parti, ha condotto la Cassazione a rintracciare il criterio discrezionale in questione nel binomio minaccia/non minaccia<sup>56</sup>.

In quest'ottica, l'ambito applicativo dell'art. 317 c.p. – a fronte della decisa compromissione della libertà di determinazione del privato che è “vittima” costretta ad accedere alla richiesta del pubblico ufficiale – comprenderebbe, oltre i casi di violenza fisica, quelle forme «di sopraffazione prepotente, aggressiva e intollerabile socialmente» ricollegabili alla prospettazione minacciosa – (anche implicita purché esteriorizzata) – di un danno ingiusto, e cioè un fatto *contra ius* lesivo degli interessi del privato. In via residuale, nell'induzione indebita di cui all'art. 319 *quater*, l'abuso del pubblico ufficiale, pur alterando e condizionando il processo volitivo della controparte, non sarebbe invece tale da “piegare” in maniera “irresistibile” la volontà del soggetto privato, motivato ad effettuare la prestazione non dalla necessità di evitare un danno ingiusto quanto piuttosto dalla prospettiva di conseguire un vantaggio indebito<sup>57</sup>: in altri termini, il vantaggio indebito da un lato e il danno ingiusto dall'altro andrebbero considerati quali elementi costitutivi impliciti delle rispettive figure criminose<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Sulla sentenza delle S.S. UU., 24 ottobre 2013, n. 12228, si vedano, tra gli altri, i contributi di Balbi, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2, 2015, 143; Donini, *Il cor(oe)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.* 2014, 1482 ss; Gatta, *Dalle Sezioni unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 marzo 2014; Piva, “*Alla ricerca dell'induzione perduta: le Sezioni Unite tentano una soluzione*”, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2014, 231; Valentini, *Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2014, 895 ss.

<sup>57</sup> Al riguardo, Seminara, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 5, 564, osserva come la soluzione delle Sezioni Unite «al di là di qualche apprezzabile rifinitura concettuale» riprenda il criterio discrezionale elaborato dalla dottrina, con riferimento alla distinzione tra concussione, in cui il privato *certat de danno vitando*, e corruzione, in cui *certat de lucro captando*.

<sup>58</sup> In questi termini, Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 17 marzo 2014; sul punto, v. Monigillo, *L'incerta frontiera: il discrimen tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. trim.*, 2013, n. 3, 206, per il quale danno ingiusto e vantaggio indebito rappresenterebbero i «criteri di essenza» dei delitti in questione, in grado di restituire loro un maggiore

Alla chiara enunciazione del principio non corrisponde però altrettanta univocità di soluzioni quando si tratta di qualificare come induttive o costrittive una serie di ipotesi “limite”, collocabili in una sorta di zona “grigia” al confine tra le due fattispecie illecite, e per le quali, a dispetto di ogni parametro di carattere oggettivo precedentemente individuato, alla Corte non resta che rinviare ad un approccio di tipo casistico modulato sulla base delle circostanze del fatto concreto. In queste situazioni – si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi di compresenza di un danno ingiusto e di un vantaggio indebito<sup>59</sup> – la scarsa «valenza interpretativa» del parametro generale impone infatti al giudice «una puntuale e approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta» che tenga conto «di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e valori che governano lo specifico settore di disciplina»<sup>60</sup>, al fine di accertare se nel processo decisionale del privato «il vantaggio indebito annunciato abbia prevalso o meno sull’aspetto intimidatorio».

In altri termini, nelle situazioni più ambigue, rispetto alle quali maggiormente si avvertiva la necessità delle direttive interpretative della Corte di Cassazione, quest’ultima si affida alla logica del caso per caso, seguendo proprio quell’approccio di tipo “soggettivistico”, ed esponendosi dunque a quella «deriva di arbitrarietà», che si era proposta di evitare nelle premesse iniziali<sup>61</sup>.

---

grado di determinatezza e di orientare l’attività decisoria del giudice verso esiti più ragionevoli.

<sup>59</sup> La sentenza tra i più significativi casi «borderline» individua quello del c.d. abuso di qualità del p.u. che fa pesare la propria posizione senza però fare riferimento ad un atto del proprio ufficio; quello in cui si prospetta di un danno generico o si minaccia l’uso di un potere discrezionale, nonché i casi in cui il vantaggio indebito si ricolleggi alla tutela di un bene di rango particolarmente elevato, tale da mettere il privato in uno stato di costrizione assimilabile alla coazione morale di cui al 54, co. 3., c.p.: sul punto, per un esaustivo quadro riepilogativo, si rinvia a Gatta, *Dalle sezioni Unite*, cit.; sui c.d. “casi ambigui”, v. anche le osservazioni di Piva, “*Alla ricerca dell’induzione perduta*”, cit., spec. par. 4.

<sup>60</sup> Cfr. pag. 44 della sentenza.

<sup>61</sup> Sul punto, v. le osservazioni di Seminara, *Concussione e induzione indebita*, cit., 565, per il quale le norme in questione, così congegnate, «non consentono interpretazioni che possano sottrarsi alla logica del caso concreto e, in ultima analisi, all’arbitrio del giudice»; sul punto, v. anche Viganò, *I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2014, n. 4, 13, che sottolinea i profili di imprevedibilità della decisione giudiziaria, «con tutti i rischi connessi di inutili dipendi di energie processuali e

I confini delle fattispecie rimangono, quindi, eccessivamente fluidi e fondati su parametri difficilmente verificabili, riproponendo, seppur in diverse forme, quelle stesse incertezze che hanno da sempre tormento il rapporto tra concussione e corruzione, tanto alimentare – proprio nel periodo di Mani Pulite – l’idea di un’abolizione *tout court* della ipotesi concussiva. L’introduzione della fattispecie di induzione indebita non sembra aver spostato di molto i termini della questione: «ora, come prima, la configurabilità della concussione appare certa solo dinanzi alla minaccia di un atto contrario ai doveri di ufficio e dannoso per il privato. Fuori da tale ipotesi – che, nella fenomenologia concussoria è certo la meno frequente – alla precedente alternativa tra concussione e corruzione si è aggiunto l’art. 319 *quater*, così rendendo ancora più inestricabile il preesistente groviglio normativo»<sup>62</sup>.

#### **4.1. Segue. Corruzione per l’esercizio della funzione e traffico di influenze illecite**

Si è già evidenziato come la giurisprudenza applicasse da tempo la fattispecie di corruzione anche a prescindere dalla prova dell’atto di ufficio, quale oggetto dell’illecito mercimonio, accontentandosi che la dazione o la promessa di denaro o altra utilità fosse effettuata in ragione delle funzioni esercitate dal soggetto pubblico e per comprarne i favori. Scelta discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e che comportava di fatto un’applicazione analogica della norma penale.

Il nuovo art. 318 c.p.<sup>63</sup>, nel sostituire la corruzione impropria (e quindi per un atto conforme ai doveri di ufficio) con la corruzione per l’esercizio della funzione, si propone quindi di recepire gli orientamenti

---

finanziarie da parte delle procure e del sistema giustizia nel suo complesso, legati anche alla possibilità di continui mutamenti nella qualificazione giuridica del fatto nel corso della vicenda processuale».

<sup>62</sup> Così Seminara, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella-Pelissero, Torino, 2013, 400, che osserva come «l’introduzione dell’art. 319 *quater* c.p., lungi dal risolvere le preesistenti incertezze, le ha accresciute attraverso la moltiplicazione di concetti a fortissima valenza normativa e di difficile delimitazione reciproca, la cui imprecisione sul piano dell’accertamento empirico si risolve nell’arbitrio del giudice».

<sup>63</sup> Articolo 318. Corruzione per l’esercizio della funzione. Il pubblico ufficiale che, per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da tre a otto anni.

consolidati in giurisprudenza, sanando, in tal modo, la frattura creatasi tra prassi e diritto scritto<sup>64</sup>.

Così ristrutturato, il sistema si muove quindi attorno ad una fattispecie generale – la corruzione per l’esercizio della funzione – e alcune fattispecie speciali – corruzione propria, corruzione in atti giudiziari – da applicare nei casi in cui si riesca, invece, a dimostrare l’oggetto specifico della pattuizione illecita<sup>65</sup>.

L’introduzione della nuova figura va senz’altro valutata favorevolmente, non solo perché – come si è detto – si superano le evidenti criticità dell’impostazione giurisprudenziale, ma anche perché, sul piano politico criminale, «l’indebita corresponsione di denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale in ragione (genericamente) dei vantaggi che il privato può attendersi dal pubblico ufficiale nell’esercizio futuro (e ancora indeterminato) delle sue funzioni, [...] fa emergere un pericolo assolutamente tangibile di asservimento della pubblica funzione ad interessi privati, contro il quale l’ordinamento penale ha tutto il diritto/dovere di reagire attraverso un’apposita incriminazione»<sup>66</sup>.

La medesima esigenza di correggere applicazioni giurisprudenziali *praeter legem*, giustifica l’inserimento nell’impianto del codice dell’art. 346 *bis* che incrimina il traffico di influenze illecite, fattispecie che, nella versione attualmente vigente – dopo le modifiche apportate dalla l. n. 3 del 2019 – sanziona con la reclusione da uno a quattro anni e sei mesi il fatto di chi «fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli art. 318, 319, 319 *ter* e nei reati di corruzione di cui all’art. 322 *bis*, sfruttando o vantando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322 *bis*, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, danaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’art. 322 *bis*, ovvero per remunerarlo, in relazione all’esercizio delle sue funzioni e dei suoi poteri»,

<sup>64</sup> Viganò, *I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano*, cit., 9.

<sup>65</sup> V. Seminara, *I delitti di concussione, corruzione per l’esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc., Speciale corruzione*, 2013, 18.

<sup>66</sup> Dolcini-Viganò, *La riforma in cantiere*, cit., 235; anche Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2012, 1238, sottolinea l’importanza della nuova previsione per la «funzione di orientamento culturale che ne deriva rispetto ai consociati, cui viene imposto di abbandonare la mortificante ricerca di una *captatio benevolentiae*, e rispetto ai soggetti pubblici, ai quali viene proibita qualsiasi forma di sfruttamento del loro potere».

stabilendo, al contempo, lo stesso trattamento giuridico anche per chi «*indebitamente dà o promette*» il suddetto vantaggio.

Si tratta di una figura che si riferisce a condotte strumentali alla realizzazione di futuri accordi illeciti, in un'ottica di anticipazione della tutela rispetto a quella realizzata mediante altri reati contro la p.a. e, in particolare, attraverso le fattispecie di corruzione<sup>67</sup>; ipotesi per le quali la giurisprudenza era solita utilizzare, in maniera piuttosto spregiudicata, la fattispecie del millantato credito<sup>68</sup> - (art. 346 c.p. ora abrogato e confluito nella nuova fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p.)<sup>69</sup> - applicata ben al di là dei limiti imposti dalla lettera della legge, anche laddove - assente l'elemento del mendacio - l'agente vantasse un credito realmente esistente presso il pubblico ufficiale<sup>70</sup>.

L'obiettivo della norma è pertanto quello di punire l'intervento di coloro che agiscono come "mediatori" di un futuro accordo corruttivo; del resto, la figura del c.d. "faccendiere" - non certo nuova nell'esperienza italiana - «crea almeno di regola il pericolo che dei pubblici ufficiali possano essere realmente contattati, e possano essere realmente corrotti dalla prospettiva di un immediato guadagno, specie in contesti a corruzione diffusa come quelli in cui non è infrequente imbattersi anche nel nostro paese»<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> La volontà del legislatore sembrerebbe quella di conferire alla nuova incriminazione una funzione residuale di "chiusura del sistema", nei casi in cui non siano applicabili le fattispecie della corruzione "ordinaria", nelle due diverse forme della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e della corruzione in atti giudiziari: sul punto, si vedano le osservazioni di Andreatza-Pistorelli, contenute nella Relazione, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in tema di **disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione** contenute nella **L. 6 novembre 2012, n. 190**.

<sup>68</sup> Articolo 346. Millantato credito. Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da un anno a cinque anni e con la multa da 309 euro a 2065 euro. (abrogato dalla L. n. 3 del 2019)

<sup>69</sup> Per approfondimenti sulle ultime modifiche apportate al traffico di influenze illecite ad opera della L. n. 3 del 2019, v. Ponteprino, *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "Spazzacorrotti"*, in *Sistema Penale*, 2019, n. 12, 91 ss.

<sup>70</sup> Per approfondimenti sul punto, si rinvia a Merenda, *Traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2, 2013, 88 ss.

<sup>71</sup> Dolcini-Viganò, *op. cit.*, 240.

I problemi più delicati potrebbero porsi in relazione al compimento di quelle attività di rappresentanza di interessi particolari, esercitate in forma professionale, presso istituzioni o amministrazioni pubbliche, meglio note come attività di *lobbying*, il cui obiettivo è quello di influenzare le determinazioni dei decisori pubblici per adeguarle alle esigenze del gruppo rappresentato.

Sul punto, va essenzialmente rilevato che, se da un lato, l'attività lobbistica si presta ad essere funzionale allo stesso decisore pubblico, in quanto finalizzata all'elaborazione di una determinazione «a basso grado di conflittualità»<sup>72</sup>, adottata dopo averne attentamente valutato l'impatto sui destinatari, dall'altro, la peculiare relazione tra il mediatore e le istituzioni porta con sé il pericolo di derive patologiche, anche molto gravi, con il rischio di sovrapposizioni tra condotte lecite e condotte illecite. Si tratta, come è evidente, di pericolose distorsioni del fenomeno, che di per sé non hanno nulla a che vedere con l'attività in questione ma rischiano, quantomeno nell'immaginario collettivo, di portare ad una identificazione tra la figura del lobbista e quella del c.d. "faccendiere".

L'introduzione nel nostro ordinamento del reato di traffico d'influenze illecite rende il problema della regolamentazione delle *lobbies* di particolare urgenza, per la necessità di assicurare una precisa linea di confine tra la legittima attività di influenza e quella esercitata indebitamente, specie perché, in Italia, pur in presenza di «una vera e propria overdose di intermediazione»<sup>73</sup>, manca un'apposita e adeguata regolamentazione del settore, come quella approvata da tempo in altri Paesi.

## 5. Uno sguardo alla legge "Spazzacorrotti" del 2019

Con la recentissima legge n. 3 del 2019 il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di corruzione, attraverso misure e strumenti che mirano a rafforzare la deterrenza e l'efficienza della risposta punitiva<sup>74</sup>. In questo contesto, la lotta alla corruzione si arricchisce di specifiche tecniche di contrasto già sperimentate in materia di criminalità di tipo mafioso: basti pensare, come si è già detto, alla causa di non punibilità collegata alla collaborazione del corruttore/corrotto (art. 323 *ter* c.p.), chiaramente ispirata al fenomeno del pentitismo.

---

<sup>72</sup> Così Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, 48.

<sup>73</sup> In tal senso, Sgueo, *Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano*, in *Rivista di politica*, n. 2, 2012, 118.

<sup>74</sup> V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., 262 ss.

Sul piano dell'accertamento investigativo, va segnalata anche la possibilità di avvalersi di un "agente sotto copertura", nonché, in materia di intercettazioni, di utilizzare senza limiti i captatori informatici (i c.d. Trojan). Anche sul versante penitenziario, il trattamento riservato agli autori dei fatti corruttivi viene equiparato a quello previsto per i reati di mafia (art. 4 *bis* ord. pen), con forti limitazioni sia alla possibilità di fruire di misure alternative al carcere che di godere della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656, comma 5, c.p.p.)<sup>75</sup>.

Si tratta senz'altro di interventi che incidono pesantemente sui diritti fondamentali e che sollevano più di una perplessità, perché, l'equiparazione a tutto tondo tra mafia e corruzione sembra trascurare le profonde diversità che, nella maggior parte dei casi, intercorrono tra i due fenomeni, con il rischio di determinare soluzioni irragionevoli sul piano delle garanzie ed in contrasto con il principio di uguaglianza<sup>76</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive

L'impatto delle ultime riforme potrà essere valutato solo in futuro; vero è però che ad oggi il rimodernamento del sistema dei delitti di corruzione, iniziato con la Legge Severino del 2012, non ha prodotto l'effetto sperato: la corruzione si presenta, tuttora, come un fenomeno endemico che influenza pesantemente le transazioni economiche nel nostro paese.

Può senz'altro dirsi che rispetto agli anni di Tangentopoli il contesto di riferimento è decisamente cambiato: «non esistono più i grandi partiti della c.d. prima Repubblica e tantomeno il sistema accentrato di finanziamento e gestione che li caratterizzava; i centri di spesa si sono moltiplicati all'infinito, la crisi economica ha ridotto di molto i grandi appalti; è cambiata la strategia delle mafie»<sup>77</sup>. La corruzione è diventata però "pulviscolare", manifestandosi spesso in una serie di fatti, anche di minima entità, percepiti ormai quale prassi generalizzata: una realtà favorita da una cattiva amministrazione «che rende più difficili i controlli

<sup>75</sup> La Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 12 febbraio 2020 ha dichiarato incostituzionale l'applicazione retroattiva del riformulato art. 4 *bis* ord. penit., a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

<sup>76</sup> In questi termini, Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 2, 105 ss.

<sup>77</sup> Così Pignatone, *Le nuove fattispecie corruttive*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 3 aprile 2018.

dei processi decisionali, allunga i tempi di risposta e riduce la qualità dei servizi prestati»<sup>78</sup>.

A questa modalità “classica” di corruzione, si affianca un tipo di corruzione che potrebbe definirsi, invece, “organizzata”<sup>79</sup>, che presenta carattere stabile e che non si esaurisce più nello scambio tra privato e pubblico ufficiale, ma «è sempre più radicata in reti di affari e connessa a forme strutturate di criminalità di tipo economico e spesso anche mafioso»<sup>80</sup>. E’indubbio, infatti, che, grazie ai capitali illeciti di cui dispongono, le organizzazioni criminali rappresentano gli interlocutori ideali degli amministratori corrotti.

Simile complessità del fenomeno rende evidente come per contrastare la corruzione il diritto penale non basti, ma sia necessaria un’azione sinergica che agisca *in primis* sul piano della prevenzione<sup>81</sup>, favorendo la diffusione di una nuova cultura dell’agire pubblico improntata al rispetto dell’imparzialità e della trasparenza.

Una delle principali cause del perdurare della corruzione in Italia è legata anche all’ «assenza di un sentire diffuso e di una percezione netta di questo problema come un cancro della democrazia»<sup>82</sup>; la corruzione va vista, infatti, non solo come un’attività illecita ma soprattutto come un costo economico che ostacola pesantemente la crescita del nostro Paese.

Una sfida etica, prima che giuridica, per affermare il principio che legalità ed efficienza sono due facce della stessa medaglia<sup>83</sup> e che riducendo i malfunzionamenti della pubblica amministrazione, si riducono al contempo gli spazi che favoriscono l’insinuarsi delle pratiche corruttive.

Un messaggio di cui si fa portatore lo stesso Pontefice quando afferma che «la corruzione rivela una condotta anti-sociale tanto forte da sciogliere la validità dei rapporti e quindi, poi, i pilastri sui quali si fonda una società: la coesistenza fra persone e la vocazione a svilupparla.

---

<sup>78</sup> Pignatone, *op. ult. cit.*, 3.

<sup>79</sup> V.Vannucci, *Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata*, in *Atlante della corruzione*, Rubettino, 2017, 43.

<sup>80</sup> Sciarrone, *Il mondo di mezzo e l’area grigia*, in *Il Mulino- la rivista on line*, 31 luglio 2017.

<sup>81</sup> V. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 novembre 2017, con riferimento all’attività Agenzia nazionale anticorruzione, istituita con la legge n. 114/2014.

<sup>82</sup> Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2754 ss.

<sup>83</sup> Flick, *op. ult. cit.*

La corruzione spezza tutto questo sostituendo il bene comune con un interesse particolare che contamina ogni prospettiva generale» ed allora, «dobbiamo parlare di corruzione, denunciarne i mali, capirla, mostrare la volontà di affermare la misericordia sulla grettezza, la curiosità e creatività sulla stanchezza rassegnata, la bellezza sul nulla. [...] Dobbiamo lavorare tutti insieme, cristiani, non cristiani, persone di tutte le fedi e non credenti, per combattere questa forma di bestemmia, questo cancro che logora le nostre vite. È urgente prenderne consapevolezza, e per questo ci vuole educazione e cultura misericordiosa, ci vuole cooperazione da parte di tutti secondo le proprie possibilità, i propri talenti, la propria creatività»<sup>84</sup>.

### **Riferimenti Bibliografici**

CANTONE-MILONE, Prime riflessioni sulla causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p., in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

CHIARA, *Politica e magistratura negli anni della Seconda repubblica: profili storici, Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fin del berlusconismo*, a cura di Apollonio, Roma, 2015.

DAVIGO, *Per non dimenticare, Prefazione a Mani Pulite. La vera storia*, a cura di Barbacetto-Gomez-Travaglio, Milano, 2018.

DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI-VIGANÒ, Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2012.

FIANDACA, *Esigenze e prospettive di una riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.

FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014.

FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

FORTI, *Sulla distinzione tra i reati di corruzione e concussione*, in *Studium iuris*, n. 7, 1997.

GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli*, in *Cass. pen.*, 1994.

---

<sup>84</sup> Papa Francesco, *Prefazione a Turkson, Combattere la corruzione nella Chiesa e nella società*, Rizzoli, 2017.

MANES, L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

MANES, La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie «extra legem», in *Foro it.*, II, 1999.

MANNA, Corruzione e finanziamento illegale ai partiti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

MATTEVI, Il reato di concussione: esperienza di tangentopoli ed esigenza di riforma, in *www.il-margine.it*, 2002.

MOCCIA, Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

MONGILLO, La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione, in *Dir. pen. cont.*, 2019,

PADOVANI, Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

PADOVANI, Il traffico delle indulgenze . 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986.

PAPA FRANCESCO, Prefazione a TURKSON, *Combattere la corruzione nella Chiesa e nella società*, Rizzoli, 2017.

PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.

PIGNATONE, Le nuove fattispecie corruttive, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*, 3 aprile 2018.

SCIARRONE, Il mondo di mezzo e l'area grigia, in *Il Mulino- la rivista on line*, 31 luglio 2017.

SEMINARA, La corruzione: problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente, in *AA.VV., La corruzione. Profili storici, attuali, europei e soprannazionali*, a cura di Fornasari-Luisi, Padova, 2003.

SEMINARA, La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2012.

SEMINARA, La riforma dei reati di corruzione, cit., 1240. Sottolinea il rischio di un effetto criminogeno del premio, anche ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335-bis cod. pen.)*, Milano, 2006.

SEMINARA, sub art. 317, in *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992.

SGUBBI, Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1994.

SGUEO, Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano, in Rivista di politica, n. 2, 2012.

V. CANTONE, Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 novembre 2017, con riferimento all'attività Agenzia nazionale anticorruzione, istituita con la legge n. 114/2014.

V. SEMINARA, I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita, in Dir. pen. proc., Speciale corruzione, 2013.

V.VANNUCCI, Come cambia la corruzione in Italia: pulviscolare, sistemica, organizzata, in Atlante della corruzione, Rubettino, 2017.

VANNUCCI, Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti, in Etica degli affari e delle professioni, 1993.

VANNUCCI, La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da 'mani pulite', in Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite', a cura di Forti, Milano, 2003.



# RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS: QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E RECEPÇÃO

*BONA FIDE PAYMENT FOR REPRESENTATION IN A CRIMINAL MATTER: LIFTING OF BANK AND TAX SECRECIES, MONEY LAUNDERING AND HANDLING OF STOLEN GOODS*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p165-189

Heloisa Estellita

*Profa. da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Pós-doutora pelas Universidade de Munique e Augsburg, na Alemanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo*

**Data de recebimento:** 16/04/2020

**Data de aceite:** 23/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O texto aborda a questão do recebimento de honorários maculados por advogados que efetivamente prestaram o serviço objeto da contratação. Analisa-se a conduta à luz dos tipos penais de lavagem de dinheiro e de receptação, concluindo pela atipicidade da conduta. Inexistindo indício de conduta típica, não se configura pressuposto legal para a aplicação do disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/01, ou seja, para a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal.

**Palavras-chave:** Honorários advocatícios. Quebra de sigilo bancário. Lavagem de dinheiro. Receptação. Tipicidade.

**Abstract:** *The text addresses the important discussion regarding bona fide payment for representation in a criminal matter. Such a conduct does not fall within the scope of the money laundering nor of the handling of stolen goods under Brazilian Criminal Law. Accordingly, accepting fees for legal representation in*

*a criminal case does not constitute, per se, a legitimate ground for lifting neither the bank secrecy nor the tax secrecy of a counsel.*

**Keywords:** *Bona fide attorney fees. Tainted fees. Money laundering. Bank secrecy. Tax secrecy.*

**Sumário:** I. Introdução. II. O caso. III. Embasamento legal. III.1. Delimitação das questões jurídicas. III.2. Tipicidade à luz do art. 1º, Lei 9.613/98?. III.2.1. Esclarecimentos introdutórios. III.2.2. Modalidades de conduta típica. III.3. Tipicidade à luz do art. 180, caput e §3º, CPB?. III.3.1. Aspectos ligados ao tipo objetivo. III.3.1.1. Ausência de objeto material. III.3.1.2. Risco permitido. III.3.2 Aspectos ligados ao tipo subjetivo. IV. Conclusão.

## I. Introdução

O texto que a leitora e o leitor têm em mãos foi concebido como um parecer, elaborado em 2016. Decidi publicá-lo neste exemplar da revista por provocação do querido Editor-Chefe, Prof. Frederico Horta, que achou que o texto merecia vir a público. A estrutura de um parecer se aproxima bastante daquela de artigos científicos que se propõem a analisar um grupo de casos ou uma matéria jurídica a partir de problemas que se manifestam na vida real, e, assim, é capaz de demonstrar que as contribuições da dogmática se dirigem à solução de problemas concretos, da vida cotidiana<sup>1</sup>. Foi esta a razão que inspirou a publicação do parecer nesta revista científica. O texto foi mantido em sua formulação original, inclusive no que tange à literatura consultada e existente na época, tendo sido anonimizado para impedir a sua conexão com o caso concreto que motivou sua elaboração.

## II. O caso

Em certa data, advogados foram procurados por jornalista que afirmou conhecer teor de certa delação premiada, no bojo da qual o delator relatara ter pago propina a um funcionário público em troca de auxílio na aprovação de projetos, e que parte destes valores teriam

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*. Boletim IBDPE, v. 1, n. 1, p. 3–4, 2009.

sido usados por referido funcionário público para pagar honorários advocatícios devidos ao escritório de advocacia.

Tendo em vista que seu escritório patrocinava os interesses desse funcionário público na seara criminal, os advogados realizaram pesquisa em documentos bancários e contábeis da sociedade e identificaram estas informações: a) houve contratação formal, devidamente documentada, anos antes da data da delação, cujo objeto contratual era a representação do funcionário público em um inquérito policial; b) os serviços prestados por referida sociedade de advogados desde aquela data até a elaboração da consulta para parecer foram: estudo dos autos, elaboração de estratégia de defesa, participação em reuniões, audiências com autoridades públicas atuantes nos feito, elaboração e protocolo de petições, com o escopo de defender da melhor forma possível o interesse do cliente; c) os honorários contratados foram parcialmente pagos por meio de depósito bancário de cheque na conta de titularidade da sociedade de advogados em determinado banco de grande porte. O extrato bancário não indica, como de praxe, o emissor do cheque, mas apenas o depósito por meio de cheque, o valor e a data do “crédito”, sem qualquer informação adicional; d) diante do depósito bancário referente ao pagamento parcial dos honorários, foi emitido recibo, comutado no diário geral do mesmo mês, não sendo necessária a elaboração de nota fiscal, bastando a nota de honorários, nos termos da legislação municipal de cidade onde fica a sede do escritório; e) os impostos referentes à receita foram devidamente pagos na forma da lei; f) não havia qualquer indício de que o pagamento realizado tivesse origem suspeita ou ilícita, uma vez que o valor era compatível com os vencimentos do cliente (funcionário público) e nada no depósito indicava a origem do título de crédito.

Diante desse quadro, os Consulentes questionaram (quesitos): existe irregularidade ou ilegalidade no recebimento de honorários na forma exposta? É lícita a quebra de sigilo bancário da pessoa jurídica do escritório de advocacia diante de tais fatos?

### **III. Embasamento legal**

#### **III.1. Delimitação das questões jurídicas**

A Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, estabelece em seu artigo inaugural o sigilo das operações financeiras: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. No § 4º do mesmo artigo, lê-se: “a quebra de sigilo

poderá ser decretada, quando *necessária* para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes (...).”

O termo *necessidade* traduz metonímia dos pressupostos ligados a quaisquer medidas restritivas de direitos fundamentais, como é o caso, posto que a quebra dos sigilos fiscal e bancário traduz restrição imediata ao disposto no artigo 5º, X, CF. Esses requisitos são a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito,<sup>2</sup> objeto de remansosa e firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,<sup>3</sup> da qual colho, por sua pertinência e concisão, o seguinte precedente:

“A jurisprudência firmada pela Corte, ao propósito do alcance da norma prevista no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, já reconheceu a qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito o poder de decretar quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, desde que o faça em ato devidamente fundamentado, relativo a fatos que, servindo de indicio de atividade ilícita ou irregular, revelem a existência de causa provável, apta a legitimar a medida, que guarda manifestíssimo caráter excepcional (MS no 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO; MS no 23.466-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; MS no 23.619-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI; MS no 23.639-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; etc.)” (STF, MS 25.966-MC, DJe 22/05/2006).

No que interessa ao caso, o primeiro passo é verificar se os fatos narrados pelos Consulentes traduzem *indício de conduta ajustável, prima facie, a algum tipo penal*, que revele *causa provável* de sua prática, em conformidade com a excepcionalidade da quebra de sigilo acima reproduzida.

Muito embora não exista, até o momento e pelo que se extrai dos dados concretos do caso, qualquer comprovação de que os valores utilizados para o depósito bancário eram comprovadamente oriundos da prática do crime de corrupção passiva, trabalharei a partir da premissa hipotética da veracidade da afirmação que o jornalista fez sobre o suposto conteúdo das informações prestadas pelo delator, as quais, fique claro, desconheço.

Nos três passos de análise do caráter criminoso de uma conduta, aquele que examina se uma conduta é ajustável, *prima facie*, a algum tipo

<sup>2</sup> Sobre a proporcionalidade no processo penal, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 1ed. E-book, Saraiva, 2015, capítulo 1, item 1.13.

<sup>3</sup> Emblemático o MS 22801, DJe 14/03/2008 (Tribunal Pleno).

penal é o primeiro, o da tipicidade, que traduz, na linguagem da dogmática penal, a exigência do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF)<sup>4</sup>. Onde não há conduta típica, porque não subsumível a algum tipo legal de crime, não há conduta proibida, nem mesmo culpável.

Portanto, para afirmar a existência, ou não, do pressuposto legal que autoriza a quebra dos sigilos bancário e fiscal, o primeiro passo é estabelecer se a conduta narrada pelos Consulentes se subsume, *prima facie*, a algum tipo penal, a evidenciar, nas palavras do STF, *causa provável* de sua prática. Dado que se trata de analisar o recebimento de valores pelos Consulentes em virtude de relação contratual formal entre as partes, a punibilidade deve ser analisada à luz do crime de lavagem de capitais (art. 1º, Lei 9.613/98) e do crime de receptação (art. 180, *caput* e § 3º, CPB).<sup>5</sup> Feita essa análise, chega-se à conclusão, na qual se retorna ao disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/200, para, então, de forma sintética, responder aos quesitos.

Como se verá adiante, a regularidade ou não do recebimento de honorários, sob o ponto de vista penal, é elemento de análise da própria tipicidade, razão pela qual não será examinada autonomamente.

### III.2. Tipicidade à luz do art. 1º, Lei 9.613/98?

#### III.2.1. Esclarecimentos introdutórios

O objeto de análise deste tópico é *exclusivamente* a hipótese de advogado contratado para a defesa de investigado, suspeito ou acusado de infração penal, cuja contratação reflete a efetiva prestação de serviços e a questão do recebimento de honorários, cujo pagamento pode ser feito com recursos oriundos, direta ou indiretamente, da prática de crimes<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> “Diese Funktionen sind unterschiedlicher Art: Der Tatbestand steht unter dem Leitmotiv der Gesetzesbestimmtheit, auf das die Legitimation der Dogmatik oft allein reduziert worden ist; die Tatbestände dienen wirklich der Erfüllung des nullum-crimen-Satzes, und von ihm her muß die dogmatische Aufgliederung erfolgen” (ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 1974, p. 15). Também em ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, § 7, n. 62.

<sup>5</sup> Não será analisada a conduta à luz do crime de favorecimento real, posto que não há qualquer elemento indicando que o recebimento dos honorários pudesse ter se destinado, ainda que hipoteticamente, a “tornar seguro o proveito do crime” (art. 349, CPB).

<sup>6</sup> A confecção de contrato de honorários por serviços não efetivamente prestados para encobrir transações financeiras nada tem a ver com o exercício regular da advocacia e pode configurar prática de diversas figuras penais, a depender da situação concreta (cf. STJ, AP 458, DJe 18/12/2009).

A discussão sobre o tema não é nova e tem sido objeto, inclusive, de pronunciamentos judiciais em países ocidentais com os quais nosso ordenamento jurídico-penal tem alguma familiaridade, como é o caso da Alemanha,<sup>7</sup> por exemplo. No Brasil, recebeu trabalho monográfico específico já em 2010,<sup>8</sup> e tem sido objeto de diversas publicações.<sup>9</sup>

Não raro, portanto, consulta-se a literatura e a jurisprudência de países como a Alemanha ou a Espanha em busca de subsídios para compreender o conteúdo dos tipos penais relativos à lavagem de capitais e, até, proceder à exegese de nossa própria legislação na matéria à luz desse referencial. Este procedimento é inadequado para a hipótese ora analisada, posto que,

---

<sup>7</sup> A última decisão de que se tem notícia é a proferida pela 2ª Câmara do Segundo Senado do Tribunal Constitucional alemão em 28 de julho de 2015, na qual a Câmara reafirmou a orientação já adotada pela Corte em casos similares (cujo primeiro foi o BVerfG 110, 226, de 2004), segundo a qual o tipo penal, relativamente aos advogados, deve ser interpretado de forma restritiva, só podendo alcançar o advogado que, quando do recebimento dos honorários, saiba seguramente que os valores provêm de um dos crimes antecedentes apontados no art. 261, par. 1º, n. 2 (BVerfGE 110, 226; NJW 2015, 2949). Comentários à decisão faz RASCHKE, NZWiST 12/2015, p. 476-480.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ RIOS, *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*, Saraiva, 2010. (Direito penal econômico. GVlaw).

<sup>9</sup> Algumas já citadas no decorrer deste texto. Pode-se indicar, ainda, sem nenhuma pretensão de exaustividade: AMBOS, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje, Hammurabi, 2004, p. 55-94; CARO CORIA (Trad.); AMBOS; HINESTROSA, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios 'maculados': lavado de dinero?: intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero*, Universidad Externado de Colombia, 2002; CHOCLÁN MONTALVO, *Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal*, *La ley penal*, v. 5, n. 53, p.43-50, out. 2008; DIAS, *Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p.147-174, set./out. 2014; GRECO FILHO, RASSI, *Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras*, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p.13-14, ago. 2012; MASSUD, SARCEDO, *O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro*. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, 2013, p.263-289; LUCCHESI, *O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 349-384, mai./jun. 2014.

tanto na Alemanha<sup>10</sup>, como na Espanha,<sup>11</sup> incrimina-se (também) o puro e simples *recebimento* ou *guarda* de produtos oriundos da prática de infração penal anterior, ainda que oriunda de *culpa* (grave).<sup>12</sup>

Essa, contudo, *não* é a situação legal brasileira. Aqui não há figura típica criminalizando a mera guarda ou recebimento, sem mais, de valores provenientes da prática anterior de infração penal.<sup>13</sup> Também não está prevista a punibilidade da forma culposa, de qualquer das modalidades típicas da lavagem de capitais.

### III.2.2. Modalidades de conduta típica

Dito isto, cumpre analisar os fatos narrados pelos Consulentes à luz do direito positivo, ou seja, do disposto no artigo 1º da Lei n. 9.613/98.

Tal dispositivo incrimina diversas condutas, que têm em comum o objeto material sobre o qual recaem: bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Entendo que do *caput* ao § 2º, I, há a incriminação de uma crescente gravidade no ataque ao bem jurídico,<sup>14</sup> da conduta de menor para a de maior gravidade, em

<sup>10</sup> Recente: KRAATZ, Erik, Geldwäscherisiken für Anwälte, NJ 4/2015, p. 149-157.

<sup>11</sup> Recente: BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4a ed., Aranzadi, 2015, p. 772 e ss.

<sup>12</sup> Abordando, em conjunto, a situação espanhola e alemã, WIRTZ, BERMEJO, Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?, ZIS, 10/2007. Na Espanha, vide por todos BLANCO CORDERO, obra citada, local citado. Na Alemanha, SCHRÖKE/SCHRÖDER/HECKER/STREE, *StGB*, § 261, nr. 24 e ss.; HERZOG, *Geldwäschegesetz*, 2. Aufl., 2014, *StGB* § 261, nr. 99 e ss.; KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGE/ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013, § 261, n. 124 e ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 28. Aufl., 2014, § 261, 5 a; NEUHEUSER, *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl., 2012, § 261, nr. 78 e ss. Estudos monográficos posteriores à decisão do BVerfG de 2004: BEULKE/RUHMANNSIEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl., C. F. Müller, 2010; GLASER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, Herbert Utz, 2009; SCHRADER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche (§ 261) durch Annahme bemakelter Honorarmittel*, Tectum, 2008.

<sup>13</sup> É a mesma razão que inspira a afirmação, mas na outra ponta da relação, de que “a conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmutando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso” (TRF4, 1999.70.00.013518, DE 05/07/2007; no mesmo sentido, ainda, TRF4, HC 2009.04.00.015092-0, j. 02/06/2009).

<sup>14</sup> A identificação do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de capitais é alvo de acesa discussão, tanto em nosso País (ilustrativo SÁNCHEZ RIOS, obra citada),

conformidade com a clássica tripartição das etapas do processo de lavagem (colocação, ocultação e integração),<sup>15</sup> no que o dispositivo presta tutela penal (extremamente) abrangente ao bem jurídico, especialmente tendo-se em vista a questionável homogeneidade dos marcos penais para condutas de lesividade diversa.

O *caput* tipifica a conduta de *ocultar* ou *dissimular* a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do objeto material acima indicado. Enquanto o *ocultar* tem o significado de *esconder*, o *dissimular* tem o significado de *disfarçar*. Aqui não é necessário seguir na interpretação do significado dos verbos nucleares, objeto de vívida crítica,<sup>16</sup> posto que os fatos, como narrados, não se ajustam a nenhuma dessas modalidades de conduta.<sup>17</sup>

Se os valores depositados na conta do escritório de advocacia foram obtidos, pelo depositante, com a prática de corrupção passiva (segunda figura do 317, CPB), estaria configurada a existência de objeto material do tipo de lavagem. Sobre este objeto, porém, não agiram os Consulentes de forma a ocultar ou dissimular sua *natureza, origem, localização, disposição, movimentação* ou *propriedade*, posto que todos esses dados constam expressamente do contrato de honorários, que justifica e documenta a *natureza* do recebimento por parte dos Consulentes; o depósito na conta bancária do escritório, dado que é de registro permanente por instituição financeira, fornece não só os dados sobre a *origem* (o depositante), como a *disposição* e *movimentação* (a operação de depósito bancário), como, ainda a *localização* (conta bancária da sociedade de advogados, constituída regularmente) e a *propriedade* (sociedade de advogados com personalidade jurídica) de referidos valores.<sup>18</sup>

---

como na Espanha (ilustrativo BLANCO CORDERO, obra citada, p. 289 e ss.), na Alemanha (ilustrativo ALTENHAIN, § 261, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, NK, 4. Auflage, nr. 7-14) ou mesmo em outros países latino-americanos (ilustrativo GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, Segunda edición, B de F, 2015, p. 49 e ss.), mas cuja discussão foge ao escopo deste exame.

<sup>15</sup> Embora não de forma expressa, esse parece ser também o entendimento de BALTAZAR JÚNIOR, obra citada, p. 1104.

<sup>16</sup> A crítica se dirige contra a modalidade típica de *ocultar* e, a meu ver, merece ser acolhida: cf. VILARDI, O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 18.

<sup>17</sup> No mesmo sentido, afirmando a inaplicabilidade do § 261 Abs. 1, que contempla as condutas de ocultação e dissimulação, para hipóteses de recebimento de honorários pelo defensor Schröke/Schröder/Hecker/Stree, *StGB*, § 261, nr. 24.

<sup>18</sup> Para COSTA, sequer há de cogitar da incidência destas modalidades típicas no recebimento de honorários (COSTA, Honorários advocatícios e lavagem de di-

A existência de honorários e a prestação efetiva dos serviços contratados, por seu turno, afastam, *prima facie*, que o recebimento dos valores pudesse se ajustar às figuras típicas do § 1º:

§ 1º. Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Isto porque o recebimento dos valores se deu como contraprestação por prestação de serviços na área de especialidade dos contratados,<sup>19</sup> ou seja, *para pagamento por serviços prestados* e não, como exige o elemento subjetivo especial do tipo, *para* “ocultar o dissimular” sua utilização.<sup>20</sup> De resto, como visto, a forma do pagamento e a natureza da operação bancária nela envolvida implicam em *transparência* quanto à utilização do bem, e não em sua ocultação ou dissimulação.

Não se ajusta, igualmente, à figura típica inscrita no art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/98 o recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados.<sup>21</sup> Trata-se da modalidade típica de *utilização*, na atividade econômica ou financeira, de bens direitos ou valores provenientes de infração penal. É evidente que não se pode interpretar isoladamente esta modalidade típica e isto por três razões fundamentais: (a) a própria interpretação sistemática do artigo 1º, como dito, indica uma gradação de ataque ao bem jurídico, que caminha das menos graves às mais graves: desde a mera ocultação (*caput*), passando pela transformação (§ 1º)

---

nheiro, em MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*, Lumen Juris, 2014, p. 165).

<sup>19</sup> Cujas notoriedade dispensa demonstração.

<sup>20</sup> Ainda, no mesmo sentido COSTA, obra citada, p. 166.

<sup>21</sup> No mesmo sentido, especificamente COSTA, obra citada, p. 167 e ss. Em sentido congruente quanto à modalidade típica que mais se aproximaria da incriminação do recebimento de honorários maculados, cf. GRANDIS, O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro, em DI CARLI (at al.), *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*, Verbo, 2011, p. 135, o qual, todavia, conclui pela *atipicidade* por não ver configurados os pressupostos de imputação objetiva (cf. especialmente p. 140-141).

até a integração (§ 2º)<sup>22</sup>; (b) se se tratasse aqui da mera “utilização” para qualquer finalidade de produtos de infração penal antecedente, estar-se-ia negando vigência à limitação típica imposta pela cláusula “na atividade econômica ou financeira”, justamente a que evidencia que se cuida aqui da punibilidade da última fase da lavagem – a mais grave sob o ponto de vista do (na verdade, da dificuldade de) alcance dos ativos criminosos por implementação de medidas cautelares patrimoniais do processo penal ou tutela da ordem econômica –, a *integração*: a incorporação formal dos ativos ao sistema econômico *por, para* ou *no* interesse do titular dos ativos criminosos; (c) a interpretação de que se trataria também de puro e simples recebimento conduziria a ter de afirmar a atipicidade quando o receptor dos valores não os utilizasse em sua atividade econômica, mas, sim, em outras atividades privadas (ou, não econômicas), o que não faria o menor sentido fosse o intento do legislador proibir o recebimento de valores oriundos da prática de crime por si só.<sup>23</sup>

Os fatos narrados pelos Consulentes, portanto, não se ajustam, já em juízo sobre a tipicidade objetiva, e, pois, *prima facie*, aos tipos legais de crime descritos no artigo 1º da Lei 9.613/90.<sup>24</sup>

### III.3. Tipicidade à luz do art. 180, caput e § 3º, CPB?

Resta examinar a punibilidade da conduta à luz do disposto no artigo 180 do CPB, especificamente em seu *caput* e em seu § 3º:<sup>25</sup>

#### Receptação

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto

<sup>22</sup> BALTAZAR JÚNIOR também vê, nesta conduta típica, a incriminação da fase de integração (obra citada, p. 1104).

<sup>23</sup> O que ainda obrigaria aquele que pretendesse sustentar tal interpretação a uma necessária discussão acerca da derrogação do tipo de receptação para determinadas constelações de casos, com o consequente ônus de legitimar a extravagante diferença entre as penas cominadas para condutas dotadas da mesma lesividade (1 a 4 anos para a receptação; 3 a 10, para a lavagem).

<sup>24</sup> Independentemente de qualquer hipótese fática, conclui COSTA: “Conforme analisado, atualmente não há espaço na legislação brasileira para a aplicação do crime de lavagem de dinheiro ao advogado que recebe honorários como contraprestação de atuação profissional lícita, ainda que tais honorários tenham sabidamente origem ilícita” (obra citada, p. 175).

<sup>25</sup> Descartada a figura do § 1º, posto que a prestação de serviços de advocacia não se ajusta ao conceito de atividade comercial ou industrial.

de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

### III.3.1. Aspectos ligados ao tipo objetivo

#### III.3.1.1. Ausência de objeto material

Se verdadeira a afirmação do delator no sentido de que o valor utilizado pelo cliente dos Consulentes para o depósito bancário era produto de crime de corrupção passiva (art. 317, CPB), falta o necessário objeto material sobre o qual devem recair as condutas descritas nos dois dispositivos.

Um dos critérios hermenêuticos para identificar o objeto da tutela penal é, sem dúvida, a seção na qual o legislador alocou a figura típica. Nesse sentido, o artigo 180 do Código Penal está inserido dentro do *Título II – Dos crimes contra o patrimônio*,<sup>26</sup> a indicar que concede tutela de segundo grau ao patrimônio<sup>27</sup> – público ou privado –<sup>28</sup> já ofendido pelo crime anterior (p. ex., furto, apropriação indébita, estelionato etc.).

<sup>26</sup> Sobre a importância científico-pragmática da estruturação da Parte Especial a partir dos bens jurídicos protegidos, v. GRECO, *Lo vivo e lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, 2015, p. 275. É evidente que a localização topográfica de um artigo, por si só, não determina necessariamente o seu objeto de tutela. Exemplo disso é o disposto no art. 168-A, CP, o qual, apesar de também estar alocado entre os crimes contra o patrimônio, volta-se à tutela da arrecadação tributária. O mesmo fenômeno ocorre com o artigo 337-A; críticas específicas à alocação dessas figuras em ESTELLITA, *Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais*, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 36, p.309-350, out./dez. 2001. Todavia, a alocação de um tipo penal dentro de um capítulo no qual o legislador afirmar proteger este ou aquele bem jurídico deve ser o ponto de partida do intérprete e, caso identificada disparidade, haverá o ônus de demonstrar que o objeto de tutela difere daquele atribuído àquela seção ou capítulo.

<sup>27</sup> Neste sentido, BUSATO, *Direito penal: parte especial I*, Atlas, 2014, p. 607.

<sup>28</sup> Neste sentido, BITENCOURT, *Tratado de direito penal – parte especial*, 8 ed., Saraiva, 2012, v. 3 edição eletrônica, Crime de receptação, item 2.

Este critério tem sido um dentre os invocados para distinguir o âmbito de aplicação do crime de lavagem de capitais do de aplicação do crime de receptação,<sup>29</sup> especialmente naqueles países, como a Alemanha, nos quais as duas figuras foram alocadas uma em seguida da outra<sup>30</sup> e/ou a lavagem de dinheiro só se aplica a bens oriundos de um rol taxativo de crimes.<sup>31</sup> No direito positivo alemão, a referência expressa no tipo penal a uma coisa oriunda de um crime contra o patrimônio<sup>32</sup> indica, claramente, sua natureza patrimonial, com o que se define a *finalidade da tutela* fornecida por esta figura criminosa como a de *evitar a agravação do dano patrimonial causado pela prática criminosa anterior*. Não por outra razão, a receptação é ali denominada “crime de conexão” (*Anschlussdelikt*), tal qual o favorecimento real.<sup>33</sup> O injusto da receptação residiria na perpetuação da ilegal situação patrimonial alcançada pela prática do crime antecedente, que se expressa na *nova separação entre o bem e seu titular legítimo* representada

<sup>29</sup> Cf. ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, Delitos contra el patrimonio, em SILVA SÁNCHEZ/RÁGUES IVALLÉS, *Leciones de derecho penal*, Atelier, 2015, p. 299. Outro critério que mereceria melhor exame é o da circunstância de o crime de receptação ter por objeto coisas móveis, no sentido da lei civil, e não valores. Em nosso país, BALTAZAR JÚNIOR é um dos poucos que, acertadamente, também estabelece a distinção entre o crime de lavagem e o de receptação com base diversa natureza do objeto material: bens ou valores, inclusive provenientes indiretamente do crime antecedente, no primeiro caso, coisas, móveis ou mobilizadas, no segundo (*Crimes federais*, 10ed., Saraiva, 2015, p. 1093)

<sup>30</sup> No Código Penal alemão (StGB), a receptação está definida no § 259 e a lavagem de dinheiro, no § 261.

<sup>31</sup> StGB, § 261, nr. 1.

<sup>32</sup> Em alemão, „§ 259 Hehlerei. (1) Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ Em espanhol: “§ 259. Receptación. (1) Quien compre, o de otra manera obtenga para sí o para un tercero, comercialice, o ayude a comercializar una cosa, que otro se haya hurtado o de otra manera haya obtenido por medio de un hecho antijurídico dirigido contra el patrimonio ajeno de un tercero, con el fin de enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

<sup>33</sup> WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht – Besonderer Teil 2*, 37. Auflage, C.F. Müller, 2014, § 23, nr. 832; RENGIER, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 17. Auflage, 2015, § 22, nr. 1. O favorecimento real está definido no § 257 do StGB, dentro da mesma seção onde se encontram alocados os crimes de receptação (*Hehlerei*, § 259) e de lavagem de capitais (*Geldwäsche*, § 261). No Brasil, no mesmo sentido, BALTAZAR JÚNIOR, obra citada, p. 1091.

pela transferência do poder de disposição sobre o bem a uma terceira pessoa (o receptor).<sup>34</sup>

Muito embora não haja expressa menção a “coisa oriunda de um crime contra o patrimônio” na figura típica brasileira, os verbos utilizados pelo legislador, especialmente aqueles agregados aos tipos penais do *caput* e do § 1º em 1996, indicam claramente que a *coisa* referida em cada um dos enunciados (desde o *caput* até o §6º<sup>35</sup>) é de ser entendida como um *objeto corpóreo móvel* com valor econômico. Tanto assim que o legislador agregou às modalidades típicas as condutas de *transportar, conduzir, montar, desmontar, remontar*, as quais, evidentemente, somente se aplicam a coisas com existência corpórea, e não a *direitos*, como o *direito de crédito* que os Consulentes tinham contra o banco no qual têm conta corrente de depósito<sup>36</sup> -- o qual, por sua vez, tinha um direito de crédito contra a instituição financeira emitente do cheque (sacada). Trata-se de interpretação sistemática dentro do mesmo dispositivo legal,<sup>37</sup> que não permite aplicar o verbo *transportar* a um direito de crédito em conta corrente de depósito, assim como não o admitem os verbos *montar, desmontar, remontar* ou *conduzir*.<sup>38</sup>

A interpretação em sentido contrário obrigaria afirmar, por coerência, que, na verdade, quem teria praticado o crime de receptação teria sido a *instituição financeira* (a pessoa nela encarregada, a rigor) na qual o cheque foi depositado, pois foi ela quem *recebeu*, após a compensação interbancária (serviço prestado, entre nós, pelo Banco do Brasil), os valores da instituição sacada representados pelo cheque e supostamente oriundos da prática de crime de corrupção. Aliás, levando-se ao pé da

<sup>34</sup> WESSELS/HILLENKAMP, obra citada, § 23, nr. 823; KINDHÄUSER, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 4. Auflage, 2005, § 47, nr. 1; RENGIER, obra citada, § 22, nr. 1.

<sup>35</sup> No parágrafo 6º, inclusive, há expressa menção bens e instalações do patrimônio da União, em clara referência a coisas corpóreas.

<sup>36</sup> O contrato de conta-corrente bancário se rege pelas normas dos artigos 645 c.c. 586 do Código Civil: “Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

<sup>37</sup> Sobre as três classes de formação jurídica de conceitos, v. SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009, p. 55-57.

<sup>38</sup> Sobre os limites da interpretação das elementares do tipo de acordo com o texto da lei, especialmente em matéria penal, onde proibida a analogia *in malam partem*, v. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 120 e ss., especialmente p. 123.

letra o sistema de compensação de cheques no Brasil, a rigor, a “coisa” pode sequer ter entrado na esfera de posse/propriedade da instituição financeira onde depositado o cheque, porque a compensação de cheques no Brasil é feita pelo sistema de movimento compensatório entre instituições sacadas e acolhedoras, assim, é possível que sequer tenha havido transferência de valores entre instituição sacada e instituição acolhedora, se, na data da compensação, esta última tivesse mais débitos do créditos frente à sacada.

Por fim, atribuir à “coisa” que é objeto material do crime de receptação o sentido de “valor” ou “direito” implicaria colocar, potencialmente, no espectro de alcance deste tipo penal também o dono do supermercado, o da empresa fornecedora de energia elétrica, o dono do posto de abastecimento de combustíveis, os funcionários públicos responsáveis pelo recolhimento de tributos, os funcionários públicos encarregados do recebimento dos valores pagos a título de fiança (processual penal) ou multa penal etc., que recebem o pagamento por seus produtos/tributos/fiança/pena com valores (dinheiro em espécie, transferência bancária, pagamento via cartão de crédito ou de débito, cheque etc.) oriundos da prática anterior de crime (contra o patrimônio).<sup>39</sup> Uma tal interpretação levaria a uma ampliação tão incontrolável da incidência do tipo, que poderia, no limite, inviabilizar o próprio tráfego econômico. Esses argumentos evidenciam que a “coisa” objeto destas figuras típicas é um *bem corpóreo móvel*.

Ademais, no caso de *corrupção passiva* na modalidade de *recebimento*, não há a *subtração* de uma coisa móvel (corpórea) daquele que faz o pagamento, pois a entrega dos valores ao funcionário público é *espontânea*, não havendo que se falar em dano infligido *injustamente* ao patrimônio daquele que paga a “propina”, o que ocorreria em caso de concussão (art. 316, CPB<sup>40</sup>), hipótese sequer ventilada nos fatos que motivam a presente consulta.

Por todas estas razões, a conduta narrada pelos Consulentes não se ajusta, já por este primeiro fundamento objetivo, às figuras típicas do *caput* e do § 3º do artigo 180 do CPB.

<sup>39</sup> Cf. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Blanqueo de capitals y abogacía, *InDret*, enero 2008, p. 31. O argumento é utilizado por KULISCH com relação à modalidade de recebimento do tipo penal de lavagem na Alemanha, referindo-se ao juiz que recebe o pagamento das custas processuais e da multa penal de condenado que tenha praticado um dos crimes antecedentes apontados no parágrafo 1 do § 261 do StGB (KULISCH, *StrFo* 1999, 337 (339)).

<sup>40</sup> O excesso de exação está evidentemente fora do horizonte de análise (art. 316, § 1º).

### III.3.1.2. Risco permitido

Outro elemento comum às duas figuras típicas ora examinadas é o do conteúdo do risco juridicamente desaprovado pressuposto para a imputação do resultado ao autor, o que permite a análise conjunta à luz de dois dispositivos que se diferenciam quanto ao aspecto subjetivo -- exigência de dolo no *caput*, e de culpa no § 3º<sup>41</sup> --, pois desde que se passou a compreender o tipo como descritor de condutas perigosas para bens jurídicos,<sup>42</sup> a imputação objetiva do resultado passou a operar dentro do *tipo objetivo* de qualquer modalidade típica, e, com isso, a estrutura objetiva do tipo culposo<sup>43</sup> -- e, no que nos interessa, a *violação do dever objetivo de cuidado*, agora nomeada de *criação de risco juridicamente desaprovado* -- foi incorporada ao tipo objetivo também dos delitos dolosos: *todo crime doloso contém um crime culposos*.

Um exemplo tomado de Herzberg ilustra o acerto dessa afirmação: a secretária gravemente gripada que comparece ao trabalho sem sequer pensar que poderia contaminar seu chefe, não comete um crime de lesões corporais culposo, posto que cria um risco *permitido*. Mas e se ela não só conhecesse a possibilidade como desejasse (dolo) ardentemente contaminar seu chefe? Mesmo assim sua conduta, já no exame do tipo objetivo, seria atípica, posto que o risco criado (apesar da má intenção) é permitido, e nem sua má intenção poderia ser qualificada penalmente como dolosa,<sup>44</sup> pois, se o dolo deve abarcar todos os elementos do tipo objetivo, dentre eles, a criação do risco juridicamente desaprovado, ausente este, ausente o dolo. Em outras palavras: conhecer e querer o risco *permitido* não se qualifica como dolo. Com outros exemplos: dar

<sup>41</sup> Embora divergindo da técnica comum de tipificação das condutas culposas (empregada, por exemplo, no art. 121, § 3º, CPB), o legislador criou, neste § 3º do art. 180, a forma culposa da receptação, assim BITENCOURT, obra citada, Crime de receptação, item 10.

<sup>42</sup> Em oposição a uma concepção de tipo como descrição da causação de resultados, cf. GRECO, Imputação objetiva: uma introdução, em ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002, p. 1–180.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4 Auflage, 2006, § 11, nr. 1 e ss.

<sup>43</sup> Como afirma Greco, “a imputação objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a teoria do crime culposo” (Imputação objetiva: uma introdução, obra citada, p. 44).

<sup>44</sup> HERZBERG, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, *Juristische Schulung*, v. 5, p. 377–384, 1996, p. 381.

uma moto a um maior de 18 anos habilitado torcendo para que ele morra em um acidente, não consubstancia conduta dolosa; como não o consubstancia operar uma usina nuclear dentro de todos os parâmetros de segurança desejando ardentemente que ela exploda.<sup>45</sup>

Isto quer dizer que a criação do risco juridicamente desaprovado pertence tanto ao tipo objetivo *culposo*, como ao *doloso*. Concordar com essa afirmação implica aceitar suas consequências lógicas: o crime culposo é um (dos) pressuposto(s) do crime doloso, ou, o que é o mesmo, não há um crime doloso sem um comportamento culposo.<sup>46</sup> A correção dessa afirmação está, inclusive, positivamente regulada em nosso direito penal, dado que o legislador estabeleceu, no *caput* do artigo 20 do CPB, que o erro de tipo, que fulmina o dolo, permite a punição por culpa, se sua punibilidade estiver prevista em lei (art. 18, parágrafo único, CPB), em outras palavras, dentro de um crime doloso há sempre um crime culposo.

Um exemplo permite concretizar essas afirmações: um motorista que circula em velocidade muito acima da permitida em uma via urbana na qual há pedestres e causa, com isso, lesões corporais, cria, com isso, um risco que é juridicamente desaprovado porque não observou as regras de trânsito (omitiu fazer o que determinam tais regras). Se a ocorrência lhe era previsível, agiu culposamente, e, se além de previsível, aceitou o risco e desejou a consequência (lesão corporal), agiu dolosamente. Fica clara, assim, a presença do crime culposo dentro do crime doloso e, conseqüentemente, do risco juridicamente desaprovado (= não observância do dever objetivo de cuidado) dentro de ambos.<sup>47</sup>

Com isso chego ao ponto que interessa. Supondo que o recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados na área criminal seja conduta criadora de risco,<sup>48</sup> se demonstrada a *ausência de criação de risco juridicamente desaprovado* pela conduta concreta dos Consulentes – no caso, recebimento de depósito em sua conta bancária como contraprestação por serviços prestados ou a prestar –, estarão fulminadas, já no

<sup>45</sup> A disciplina do artigo 17 do Código Penal brasileiro oferece um amparo legal a essa afirmação.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Por isso, ressurte-se Herzberg do fato de que os manuais de direito penal normalmente examinam a estrutura do crime culposo depois da dos dolosos (obra citada, local citado).

<sup>48</sup> O que absolutamente não é evidente e mereceria análise própria em outra sede.

âmbito da *tipicidade objetiva*, as duas modalidades típicas acima indicadas. E é o que sucede aqui.

A ideia de que a imputação objetiva do resultado pressupõe a criação de um risco juridicamente desaprovado assenta-se no reconhecimento de uma *ponderação* entre interesses de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade.<sup>49</sup> Essa ponderação já se encontra, muitas vezes, estabelecida em normas específicas. Os três critérios de concretização de um risco juridicamente desaprovado são *a existência de normas de segurança, a violação do princípio da confiança* e o *comportamento contrário ao standard geral dos homens prudentes*.<sup>50</sup>

A advocacia é atividade regulada por lei e resoluções de seu órgão regulador e fiscalizador, a Ordem dos Advogados do Brasil. Muito embora as regras do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94; adiante, tão somente, EOAB) e de seu Código de Ética e Disciplina (adiante, CED) não sejam normas de segurança no sentido da tutela penal ora analisada, isto é, não tenham sido criadas com o fim de controlar os riscos que as atividades típicas da advocacia possam criar para o patrimônio alheio,<sup>51</sup> elas servem para dar conteúdo ao terceiro dos critérios de avaliação: *o comportamento conforme ou contrário ao standard geral dos homens prudentes*, na medida em que indicam as regras de prudência na contratação de honorários.<sup>52</sup>

Pouco diz o EOAB sobre o tema das formalidades que devem cercar o contrato, limitando-se, no que nos interessa, a afirmar que a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados (art. 22). O CED é mais generoso e contém ao menos três dispositivos relevantes para este caso:

Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em *contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação*

<sup>49</sup> GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 3ed., RT, 2013, p. 52, quem agrega um outro fundamento, não consequencialista: o núcleo de liberdade de cada cidadão (p. 51).

<sup>50</sup> GRECO, *Um panorama...*, obra citada, p. 46 e ss.; ROXIN, *Strafrecht*, obra citada, § 11, nr. 65 e ss; FRISCH, *Strafrecht: Allgemeinen Teil*, 6. Auf., C.H. Beck, 2013, p. 127-128.

<sup>51</sup> Sobre o objeto da tutela do crime de receptação, v. *supra*.

<sup>52</sup> No mesmo sentido, COSTA, obra citada, p. 164.

*do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.*

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo necessários;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito.

Os documentos exibidos pelos Consulentes atendem integralmente ao disposto no artigo 36, tratando-se de contrato escrito, que delimita o objeto e o alcance dos serviços detalhadamente, bem como o preço estabelecido para cada ato/fase processual e a forma de pagamento respectiva. Embora o CED não estabeleça, como nem mesmo poderia, patamares quantitativos para os honorários, posto que, salvo raríssimas exceções, a ordem jurídica opera sobre a regra do livre estabelecimento de preços (art. 170 e ss., CF),<sup>53</sup> aponta elementos que poderão funda-

<sup>53</sup> Verdade que tanto o EOAB como o CDE estabelecem um patamar mínimo para a cobrança de honorários, abaixo do qual considera-se aviltante a remuneração dos serviços jurídicos. Os dispositivos são questionáveis, todavia, a discussão é irrelevante para a solução deste caso.

mentar esses valores. No caso concreto, alteram positivamente o valor da prestação de serviços pelo menos cinco dos oito fatores ali indicados, nomeadamente os de n. I, II, IV: a relevância, a complexidade e a dificuldade das questões envolvidas; o trabalho e o tempo necessários para a representação em casos do objeto do contrato; a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; o lugar da prestação dos serviços, fora do domicílio do advogado; e a competência e o renome do profissional, as quais se comprovam pela própria apresentação dos Consulentes no bojo do contrato. Por fim, os Consulentes receberam os valores em pecúnia, na forma de transferência bancária, não incidindo a censura do art. 38 *a contrario sensu*. Sob o ponto de vista das normas regulamentadoras da profissão, atuaram, pois, dentro do *standard* profissional de prudência.

Mas há mais. Duas outras circunstâncias indicam atuação dentro do padrão do homem prudente: i) os honorários foram recebidos por meio de depósito em conta corrente em instituição financeira de renome, o que, graças ao ambiente particularmente regulado no qual operam as instituições bancárias,<sup>54</sup> permite o controle, supervisão e manutenção das informações relativas a quaisquer operações financeiras;<sup>55</sup> e, ii) emitiram o respectivo recibo e escrituraram o recebimento em seus registros contábeis, tendo submetido tanto a renda como as informações a ela relativas às autoridades tributárias, e procedido aos pagamentos dos tributos devidos.

Embora fosse desnecessário, o legislador fez constar do tipo penal do § 3º do art. 180 as circunstâncias objetivas que indicam a necessidade da observância dos deveres de cuidado: natureza da coisa, desproporção entre o valor e o preço e a condição pessoal de quem a oferece. Como se viu, estes elementos do tipo culposo estão contidos – são uma parte – do próprio tipo doloso, posto que conformam a criação do risco não permitido e, assim, já foram analisados acima. Todavia, não custa confrontar brevemente os dados do caso com essas circunstâncias: quanto à *natureza da coisa*, tratou-se de depósito bancário de cheque, meio legal, comum e autorizado para o pagamento de serviços; *não houve desproporção entre o valor do serviço e o preço* estabelecido contratualmente;<sup>56</sup> e, finalmente,

<sup>54</sup> Lei 4.595/64 e arcabouço normativo emitido pelo BACEN e pelo CMN.

<sup>55</sup> No que tange à supervisão para fins de prevenção do crime de lavagem de capitais, confira-se a Circular 3461/2009.

<sup>56</sup> Esta circunstância coloca em evidência que o tipo de receptação tem por objeto material um bem móvel e não valores ou bens. A rigor, neste caso, não há que se

a *condição pessoal* de quem a ofereceu (a rigor, de quem contratou os Consulentes) era compatível com o objeto do contrato de prestação de serviços e com o valor dos honorários pactuados.

Mesmo na Alemanha, onde, como dito, o tipo legal de *lavagem* de capitais contempla como modalidade típica o mero recebimento de valores oriundos dos crimes antecedentes, a atenção a certas medidas no recebimento de honorários é apontada como padrão de conduta prudente para fins de afastamento do tipo objetivo: a razoabilidade do valor estabelecido, a documentação da contratação e do recebimento dos valores, recebimento direto do contratante ou, se assim não for, documentação fundamentando a razão do pagamento estar sendo feito por terceiro etc.<sup>57</sup> Essas medidas são vistas como critérios objetivos caracterizadores do recebimento de honorários como conduta adequada a um papel profissional, ou socialmente adequadas,<sup>58</sup> ideia contida, justamente, na categoria do *risco permitido*.<sup>59</sup> Embora, como dito, *não* tenhamos em nosso direito positivo a modalidade de mero recebimento como hipótese de lavagem, a discussão se coloca, aqui, no âmbito do *recebimento* na figura típica da *receptação*, onde pode ser aproveitada.

O comportamento dos Consulentes está em *conformidade com* o *standard geral dos homens prudentes*, e, se risco objetivo foi criado, a

---

falar em desproporção entre o preço pago (pelo receptor) e coisa (recebida do vendedor) uma vez que, aqui, o advogado “vende seu serviço” e o cliente faz o pagamento por esse serviço, na mão contrária, portanto, do que indica o texto legal.

<sup>57</sup> BeckOK StGB/RUHMANNSEDER, *StGB*, 29. Aufl., 01.12.2015, § 261, nr. 45.2; BEULKE/RUHMANNSEDER, obra citada, nr. 193. A jurisprudência, contudo e como dito, resolveu o problema do recebimento dos honorários advocatícios no plano do tipo subjetivo, afirmando uma punibilidade apenas na hipótese de conhecimento seguro da origem criminosa dos valores, cf. supra nota 6, ressaltando-se, uma vez mais, que o § 261 define como crime o mero recebimento da coisa objeto dos crimes antecedentes, o que não ocorre na legislação brasileira.

<sup>58</sup> MÜSSIG procura demonstrar que a decisão do BVerfG de 2004, na qual a corte afastou a punibilidade por lavagem no recebimento de honorários por defensor supostamente no âmbito do tipo subjetivo (exigindo dolo direto), teria, em verdade, depois de devidamente “traduzida” para a linguagem das categorias da dogmática penal, solucionado a questão no âmbito do tipo objetivo, indicando quando o recebimento de honorários é entendido como conduta social adequada e, pois, objetivamente atípica (MÜSSIG, *Strafverteidiger als “Organ der Rechtspflege” und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerfG*, Wistra, 6/2005, p. 201-206).

<sup>59</sup> Vide GRECO, Imputação objetiva: uma introdução, em: ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002, p. 30-34.

conduta a eles atribuída manteve-se dentro do *risco juridicamente permitido*, razão pela qual não há de se lhes imputar o resultado, *não havendo que se falar em preenchimento dos pressupostos do tipo objetivo do crime de receptação*, nem na forma do *caput*, nem naquela do seu § 3º.

### III.3.2. Aspectos ligados ao tipo subjetivo

Por fim, há óbice impedindo a configuração do tipo subjetivo: a incongruência temporal entre a data do fato e a data do conhecimento da elementar típica “coisa que sabe ser produto de crime” (art. 180, *caput*).

O dolo, como conhecimento e vontade da prática de todas as elementares objetivas do tipo legal de crime, deve ser contemporâneo à execução da conduta proibida, ou seja, desde o início da tentativa até a consumação do crime.<sup>60</sup> É o que se chama de princípio da *simultaneidade* ou da *coincidência*.<sup>61</sup> O dolo *antecedente*, tanto quanto o *subsequente*, são penalmente irrelevantes. Aquele que, depois de atropelar culposamente um pedestre, percebe nele seu inimigo e se regozija internamente com o ocorrido, não pratica, por isto, o crime de lesões corporais dolosas (art. 129, *caput*, CPB),<sup>62</sup> assim como não será punido aquele que causa um dano culposo ao patrimônio alheio (impunível), percebendo posteriormente tratar-se de seu rival, a quem sempre quis causar danos patrimoniais.<sup>63</sup>

Pois bem, ainda que se pudesse ultrapassar os óbices que afastam já a tipicidade objetiva da conduta dos Consulentes, acima discutidos, não haveria a necessária coincidência temporal entre a conduta incriminada *receber* e a consciência de que a *coisa* era produto de crime. Essa consciência sobre a elementar do tipo objetivo, designada como *componente cognitivo* do dolo, é o requerimento mínimo para a configuração do tipo subjetivo dos crimes dolosos. Mesmo aqueles que sustentam a prescindibilidade do elemento *volitivo*,<sup>64</sup> afirmam a imprescindibilidade do *cognitivo*.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> ROXIN, *Strafrecht...*, obra citada, § 12, nr. 89. No Brasil, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*, 3ed., 2008, p. 152.

<sup>61</sup> RENGIER, obra citada, § 14, nr. 55.

<sup>62</sup> O exemplo é de ROXIN, *Strafrecht...*, obra citada, § 12, nr. 91.

<sup>63</sup> O exemplo também está em RENGIER, obra citada, § 14, nr. 60.

<sup>64</sup> Um panorama da discussão em GRECO, *Dolo sem vontade*, em SILVA DIAS e outros, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009, p. 885 e ss.

<sup>65</sup> Ainda que seja possível discutir o que se entende por conhecimento, cf. GRECO, *Dolo sem vontade*, obra citada, p. 889 e ss.

Em nosso ordenamento jurídico, a *imprescindibilidade do elemento cognitivo* para a afirmação da conduta dolosa está expressamente disposta no Código Penal:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

Em outras palavras, o desconhecimento (erro) de qualquer elementar típica afasta a ocorrência do dolo.

Segundo as informações e documentos fornecidos pelos Consulentes, o recebimento do depósito bancário ocorreu quatro anos antes da notícia acerca da possibilidade de que a “coisa” (quantia depositada) pudesse ser produto de crime, que chegou ao conhecimento dos Consulentes quando, anos depois do recebimento, foram procurados por jornalista que afirmara conhecer teor de delação premiada no bojo da qual o delator teria relatado ter pago propina ao funcionário público em troca de auxílio na aprovação de projetos, e que parte destes valores teriam sido usados por referido funcionário público para pagar honorários advocatícios.

Não há coincidência, portanto, entre a data da conduta objetivamente incriminada – “receber” – e o conhecimento da elementar típica coisa “que sabe ser produto de crime”. Bem o contrário, há o transcurso de *mais de três anos* entre esses marcos temporais, razão pela qual impossível afirmar a coincidência entre tipo objetivo e o tipo subjetivo, ou, em outras palavras, a presença do dolo no momento da suposta prática delituosa. Formulando o mesmo juízo de outra maneira, quando do recebimento da coisa produto de crime não tinham – e nem podiam ter – os Consulentes conhecimento da origem criminosa do valor depositado em sua conta corrente, com o que se afirma a incidência do disposto no artigo 20, *caput*, do CPB.<sup>66</sup>

#### IV. Conclusão

Em suma:

- i. O artigo 1º, § 4º, ao veicular pressuposto de necessidade da medida de quebra de sigilo bancário (e, por analogia) fiscal, deve ser

---

<sup>66</sup> Este mesmo argumento afastaria a tipicidade subjetiva, necessariamente dolosa, no âmbito da análise das condutas tipificadas pelo artigo 1º da Lei 9.613/98, cuja análise se mostrou desnecessária dada já a patente atipicidade objetiva.

interpretado como exigência de indício de conduta ajustável, *prima facie*, a algum tipo penal, que revele *causa provável* de sua prática, a qual, existente, autoriza o afastamento do sigilo.

- ii. O exame da *tipicidade* traduz o caráter *prima facie* criminoso de uma conduta no âmbito da subsunção do fato à norma incriminadora, pois a tipicidade traduz, na linguagem da dogmática penal, a exigência do princípio da legalidade, primeiro passo da análise de subsunção.
- iii. O recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados ou contratados, cujos valores foram obtidos por meio de prática criminosa, não se ajusta a qualquer das modalidades típicas do artigo 1º da Lei 9613/98.
- iv. A conduta igualmente não se ajusta aos tipos penais de receptação dolosa ou culposa (art. 180, *caput* e § 3º, CPB), seja por ausência de objeto material, seja por não criar risco juridicamente desaprovado, seja pela incongruência temporal entre os fatos e a configuração do elemento cognitivo do dolo, seja pela ausência das elementares objetivas ligadas à coisa ou à pessoa que a transmite que *disparariam* o dever objetivo de cuidado (para a figura culposa).
- v. Inexistindo, *prima facie*, indício de conduta típica, não está configurado pressuposto legal para a aplicação do disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/01, ou seja, a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal.

## Referências

AMBOS, La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje, Hammurabi*, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 1ed. E-book, Saraiva, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR. *Crimes federais*, 10ed., Saraiva, 2015.

BEULKE/RUHMANNSIEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl., C. F. Müller, 2010.

BITENCOURT, *Tratado de direito penal – parte especial*, 8 ed., Saraiva, 2012.

BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4a ed., Aranzadi, 2015.

BUSATO, *Direito penal: parte especial I*, Atlas, 2014.

CARO CORIA (Trad.); AMBOS; HINESTROSA, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’: lavado de dinero?: intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero*, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal, *La ley penal*, v. 5, n. 53, p.43-50, out. 2008.

COSTA, Honorários advocatícios e lavagem de dinheiro, em MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*, Lumen Juris, 2014.

DIAS, Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p.147-174, set./out. 2014.

ESTELLITA, Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, p.309-350, out./dez. 2001.

FRISCH, *Strafrecht: Allgemeinen Teil*, 6. Auf., C.H. Beck, 2013.

GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, Segunda edición, B de F, 2015.

GLASER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, Herbert Utz, 2009.

GRANDIS, O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro, em DI CARLI (at al.), *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*, Verbo, 2011.

GRECO FILHO, RASSI, Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p.13-14, ago. 2012.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, em SILVA DIAS e outros, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Imputação objetiva: uma introdução, em ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lo vivo e lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*. *Boletim IBDPE*, v. 1, n. 1, p. 3-4, 2009.

\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 3ed., RT, 2013.

HERZBERG, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, *Juristische Schulung*, v. 5, p. 377-384, 1996.

HERZOG, *Geldwäschegesetz*, 2. Aufl., 2014.

KINDHÄUSER, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 4. Auflage, 2005.

KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGE/ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013.

KRAATZ, Erik, Geldwäscherisiken für Anwälte, *NJ* 4/2015.

LACKNER/KÜHL, *StGB*, 28. Aufl., 2014.

LUCCHESI, O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 349-384, mai./jun. 2014.

MASSUD, SARCEDO, O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, 2013.

MÜSSIG, Strafverteidiger als “Organ der Rechtspflege” und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerG, *Wistra*, 6/2005.

NEUHEUSER, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, § 261, nr. 78 e ss. Estudos monográficos posteriores à decisão do BVerfG de 2004.

PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*.

RENGIER, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 17. Auflage, 2015.

ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, Delitos contra el patrimonio, em SILVA SÁNCHEZ/RÁGUES IVALLÉS, *Leciones de derecho penal*, Atelier, 2015.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 1974.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4 Auflage, 2006.

SÁNCHEZ RIOS, *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*, Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Blanqueo de capitales y abogacía, *InDret*, enero 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*, 3ed., 2008.

SCHRADER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche (§ 261) durch Annahme bemakelter Honorarmittel*, Tectum, 2008.

SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009.

VILARDI, O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004.

WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht – Besonderer Teil 2*, 37. Auflage, C.F. Müller, 2014.

WIRTZ, BERMEJO, Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?, *ZIS*, 10/2007.



# LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA (COMENTARIO AL ARTÍCULO 13.1 DE LA LEY 4/2015, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO)

*THE INTERVENTION OF THE VICTIM ON THE CARRYING OUT OF THE SENTENCE (COMMENTARY ON ARTICLE 13.1 OF ACT 4/2015, FROM THE CRIME VICTIM STATUTE)*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p191-209

Caty Vidales Rodríguez

*Catedrática de Derecho Penal de la Universitat Jaume I*

**Recebido em:** 16/02/2020

**Aprovado em:** 21/04/2020

**Última versão do autor em:** 29/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumen:** La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito contiene una medida ciertamente polémica al permitir la intervención de la víctima en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. En efecto, el artículo 13.1 del citado texto autoriza a impugnar las decisiones que afectan al régimen de cumplimiento de la condena en determinados casos; posibilidad ésta que, sin duda, puede afectar al principio de resocialización, por lo que es cuestionable la adopción de tal medida.

**Palabras clave:** Víctima. Ejecución de la pena. Resocialización del delincuente.

**Abstract:** *The Law 4/2015, of 27th April, on the Standing of Victims of Crime contains a controversial measure that allows the intervention of the victim at the stage of enforcement of custodial sentences. Indeed, Article 13.1 of the new act entitles the victim to challenge those judicial decisions which affect compliance*

*regime of the sentence in certain cases; a possibility which certainly may affect the principle of rehabilitation of the sentenced person, and therefore lead us to question the adoption of this measure.*

**Keywords:** *Victim. Enforcement of custodial sentences. Rehabilitation of offenders.*

**Sumário:** 1. Introducción. 2. El empoderamiento de la víctima. 3. Alcance de la participación de la víctima en la ejecución de la pena. 4. Valoración crítica. 5. Conclusión.

## 1. Introducción

La víctima del delito ha pasado de ser absolutamente ignorada a gozar de un indudable protagonismo como así lo demuestra que muchas de sus reivindicaciones se hayan visto reflejadas en reformas penales e, incluso, se le faculte – bajo la concurrencia de determinados requisitos – para participar en la ejecución de la pena privativa de libertad. Medida esta que, como en el presente trabajo trata de ponerse de manifiesto, resulta cuestionable.

## 2. El empoderamiento de la víctima

En los últimos tiempos venimos asistiendo a una indudable potencialización del papel de las víctimas. En el ámbito europeo cabe destacar, como buena prueba de ello, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>1</sup>, que vino a sustituir a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001. Por lo que se refiere a España, la incidencia de la mencionada Directiva se refleja en la aprobación de una Ley, pionera hasta entonces,

<sup>1</sup> Un detenido comentario puede verse en BLÁQUEZ PEINADO, M. D. La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 46 2013. p. 897 y ss.; OROMÍ I VALL-LLOVERA, S. Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE. En: *Revista General de Derecho Procesal*, n° 30, 2013; PEREIRA PUIGVERTE, S. Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo. En: *Revista General de Derecho Europeo*, n° 30, 2013; y DE HOYOS SANCHEZ, M. Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. En: *Revista General de Derecho Procesal*, n° 34, 2014.

la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito. Se trata de un ambicioso texto en el que reconoce el conjunto de derechos que asisten a las víctimas del delito y que, hasta esa fecha, no tenían una protección expresa – o, al menos, no la han tenido con carácter general – al margen de la posible participación, como acusadoras, que pudieran tener en el proceso penal.

Según consta en el Preámbulo, esta Ley no sólo obedece al deseo de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del compromiso internacional, sino que, además, aspira a cubrir las demandas y necesidades de la sociedad española. En este sentido, no parece que pueda cuestionarse que la labor de las víctimas haya ejercido alguna influencia en la decisión legislativa. Y, preciso es reconocerlo, no se trata de un supuesto aislado puesto que, en los últimos años, sus reivindicaciones inspiran algunas decisiones político-criminales que se han visto traducidas en reformas del texto punitivo<sup>2</sup>.

Desde luego, valorar este proceder excedería con creces el propósito de este trabajo; no obstante, no puede dejar de denunciarse que se trata de medidas, cuando menos, cuestionables desde la perspectiva de la vigencia de los principios y garantías que limitan la potestad sancionadora del Estado. A modo de ejemplo, podría citarse la sustancial reforma de los delitos contra la seguridad vial operada en 2007 o, más recientemente, la introducción en 2019 del delito de abandono del lugar del accidente, una figura de discutible alcance por estar a medio camino entre la omisión del deber de socorro y el delito de fuga. También se debe a la presión de algunos colectivos de víctimas el constante incremento de la respuesta punitiva en casos de delitos sexuales – sobre todo, cuando involucran a menores – o, incluso, la adopción de la no menos controvertida cadena perpetua revisable.

Un rápido repaso de las últimas modificaciones del texto punitivo permite constatar que algunas de ellas han tenido lugar tras la comisión de lamentables hechos delictivos, convenientemente aireados por los medios de comunicación<sup>3</sup>. Se escuda así el legislador en una intangible

<sup>2</sup> Trata esta cuestión, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>3</sup> Sobre la incidencia de estos en el quehacer legislativo, puede verse SOTO NAVARRO, S. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09,

alarma social<sup>4</sup> que ha servido para adoptar una política criminal complaciente con las presuntas ansias punitivistas y que justifica las más de 30 modificaciones operadas en un Código relativamente reciente<sup>5</sup>.

Ahora bien, que existan razones que permitan discrepar de la buena acogida que, en ocasiones, se le dispensa a las iniciativas a veces meramente vindicativas de las víctimas, no tiene por qué significar que se considere que estas deban seguir estando relegadas al olvido, ya secular, que han padecido. Que a las víctimas deben reconocérsele todos los derechos que le son inherentes y que, hasta ahora, ese reconocimiento era muy deficitario es algo tan evidente que apenas si necesita ser señalado. Pero, no menos cierto es que otorgarle un protagonismo absoluto es un proceder que no está exento de ciertos riesgos. Precisamente, en ese equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos de sus victimarios radica el mayor reto que debe arrostrar el legislador. Y, para ello, es necesario superar la tradicional imagen antagónica en la que la satisfacción de unos sólo puede conseguirse a través del sacrificio o

---

2005. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc> >. Acceso en: 27/01/2020; GARCÍA ARÁN, M. Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático. En: MUÑOZ CONDE, F. (Dir.) *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Díaz Pita. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008. p. 85 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. y PERES-NETO, L. Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003. En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 3, 2009. p. 261 y ss. Disponible en: < [e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1.../PDF](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1.../PDF) >. Acceso en: 15/01/2020; VARONA GÓMEZ, D. Medios de comunicación y punitivismo. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2011. Disponible en: < [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791\\_1.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791_1.pdf) >. Acceso en: 15/01/2020; y FUENTES OSORIO, J. L. Los medios de comunicación y el Derecho penal. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, 2016. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> >. Acceso en: 22/01/2020

<sup>4</sup> Baste citar, a título de ejemplo, la reforma operada por medio de la Ley 1/1999, de 30 de abril alude para justificar el endurecimiento de la respuesta punitiva a “requerimientos de la sociedad, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido”. Tampoco faltan alusiones a la “perplejidad e indignación social” (Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre), a “las acuciantes preocupaciones sociales con el fin de conseguir que el ordenamiento penal de una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual” (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, o a la “evidente alarma social” (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

<sup>5</sup> El llamado “Código Penal de la democracia” se aprobó por medio de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1996) y entró en vigor en noviembre de 1996.

merma de los derechos de los otros. Cabe, por el contrario, una interpretación integradora de ambas perspectivas, como ha propuesto en nuestro país ALONSO RIMO<sup>6</sup>.

A este desafío pretende responder el Estatuto Jurídico de la Víctima que, como se afirma en el Preámbulo, “tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos” y, lejos de conformarse con una protección procesal, pretende una salvaguarda integral. Se parte, para ello, de un concepto amplio de víctima que incluye no sólo a la víctima directa – persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos – sino también a la indirecta; esto es familiares o asimilados. Y, con esta vocación, además de reconocérsele unos derechos básicos, se articula su participación en el proceso penal y se adoptan medidas destinadas a su protección<sup>7</sup>.

Naturalmente, se trata de un propósito muy loable que, sin embargo, puede quedar empañado por la introducción de una medida que me atrevería a calificar como la más polémica de cuantas se contienen en el mencionado texto. Me refiero a la posibilidad que se le reconoce a las víctimas de intervenir en la fase de ejecución de la pena (artículo 13.1 de la Ley 4/2015). En este sentido, cabe decir que nada hay que oponer respecto de la facultad que ahora se les confiere de que interesen la imposición de medidas o reglas de conducta previstas en la Ley al liberado condicional con el fin de garantizar su seguridad<sup>8</sup>. Y, según

<sup>6</sup> ALONSO RIMO, A. La víctima en el sistema de justicia penal I. En: BACA BALDOMERO, ECHEBURÚA ODRIOZOLA y TAMARIT SUMALLA (Coord.). *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006. p. 309.

<sup>7</sup> Un comentario de la Ley puede verse en GÓMEZ COLOMER, J. L. *El Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. 2. Ed. Cizur-Menor: Ed. Thomson-Reuters. Aranzadi., 2015; CASTAÑÓN, ÁLVAREZ, M. J. SOLAR CALVO, P. Estatuto de la víctima: consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015. En: *Diario La Ley*, n° 8685, 2016. p. 1 y ss.; y GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18-24, 2016. p. 1 a 84.

<sup>8</sup> A tal efecto, el apartado a) del artículo 13.2 dispone que las víctimas están legitimadas para “interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima”.

entiendo, tampoco pueden hacerse objeciones respecto de que se les permita facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el decomiso que hubiera sido acordado<sup>9</sup>. Ahora bien, en mi opinión, y por las razones que paso a exponer, no merece idéntico juicio positivo el hecho de que se les permita recurrir determinadas decisiones que afectan al cumplimiento penitenciario de la pena.

### **3. Alcance de la participación de la víctima en la ejecución de la pena**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley del Estatuto de la Víctima, esta está autorizada a participar en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad. A tal efecto, el citado precepto prevé que pueda impugnar las decisiones que afectan al régimen de cumplimiento de la condena en determinados casos. Dejando a un lado los aspectos procesales como las dilaciones en el proceso que supone esta intervención o las cuestiones atinentes a los plazos establecidos o la necesidad de la asistencia letrada, interesa destacar que, de conformidad con lo que allí se establece, las víctimas podrán recurrir, siempre que hubieran solicitado su notificación y con independencia de que se hayan personado o no en el proceso, algunas resoluciones judiciales.

En primer lugar, el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena. Para ello, la víctima ha debido serlo de alguno de los delitos que allí se explicitan, a saber: homicidio, aborto no consentido, lesiones, delitos contra la libertad, delitos de tortura y contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, terrorismo o trata de seres humanos<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> En este sentido el artículo 13.2.b) dispone que las víctimas pueden “facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado”.

<sup>10</sup> Critica la deficiente técnica legislativa empleada GÓMEZ COLOMER, por cuanto que en algunas ocasiones se refiere a un delito concreto y, en otras, se opta por alusiones genéricas a rúbricas de capítulos o a bienes jurídicos protegidos lo que, como denuncia, puede ocasionar numerosas dudas interpretativas. GÓMEZ COLOMER, J. L. *El Estatuto. Op. cit.*, p. 354.

En relación con este supuesto, cabe recordar que, tras la reforma operada por medio de la Ley 5/2010, de 22 de junio, el polémico período de seguridad – introducido en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas – ha dejado de ser de imposición obligatoria, excepción hecha de los delitos que se enumeran en el apartado segundo del artículo 36 del Código penal; esto es, terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Estas hipótesis, además, quedan sustraídas por expreso deseo del legislador de la aplicación del régimen general de cumplimiento<sup>11</sup>.

Pues bien, cotejando las infracciones que se citan en uno y otro precepto, resulta que la previsión que se adopta carece de virtualidad práctica alguna respecto de los delitos de terrorismo<sup>12</sup> y contra la libertad e indemnidad sexual. Como acaba de verse, el castigo de estos delitos en ningún caso puede sortear el cumplimiento del período de seguridad. Lo mismo sucederá en relación con el resto de supuestos a los que se refiere el artículo 13.1.a) de la Ley cuando sean cometidos en el seno de una organización o grupo criminal y, no olvidemos, que algunos de ellos constituyen manifestaciones frecuentes de la delincuencia organizada. Así las cosas, la facultad que se arbitra únicamente tendrá incidencia en aquellos supuestos en los que el juzgador haga uso de la potestad discrecional que se le confiere para lo que, previamente, el delito cometido ha de ser castigado con una pena de privación de libertad superior a cinco años.

---

<sup>11</sup> Con todo acierto, RENART GARCÍA justifica la inclusión de estos supuestos en una operación “meramente estética, cuando no cosmética, dirigida a satisfacer, fraudulentamente, las aspiraciones fiscalizadoras de las asociaciones de víctimas del terrorismo”. RENART GARCIA, F. Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal). En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015. p. 27.

<sup>12</sup> Sobre la intervención de las víctimas en relación con estas manifestaciones concretas de la delincuencia, puede verse FARALDO CABANA, P. El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo. En: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. GUINARTE CABADA, G. (Dir.). *Un sistema penal orientado a las víctimas. Estudio penal, procesal y asistencias a las víctimas del terrorismo en España*. Valencia: Ed. Tiran lo Blanch, , 2013. p. 47 y ss.

Cuando así suceda, la acción de las víctimas se verá limitada a los supuestos de reversión; es decir, a aquellos casos en los que el juez o tribunal sentenciador haya decretado dicho período, pero en los que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento atendiendo, para ello, a la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y observando, asimismo, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador. Como ha señalado RENART GARCÍA, “la víctima no estaría impugnando una propuesta clasificatoria sino, únicamente, la decisión judicial de dejar el camino expedito a la misma”<sup>13</sup>.

Interesa destacar que para la toma de esta decisión deben ser oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás* partes, en clara alusión a la acusación particular<sup>14</sup>. De este modo, ya con carácter previo a que el juez adopte la progresión a tercer grado, las víctimas personadas pueden hacer valer sus peticiones. Se ha pretendido, por tanto, dar un paso más permitiendo el recurso de la misma y ampliando el círculo de sujetos legitimados pues, no sólo podrán hacerlo quienes se han constituido en parte, sino también aquellas víctimas que hayan decidido no personarse e, incluso, quienes ni siquiera lo hayan sido directamente, a la vista del amplio concepto de víctima que acoge el texto legal.

Para poner fin a esta cuestión, conviene tener presente, como ha advertido REINART GARCÍA, que la Administración Penitenciaria, haciendo uso del principio de flexibilidad que recoge el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, puede aprobar “medidas que dulcificasen las consecuencias de su resolución, viéndose así parcialmente frustrados los anhelos vindicativos de la víctima”<sup>15</sup>.

Parecida problemática se suscita en relación con el segundo supuesto. Así es por cuanto que se prevé posibilitar el recurso del auto del

<sup>13</sup> RENART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>14</sup> Advierte de los riesgos de esta intervención CERVELLÓ DONDERIS, al afirmar que esta posibilidad, establecida en 2003, “supone un grave riesgo de prolongar su sentimiento vindicativo frente al agresor, por ello si no está convenientemente limitado y controlado puede perturbar la ejecución al confundir el retribucionismo propio de la sentencia con la prevención especial penitenciaria”. CERVELLÓ DONDERIS, V. La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización; En: DE CASTRO ANTONIO, J. L. SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (*Dirs.*). *Estudios de Derecho Judicial*, nº 84. Madrid, 2006, p. 199.

<sup>15</sup> REINART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 25.

Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerde, de conformidad con lo previsto en el apartado tercero del artículo 78 del Código penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional vayan referidos al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas. En esta ocasión, a los delitos que se enumeran en el apartado anterior se adicionan los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

De este modo, se autoriza la impugnación de la excepción que supone la aplicación del régimen general de cumplimiento en delitos especialmente graves. Como se recordará, el cuestionado y cuestionable artículo 78 del Código penal – procedente también de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas – prescribía que el juez o tribunal, en los casos de concurso y si la pena resultante fuera inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, decidiese estas medidas atendiendo al cómputo de la totalidad de las penas impuestas y no al límite de cumplimiento máximo de condena. Con el fin de corregir el excesivo rigor que pudiera suponer esta medida, el apartado tercero de dicho artículo excepcionaba de este régimen aquellos casos en los que, como en el supuesto anterior, existiera un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y así lo aconsejasen el resto de circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador.

De concurrir los requisitos precisados – salvo en los casos de terrorismo y crimen organizado que, como es sabido, deben respetar unos límites temporales mínimos para el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional – el juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás* partes, podrá acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento; decisión ésta que podrá impugnarse con independencia, insisto, de que las víctimas hayan sido o no partes del proceso.

En cualquier caso, importa señalar que la alusión al apartado tercero del artículo 78 del Código penal resulta profundamente perturbadora por cuanto que dicho apartado fue suprimido con ocasión de la reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Como con todo acierto denuncia RENART GARCÍA, “una mínima diligencia y un interés, siquiera ínfimo, por los avatares pre-legislativos

de la norma penal habrían evitado alumbrar un art. 13 del Estatuto que omite, por una parte, referencias trascendentales – como la relativa a la prisión permanente revisable –, y, por otra, se presenta trufado de remisiones a disposiciones legales suprimidas o modificadas”, por lo que este autor insta a la subsanación de tamaños errores no sólo para garantizar la certeza jurídica, sino también para evitar la imagen de desidia y las descoordinación entre ambos textos que ha quedado puesta de manifiesto<sup>16</sup>.

Por último, las víctimas también podrán recurrir el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional. Eso sí, reduciendo dicho permiso a los delitos a los que se refiere el apartado segundo del artículo 36.2 del Código penal o los citados en el apartado a) del propio artículo 13 del Estatuto de la víctima. Y, en todo caso, siempre que la pena privativa de libertad impuesta sea superior a cinco años. En relación con este supuesto, no puede por menos que recordarse que, en atención a lo dispuesto en el artículo 90 del Código penal, y con carácter general, la libertad condicional exige la concurrencia de una serie de requisitos. Así, además de que el penado debe encontrarse en el tercer grado de tratamiento penitenciario y tener extinguidas las tres cuartas partes de la condena, ha debido observar buena conducta y debe existir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por tanto, de darse tales exigencias, se hace difícil de justificar la posibilidad de intervención de la víctima<sup>17</sup>.

#### 4. Valoración crítica

Como puede verse, en los tres casos referidos hay una coincidencia plena en que la decisión judicial impugnada ha sido adoptada en atención a la fundada expectativa de que la pena está cumpliendo con éxito el fin resocializador. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, sin ser el único<sup>18</sup>, tiene una consagración constitucional expresa. En este contexto, no debiera ser necesario tener que recordar que el artículo 25.2 de la Constitución dispone que *las penas privativas de libertad y*

---

<sup>16</sup> RENART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>17</sup> Cuestiona también esta decisión legislativa RENART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 37 y ss.

<sup>18</sup> Reconoce que la pena también tiene como finalidad la prevención general, la prevención especial, y la retribución, además de la reinserción, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio.

*las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.* Y, del mismo modo, tampoco tendría que ser preciso mencionar que el acceso al tercer grado de cumplimiento penitenciario y a la libertad condicional está supeditado al previo abono de la responsabilidad civil derivada del delito que, como es de sobra conocido, es la única institución directamente encaminada a la reparación del daño e indemnización a la víctima.

Así las cosas, el hecho de que el culpable haya satisfecho la responsabilidad contraída por la comisión del delito y de que exista una previsión favorable de reinserción social permite cuestionar, a mi modo de ver, la conveniencia de la medida contemplada en el apartado primero del artículo 13 del Estatuto de la víctima. Poco contribuye a despejar las serias dudas que pueden albergarse al respecto la justificación que se ofrece en el Preámbulo. Según lo que allí consta, “la regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado”<sup>19</sup>. Sin dejar de reconocer que se trata de objetivos absolutamente plausibles, no se acierta a comprender, sin embargo, cómo la intervención de las víctimas en la etapa penitenciaria garantiza, de un lado la confianza y, de otro, la colaboración con la justicia penal.

Respecto de la aludida confianza, se hace preciso advertir que, como no puede ser de otro modo, la decisión última sigue correspondiendo a la autoridad judicial que, en estos supuestos, debiera atender, por cuanto ha quedado expuesto, con carácter prioritario a la reinserción social del penado. Y, si así fuese, esa pretendida búsqueda de la confianza a la que parece obedecer la introducción de esta medida, es susceptible de generar el efecto contrario al que se persigue. En efecto, autorizar la intervención de la víctima por medio del recurso de determinadas resoluciones no significa que sus demandas sean ineludiblemente atendidas. Es más, lo más frecuente será que la impugnación se vea rechazada porque, como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Auto de 3 de julio de 1989, el cumplimiento de la pena escapa al interés de la víctima ya que

---

<sup>19</sup> Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, apartado VI.

el Estado ostenta en exclusiva el derecho a castigar. En idéntico sentido, la dicción literal del artículo 117.3 de la Constitución no deja lugar a dudas cuando atribuye la exclusividad de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Estos argumentos parecen suficientes para concluir que las posibilidades de que tal recurso prospere habrán de ser escasas. Pero, por si no bastara, aún puede adicionarse uno más. Me refiero a que el artículo 72.4 de la Ley General Penitenciaria prohíbe que se mantenga a un interno en un grado inferior cuando, por la evolución de su tratamiento, se haga merecedor a su progresión. En consecuencia, es difícil encontrar razones que pueden alegarse para soslayar esta prohibición. Un argumento puede girar en torno a la protección de la víctima; ahora bien, de existir riesgo para ésta, será improbable que el victimario presente un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Es verdad que, como la historia demuestra, se han dado lamentables errores, pero no lo es menos que se trata de casos puntuales que, a mi juicio, no deberían servir de excusa para generalizar un empeoramiento de las condiciones en la ejecución de la pena.

Por todo ello si, como digo, la soledad de la víctima se viese denegada, la pérdida de confianza en la Administración de Justicia será aún mayor ya que, primero, se crea una expectativa para, seguidamente, verse defraudada cuando el principio de resocialización prime, como debiera ser, sobre otro tipo de consideraciones. Al respecto, advierte RENART GARCÍA del riesgo de que la víctima sufra una re-victimización secundaria, al aumentar sus sentimientos de desprotección y de desconfianza al serle ofrecida esta posibilidad que, por poder tener un efecto contraproducente y perverso, tilda de “caramelo envenenado”<sup>20</sup>.

Pero es que, además, ni siquiera la opción contraria conduce a resultados satisfactorios. En efecto, en aquellos casos en los que la pretensión victimal sea acogida, el recluso percibirá como injusta la decisión que le impide progresar de grado o le priva de algún beneficio habiendo abonado la responsabilidad civil, presentando un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y cumpliendo, asimismo, el resto de requisitos legalmente establecidos. Y más si este obstáculo se establece con carácter retroactivo. No puede desconocerse que no es fácil de entender que en esa situación se anteponga la petición de la víctima que, por otra parte, conviene tener presente, puede ser interesada o meramente

<sup>20</sup> RENART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 58.

vindictiva. En tales supuestos, el principio de reinserción del penado se va a resentir, por mucho que el legislador quiera convencernos de lo contrario, afirmando en el Preámbulo que no va suponer afección alguna. Y, lo que aún es más nocivo, puede generar en el penado una visión de sí mismo como víctima del sistema y engendrar, por ello, un resentimiento que, lejos de apaciguar el conflicto social que todo delito supone, haga peligrar la evolución del tratamiento resocializador.

En relación con este aspecto, no puede por menos que traerse a colación el voto particular formulado al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley que, con todo acierto, señala que “no debe confundirse la dignificación de las víctimas mediante medidas de apoyo y acceso a la información con una absoluta e ilimitada potenciación de su intervención en el proceso penal que, particularmente en la fase de ejecución penitenciaria, puede complicar el cumplimiento de los fines de la pena en su compleja y delicada interrelación con el respeto debido a los principios de rango constitucional que deben orientar su cumplimiento”. Sin que, como allí también se afirma, excluirlas de esta fase, implique “una situación de indefensión o desprotección para éstas, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal garantiza la salvaguarda de sus intereses legítimos”<sup>21</sup>.

Tampoco la justificación del recurso previsto escapa a serias objeciones cuando se hace con base en el deseo de garantizar la colaboración de las víctimas con la justicia. Téngase en cuenta que en el momento que se facilita la referida intervención, dicha asistencia no debería ser precisa dado que el delito ya ha sido enjuiciado y su autor se encuentra cumpliendo condena. Más parece que se alude a otro tipo de colaboración. En efecto, parece significativo que el Anteproyecto de esta Ley fuera aprobado el día 25 de octubre de 2013, es decir, tan sólo cuatro días después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aboliese la conocida como Doctrina Parot<sup>22</sup>. La airada reacción de algunos políticos y la solidaridad mostrada con las indignadas víctimas pueden hacer pensar que esta coincidencia temporal no es casual y que estemos ante una clara manifestación de otro de los motivos que han servido

---

<sup>21</sup> El texto íntegro puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (caso Del Río Prada contra España).

para explicar la desatención que han padecido; esto es, su instrumentalización política<sup>23</sup>. De ser así, se estaría enarbolando los derechos de las víctimas no sólo para adoptar una política criminal de marcado sesgo securitario, cuyas características y efectos son de sobra conocidos<sup>24</sup>; sino que, ahora, dando un paso más en esta línea de punitivismo exacerbado, se pretende condicionar también el régimen penitenciario en determinadas situaciones.

Apunta en esta dirección el hecho de que la Directiva a la que daba cumplimiento la aprobación de la Ley objeto del presente comentario nada diga al respecto, ni que exista un precepto de similar alcance en los países de nuestro entorno jurídico. A la vista de este silencio, habrá que concluir que la adopción de esta medida viene motivada por una causa distinta. En este sentido, ha de tomarse en consideración que en el Preámbulo de la Ley queda constancia del deseo de que dicho texto sea más ambicioso, “trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”<sup>25</sup>. Esta afirmación parece olvidar que el Estado de Derecho pivota en torno al principio de legalidad que, huelga decirlo, constituye el principal límite al poder punitivo del Estado. Por esta razón las demandas y necesidades de la sociedad española – y las de cualquier sociedad – no deberían ser otras que el acatamiento de la ley y la férrea defensa de los derechos y garantías de todos; tanto de víctimas, como de delincuentes.

En relación con este último aspecto y aceptando, lo que en modo alguno es fácil, que la sociedad española propugne unas medidas que ro-

<sup>23</sup> Apunta también en esta dirección RENART GARCÍA, al afirmar que la única justificación para la introducción de una medida de este calado es “colmar, por una parte, las aspiraciones de determinados grupos de presión – enfurecidos por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Parot – y, por otra, sumar réditos electorales”. RENART GARCÍA, F. Del olvido. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, puede verse: CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *El protagonismo*. *Op. Cit.*, p. 38 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El nuevo modelo de la seguridad ciudadana. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc>; del mismo >. Acceso en: 07/01/2020, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acceso en: 07/01/2020

<sup>25</sup> Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, apartado II.

zan el ensañamiento punitivo, falta por ver si puede darse por cumplida dicha reivindicación a la vista del catálogo de infracciones respecto de las que se instrumenta la impugnación. Si, como se pretende hacernos creer, se cubre esa petición social – por otra parte, nunca constatada – no deja de resultar sorprendente que se silencie toda referencia a las víctimas de otros delitos que, si bien no causan tanta alarma social, son susceptibles de generar perjuicios parangonables como la corrupción, el fraude fiscal u otros fraudes financieros. La omisión de estos delitos y la inclusión, por el contrario, del robo con violencia o intimidación – delito que, por otra parte, no alcanza el umbral penológico establecido – es tan elocuente que no precisa de ulteriores comentarios. Una vez más estamos ante una arbitraria selección de conductas penalmente relevantes, que parece ser incluidas atendiendo a la atribuida repulsa social que provocan.

Finalmente, y en otro orden de consideraciones, resulta, cuando menos, paradójico el destacado papel que se reconocerá a la víctima en la fase penitenciaria si se compara con la restringida participación que tienen respecto de la suspensión de la pena. Como se advirtiera en el Informe del Anteproyecto de esta Ley emitido por el Consejo Fiscal, carece de sentido que a las víctimas no se le notifiquen los autos de suspensión o sustitución de la pena y, en consecuencia, nada puedan alegar ante la concesión de unos beneficios que, en la práctica, suponen que deje de cumplirse la pena privativa de libertad. A tal efecto, esta menguada intervención se limita a que sea oída sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena, según lo dispuesto en el primer apartado del artículo 82 del Código penal, sin que en ningún caso su opinión vincule al órgano decisor.

A ello puede unírsele la exigua eficacia del perdón, la inexistencia de la reparación como sanción penal o la nula intervención en la concesión de indultos. El absoluto menosprecio por los intereses victimales en estos casos resulta aún más grosero a la vista de la injerencia de la víctima en la fase de ejecución de la pena que, por otro lado, contrasta con la opinión de quienes reclaman un mayor protagonismo de la víctima en el proceso de ejecución penal, pero en sentido contrario al que ahora se propone; esto es, como un instrumento eficaz para conseguir la reinserción del delincuente<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Por todos, BERINSTAIN IPIÑA, A. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2004.

Ni que decir tiene que la disconformidad manifestada con la posibilidad del recurso que se prevé incorporar no debe verse como una oposición al pleno reconocimiento de los derechos de quienes han sido víctimas de un delito para, de este modo, poner fin a la patente postergación que han experimentado<sup>27</sup>. Precisamente, la defensa de éstos sin cercenar derechos y garantías del victimario es el principal desafío con el que se enfrenta quien tiene encomendadas competencias legislativas y no creo, aunque no es más que una opinión, que la irrupción de la víctima en la fase de ejecución de la pena, al menos como se ha configurado, constituya una buena manera de afrontarlo. Bien es verdad que, por cuanto ha sido dicho, ha de tener una eficacia reducida. Podríamos pensar, entonces, que nos encontramos – y ello constituiría un nuevo motivo de discrepancia respecto de la decisión adoptada – ante otra expresión de lo que, con todo acierto, GONZÁLEZ CUSSAC denomina “efecto escaparate”<sup>28</sup>. De ser así, no queda más que lamentar que los logros que puede suponer la aprobación de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito se vean ensombrecidos por la adopción de tan polémica medida que obliga a tener que recordar que, como afirmara, VIVES ANTÓN, “el fin de la pena no es curar las heridas que el delito produjo”<sup>29</sup>.

## 5. Conclusión

De cuanto ha sido expuesto puede concluirse que la posibilidad que se le ofrece a la víctima de participar en la ejecución de la pena privativa de libertad ha de sortear importantes obstáculos, ya que compromete seriamente la vigencia del principio de resocialización del delincuente que no puede sacrificarse cuando se persiguen fines meramente vindicativos. El momento en el que se aprueba esta disposición hace pensar

<sup>27</sup> Sobre el reconocimiento de los mismos, puede verse, entre otros, PÉREZ RIVAS, N. *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. La contrarreforma penal de 2003. En: *Revista Jurídica Galega*. 2004. p. 19 a 32.

<sup>29</sup> VIVES ANTÓN, T. S. ¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito del Anteproyecto de Código penal). En: *Teoría y Derecho*, n° 4, 2008. p. 267. Insiste en la idea de que que la finalidad de la pena no es dar satisfacción a la víctima, por lo que cuestiona el acierto de la intervención de esta en la ejecución penitenciaria, QUINTERO OLIVARES, G. Protección a las víctimas y función de la justicia penal. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 884, 2014. p. 1 a 6.

que estamos ante una operación cosmética de escasa repercusión práctica y, lo que desde luego merece un juicio crítico, muestra la instrumentalización de que ha sido objeto este colectivo.

## Referências

ALONSO RIMO, A. La víctima en el sistema de justicia penal I. En: BACA BALDOMERO, ECHEBURÚA ODRIOZOLA y TAMARIT SUMALLA (Coord.). *Manual de Victimología*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006.

BERINSTAIN IPIÑA, A. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, *prisonal y ético*). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

BLÁQUEZ PEINADO, M. D. La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 46, 2013.

CASTAÑÓN, ÁLVAREZ, M. J. SOLAR CALVO, P. Estatuto de la víctima: consideraciones críticas la nueva Ley 4/2015. En: *Diario La Ley*, n° 8685, 2016.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2010.

CERVELLÓ DONDERIS, V. La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización. En: DE CASTRO ANTONIO, J. L., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial*, n° 84. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

DE HOYOS SANCHO, M. Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. En: *Revista General de Derecho Procesal*. n° 34, 2014.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El nuevo modelo de la seguridad ciudadana. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2004. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc>; > Acceso en: 07/01/2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005. Disponible en: < <http://criminet.ugr.es/recpc>. >. Acceso en: 07/01/2020.

FARALDO CABANA, P. El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo. En: VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. GUINARTE CABADA, G. (Dir.). *Un sistema penal orientado a las víctimas*. Estudio penal, procesal y asistencias a las víctimas del terrorismo en España. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

FUENTES OSORIO, J. L. Los medios de comunicación y el Derecho penal. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 7, 2016. Dispo-

nible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>>. Acceso en: 22/01/2020.

GARCÍA ARÁN, M. Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático. En: MUÑOZ CONDE, F., (Dir). *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Díaz Pita. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA ARÁN, M. PERES-NETO, L. Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003. En: *Revista de Derecho penal y Criminología*. n° 3, 2009. Disponible en: <[e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1.../PDF](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1.../PDF)> . Acceso en: 15/01/2020.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n° 18-24, 2016.

GÓMEZ COLOMER, J. L. *El Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. 2º Ed. Cizur-Menor: Ed. Thomson-Reuters. Aranzadi, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. La contrarreforma penal de 2003. En: *Revista Jurídica Galega*. 2004.

OROMÍ I VALL-LLOVERA, S. Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE. En: *Revista General de Derecho Procesal*. n° 30, 2013.

PEREIRA PUIGVERTE, S. Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo. En: *Revista General de Derecho Europeo*. n° 30, 2013.

PÉREZ RIVAS, N. *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G.. Protección a las víctimas y función de la justicia penal. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. n° 884, 2014.

RENART GARCIA, F. Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal). En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015.

SOTO NAVARRO, S. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. núm. 07-09, 2005. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acceso en: 27/01/2020.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.). *El Estatuto de las víctimas del delito*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

VARONA GÓMEZ, D. Medios de comunicación y punitivismo. En: *InDret*. Revista para el análisis del Derecho. 2011. Disponible en: < [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791\\_1.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791_1.pdf); > Acceso en: 15/01/2020.

VIVES ANTÓN, T. S. ¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito del Anteproyecto de Código penal). En: *Teoría y Derecho*, n° 4, 2008.



*PARTE 2*

**DIREITO  
PROCESSUAL  
PENAL**



# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

*BRIEF CONSIDERATIONS ON THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231

Rafael Junior Soares

*Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP Professor de Direito Penal da PUC/PR.*

Luiz Antonio Borri

*Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de Direito Penal da Unicesumar. Advogado.*

Lucas Andrey Battini

*Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado.*

**Recebido em:** 13/03/2020

**Aprovado em:** 16/05/2020

**Última versão do autor em:** 22/05/2020

**Área:** Direito Processual Penal

**Resumo:** A Lei 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, trouxe uma série de inovações para o sistema de justiça criminal. Uma das principais modificações no acordo de não persecução penal, o qual ampliou o modelo negocial. A perspectiva de justiça negociada mediante a participação do Ministério Público e defesa, com o enaltecimento de uma solução célere e econômica para determinados conflitos é medida viável e contribui para a resolução dos processos. No entanto, a inserção do novo instituto na legislação processual penal traz dificuldades operacionais que merecem exame mais acurado por meio do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Justiça negocial. Lei Anticrime.

**Abstract:** Law 13.964 / 19, also known as the Anti-Crime Law, brought a series of innovations to the criminal justice system. One of the main changes is

*the agreement of no criminal prosecution, which expanded the business model. The perspective of justice negotiated through the participation of the Public Prosecutor and defense, with the praise of a quick and economical solution to certain conflicts is a viable measure and contributes to the resolution of the cases. However, the insertion of the new institute in the criminal procedural legislation brings operational difficulties that deserve a more accurate examination by means of the present work.*

**Keywords:** *Agreement of no criminal prosecution. Bargained justice. Anti-Crime Law.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal. 3. Da necessidade de confissão para consecução do acordo. 4. Da questão intertemporal para aplicabilidade do instituto. 5. Da atuação da defesa no acordo de persecução penal. 6. O acordo de não persecução penal e os crimes hediondos ou equiparados. 7. O reflexo da desclassificação e absolvição para proposta de acordo. 8. Conclusão.

## 1. Introdução

A recém-aprovada Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Lei Anticrime, instituiu profundas alterações que envolvem o sistema de justiça criminal, tendo em vista que introduziu reformulações no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Interceptação Telefônica dentre outros diplomas legais.

A nova lei é fruto do debate travado no Congresso Nacional que examinou emendas parlamentares, o Projeto de Lei 10.372/2018, formulado por comissão de juristas presidida pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, do Projeto de Lei 10.373/2018<sup>1</sup> e do Projeto de Lei 882/2019, enviado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. Vale dizer, inclusive, que o assunto também se insere no Projeto de Lei 8.045/2010 do Senado, que pretende alterar o Código de Processo Penal, no qual há previsão de acordos da mesma natureza<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A Lei dispõe sobre a Ação Civil Pública de Perdimento de Bens, caracterizada como a perda de bens, direitos ou valores, consistente na extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza e valores que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita.

<sup>2</sup> Insta salientar que o projeto de lei em questão não cuidou do acordo de não persecução, mas sim de acordo para aplicação antecipada de pena.

Dentre as modificações operadas no ordenamento jurídico, há destaque para o acordo de não persecução penal, que amplia o debate sobre a justiça negociada, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a imposição (lógica) de determinados requisitos e condições para a sua incidência.

Dentre as modificações operadas com o aparecimento do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, cabe destacar a inserção de sistemática diferente na lógica dos operadores do direito, em decorrência da possibilidade negocial para encerramento do processo criminal.

Além disso, adveio o art. 116, IV, no Código Penal, art. 16, § 3º, na Lei 8.038/90 e art. 581, XXV, no Código de Processo Penal, os quais complementam o acordo de não persecução penal, ao tratar, respectivamente, de causa impeditiva de prescrição, possibilidade de oferecimento do instituto nas ações penais originárias e cabimento de recurso contra a decisão de não homologação.

Por fim, em razão de o tema reverberar em amplos campos do Direito, bem como em respeito à proposta metodológica e os recortes que nela se fazem imprescindíveis, o trabalho, a partir da técnica de revisão bibliográfica, limitar-se-á a apresentar considerações gerais e introdutórias sobre requisitos e vedações do acordo de não persecução penal, para que se possa chegar à problemática central, consubstanciada nos pontos que podem gerar discussões na prática forense: a) necessidade de confissão para a realização do acordo; b) questão intertemporal para sua aplicabilidade; c) a atuação da defesa com relação ao instituto; d) a possibilidade de celebração do pacto envolvendo crimes hediondos; e, e) reflexos da desclassificação e absolvição para a proposta de acordo.

## **2. Requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal**

O primeiro ponto que merece destaque é a superação da falta de previsão legal, pois o acordo de não persecução penal se apresenta como uma novidade na legislação processual penal, muito embora já houvesse sua estipulação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das Resoluções nº 181/2017 e 183/2018<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> CABRAL, Rodrigo Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu;

No entanto, observa-se a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Associações dos Magistrados do Brasil (AMB) questionando as resoluções<sup>4</sup>, em especial a usurpação de competência privativa da União, por se tratar de matéria processual penal, vedando-se, portanto, a regulamentação via normas de cunho administrativo.

De qualquer sorte, a falta de lei gerava insegurança jurídica e discussões das mais variadas a respeito da não-obrigatoriedade do acordo<sup>5</sup>, de modo que sua introdução encerra importante debate sobre o uso do instituto, na medida em que há a incorporação no Código de Processo Penal e a aplicação cogente.

O novo instituto se soma aos já existentes mecanismos da justiça criminal negocial<sup>6</sup> presentes na legislação processual penal, como por exemplo, transação penal, suspensão condicional do processo<sup>7</sup>, no âmbito da Lei 9.099/95, acordos de leniência especialmente disposto na Lei 12.846/13 e, até mesmo, a colaboração premiada, por meio da Lei 12.850/13, apesar de esta última possuir características um pouco distintas<sup>8</sup>.

Há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva.<sup>9</sup>

---

SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p. 19-48.

<sup>4</sup> ADI 5793 (OAB) e 5790 (AMB).

<sup>5</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ano 25, n°. 299, outubro 2017, 7-9.

<sup>6</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-24.

<sup>7</sup> MANDARINO, Renan Posella. *Análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada*. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella Mandarino. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 383-385.

<sup>8</sup> Vinicius Gomes de Vasconcellos esclarece que na colaboração premiada há uma peculiaridade porque se busca a incriminação de terceiros, além de outros objetivos como recuperação de valores e localização da vítima, ou seja, há um facilitar para a persecução penal. Os demais institutos pressupõem apenas o reconhecimento da própria culpabilidade visando à sanção do acusado. *Op. cit.*, p. 24-25.

<sup>9</sup> Para um melhor aprofundamento ver: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 97-141.

Em linhas gerais, o acordo de não persecução penal segue lógica semelhante à da Resolução nº. 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, pois exige os seguintes requisitos para seu oferecimento: i) pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; ii) confissão formal e circunstanciada; iii) crime não cometido com grave ameaça e violência; iv) necessário e suficiente para reprovação do crime.

Apesar de se elencar apenas as quatro exigências, há também vedações apresentadas pelo legislador, assim, não será permitido o acordo: i) se for cabível transação penal; ii) o agente tiver sido agraciado com acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos; iii) ser reincidente ou conduta habitual, reiterada e profissional; iv) crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher em razão do sexo feminino.

Em caso de aceitação do acordo, serão cumpridas cumulativa ou alternativamente, determinadas condições: i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; ii) prestação de serviços à comunidade com pena reduzida; iii) prestação pecuniária; iv) outra condição a ser estipulada de acordo com o Ministério Público.

É certo ainda que, algumas soluções já empregadas pelo Poder Judiciário no âmbito da Lei 9.099/95, em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, podem ser transpostas ao acordo de não persecução penal, tal como acontece com a compreensão de seu cabimento em relação às ações penais privadas<sup>10</sup>, à sua natureza de direito público subjetivo<sup>11</sup> e ainda quanto ao cabimento de *habeas corpus* para discutir a atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou a falta de justa causa para o oferecimento do acordo<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> “A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.” (RHC 102.381/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018). Na doutrina confira-se: LEWANDOWSKI, Ricardo. Admissibilidade da Suspensão condicional do processo na ação penal privada. In. *Doutrinas essenciais de processo penal*. Org. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. v. IV. São Paulo: RT, 2012, p. 1235-1238.

<sup>11</sup> Súmula 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

<sup>12</sup> “A realização de acordo de transação penal não enseja a perda de objeto de *habeas corpus* anteriormente impetrado. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu a ordem

Feitas as considerações gerais a respeito dos requisitos, vedações e condições do acordo de não persecução penal, passa-se a tecer as considerações a respeito de pontos que devem gerar polêmica, principalmente quando o objeto da discussão gira em torno da prática forense.

### 3. Da necessidade de confissão para consecução do acordo

Um dos pontos de maior polêmica é a exigência de “confissão formal e circunstanciada” como requisito elementar para a consecução do acordo de não persecução penal.

As Resoluções 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público também exigiam a confissão detalhada dos fatos, com o destaque de que o ato e todas as tratativas deveriam ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual. Além disso, houve o acréscimo na última Resolução de que o investigado deveria estar acompanhado de advogado.

No entanto, examinando-se atentamente os dispositivos legais inseridos, denota-se que não há tratamento mais detalhado sobre a forma da confissão, permitindo-se o mau uso da oitiva do investigado.

Aliás, não pode passar despercebida a leitura de John H. Langbein, o qual vislumbra existir relevante paralelo entre as regras da tortura e do *plea bargaining*.<sup>13</sup> O autor identifica, no século XIII, a superação do modelo de julgamento baseado nas ordálias, surgindo um modelo que pretendia eliminar a discricionariedade humana do julgamento, por isso, exigia, para uma condenação, duas testemunhas oculares do fato, dispensando-se estas numa única hipótese, quando o acusado voluntariamente confessasse.

O sistema então adotado tornava difícil a condenação de criminosos que agiam na clandestinidade, conduzindo assim à mitigação das garantias para fins de admitir as regras acerca da tortura para regular o processo de produção de confissões. Mas, ao menos sob às regras Europeias, a utilização da tortura como método de extração da confissão continuava a exigir requisitos objetivos, já que dependia da presença da denominada meia-prova contra o suspeito (uma testemunha ocular ou provas circunstanciais de gravidade suficiente).<sup>14</sup>

---

*de habeas corpus para determinar que o tribunal de justiça analise o mérito da impetração lá formulada.*” (Informativo 964 – HC 176785/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17.12.2019.)

<sup>13</sup> LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 134-135.

Nada obstante essa observação sobre como a suficiência da confissão para fins de condenação ensejou o emprego de métodos de tortura na Europa medieval, verifica-se que o art. 28-A, §3º, do Código de Processo Penal limita-se a afirmar que o acordo será escrito e firmado entre Ministério Público, investigado e defensor. Da mesma forma, a possibilidade dada ao juiz ao homologar em audiência o acordo restringe-se ao contato com o investigado para fins de voluntariedade e legalidade.

Desse modo, a legislação andou mal ao retirar a necessidade, até então estabelecida pelas Resoluções, de que a confissão dos fatos e as tratativas fossem gravadas, permitindo-se, por consequência, o completo controle pelo juiz. De qualquer sorte, o problema reside na necessidade de confissão como requisito para a aplicação do instituto, porquanto aqui há dois pontos importantes a serem examinados.

O primeiro diz respeito à utilidade da confissão em caso de descumprimento do acordo de persecução penal, ou seja, se ela poderia ser utilizada durante a fase de instrução processual. E o segundo ponto na hipótese de cumprimento das condições do acordo, verificando-se a pertinência do emprego da confissão em outras áreas do direito, como por exemplo, cível ou administrativa.

No tocante à situação de descumprimento do acordo, verifica-se que a matéria necessariamente precisa ser conjugada com a aprovação completa da lei, visto que, de acordo com o juiz de garantias e suas regulamentações (art. 3º-B a 3º-F, CPP), o inquérito policial não mais acompanharia o processo-crime, de modo que a confissão ficaria naturalmente excluída da fase de instrução, não se podendo utilizar da declaração do acusado para proferimento de sentença (art. 3º-C, § 3º, CPP).

O dispositivo acima era importante porque afastava a possibilidade de se empregar a confissão para fins de eventual julgamento de mérito, permitindo-se que o acusado apresentasse sua manifestação somente em juízo. Ocorre que, com a suspensão dos dispositivos relativos ao juiz de garantias pelo Ministro Luiz Fux, na ação direta de inconstitucionalidade 6299/DF, não se aplica a regra de exclusão da investigação preliminar.

Assim, com a referida suspensão do juiz de garantias pelo Min. Luiz Fux, o acordo de persecução penal manteve-se vigente, mas sem as regras do juiz de garantias. Ou seja, em caso de descumprimento do acordo, o investigado será denunciado com a inclusão do inquérito policial e, também, a confissão do investigado, na linha do que sempre se trabalhou na lógica processual penal.

É bem verdade que o art. 155 do Código de Processo Penal introduz uma limitação ao livre convencimento motivado, porque não autoriza que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos da investigação. Por outro lado, a confissão utilizada poderia ser combinada com provas produzidas durante a instrução, o que legitimaria o uso do interrogatório do investigado.

Dessa forma, a análise sistemática das regras relativas ao juiz de garantia, induz à conclusão de que a confissão não poderá ser utilizada em desfavor do investigado, visto que, numa análise comparativa, aquele que confessasse o crime na investigação e depois fosse processado não teria sua palavra usada contra si na etapa judicial.

Em sentido contrário, o Ministério Público de São Paulo<sup>15</sup> e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Ministério Público<sup>16</sup> já expediram a orientação de que a confissão poderá servir de suporte informativo para o oferecimento da peça acusatória.

Ou seja, a confissão somente poderia ser empregada para oferecimento da peça acusatória se vigente o juiz de garantias. Como está suspenso sem qualquer previsão de exame pelo Supremo Tribunal Federal, não há a mínima possibilidade de se admitir a confissão para fins de julgamento de mérito.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> 24. Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como uns dos elementos para oferta da denúncia. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/correedoria\\_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/correedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf)>. Acesso em: 11.mar.20.

<sup>16</sup> ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10). Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo). Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf)>. Acesso em: 11.mar.20.

<sup>17</sup> Em nota técnica sobre Pacote Anticrime do IBCCRIM, apresentou claro exemplo dos problemas trazidos pela confissão: “Nesse passo, a exigência de confissão contida na proposta em nada contribui para sua eficiência, além de vulnerar-lhe quanto à constitucionalidade. Na prática, ao exigir a confissão, o projeto faz com que o acusado abra mão do devido processo legal em caso de descumprimento ou revogação dos termos do acordo, dado o peso probatório que os juízes atribuem à confissão. Em outras palavras: é bem possível que alguém, receoso pela perspectiva de responder a um processo criminal que certamente durará anos, confesse falsamente para obter um acordo de não persecução penal. Posteriormente, não tendo condições de, por exemplo, pagar a prestação pecuniária que lhe foi exigida como parte do acordo, venha a ser formalmente processado sendo que sua confissão sobre o crime que

Segundo Rômulo de Andrade Moreira, ainda que tenha existido a confissão pelo investigado “quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória”.<sup>18</sup> Na mesma linha Ali Mazloum e Amir Mazloum sustentam que não se pode empregar a confissão porque ainda não há acusação formal, salientando, inclusive, de modo comparativo, que no regime da colaboração premiada, em caso de retratação da proposta, as provas incriminatórias não poderão ser utilizadas contra o colaborador.<sup>19</sup>

Ainda, de acordo com Rogério Sanches Cunha:

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.<sup>20</sup>

A doutrina defende ainda que o objetivo da confissão seria meramente processual<sup>21</sup>, com o propósito de esclarecer que o investigado

---

não cometeu já se encontra nos autos.” Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf)>. Acesso em 09 mar.20.

<sup>18</sup> O acordo de não persecução penal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 09 mar.20.

<sup>19</sup> MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniaao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em: 09 mar.20.

<sup>20</sup> *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

<sup>21</sup> Em texto abordando sobre a confissão no *plea bargain* Brandon L. Garrett afirma que “o acusado geralmente admite atos que satisfazem as elementares do crime – uma admissão legalmente suficiente como garantia, mas normalmente não sob juramento, e normalmente não sustentada por qualquer registro fático exaustivo. Uma vez que os *plea bargains* tipicamente contêm apenas admissões protocolares, eles têm limitados impactos preclusivos nos casos futuros.” (Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen [Org]. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61). Mais adiante o autor reconhece também que “como resultado, o acordo em um caso criminal não contém muitas admissões que poderiam ser legalmente relevantes em um futuro litígio.” (*Idem*, p. 66). Ademais, ao debater a eficácia preclusiva da confissão, representada pela impossibilidade de novo julgamento pelo mesmo crime, o autor aponta quatro exigências tradicionais para impedimentos ou questões preclusivas: a) identidade da matéria em ambos os procedimentos; b) a matéria do primeiro procedimento deve ter sido realmente

realmente é a pessoa autora do delito, além de um efeito pedagógico, isto é, o arrependimento pela prática da infração penal. Mesmo assim, a confissão não representaria assunção de culpa, até mesmo porque não se assenta num juízo de irreversibilidade.<sup>22</sup>

A segunda questão é bem mais tormentosa. Discute-se o emprego da confissão nas searas cível ou administrativa. Imagine, por exemplo, um servidor público que tenha realizado a confissão para fins de acordo de não persecução penal. A dúvida que surge é se, a título de prova emprestada, a confissão poderá ser empregada para propositura de eventual ação civil pública ou instauração de processo administrativo disciplinar.

Neste caso o que se verifica é que a confissão representa mera formalidade para fins de concretização do acordo, não podendo ser empregada nas demais esferas<sup>23</sup>. Em que pese tenha ocorrido a confissão perante o Ministério Público, denota-se que a manifestação do investigado se deu em sede de investigação preliminar, não sendo externado na fase judicial, ou seja, perante o juiz competente.

---

decidida e litigada; c) deve haver oportunidade integral e justa para o litígio no primeiro procedimento; e d) a matéria anteriormente litigada deve se basear em julgamento válido e final de mérito. (*Op. cit*, p. 77).

<sup>22</sup> SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patricia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p. 165-166.

<sup>23</sup> Seguindo a perspectiva de comparar o instituto em análise com outros similares, já incorporados e aplicados na ordem jurídica, pode-se observar que em relação à colaboração premiada admite-se a possibilidade de compartilhar elementos de provas autoincriminatórios produzidos pelo delator, desde que sejam observados os termos do acordo. Ademais, seria cabível o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo apenas quando as investigações forem destinadas contra terceiros cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. *RDU*, Porto Alegre, Volume 15, n. 87, p. 9-24, maio-jun 2019. No caso específico do acordo de não persecução penal, embora se compreenda pela inviabilidade do emprego da confissão para outros âmbitos, objetivando explicar o porquê os enunciados produzidos no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais não são adequados para resguardar a segurança jurídica, compreende-se que a inobservância dos limites pactuados do acordo de não persecução penal constitui impeditivo ao compartilhamento da confissão para outros procedimentos que objetivem apurar a responsabilidade civil ou administrativa pelos mesmos fatos. Acresça-se que a falta ou insuficiência de informação ao investigado sobre os fins para os quais sua confissão será utilizada, igualmente obsta o seu compartilhamento para outros procedimentos.

Mesmo que se preveja a audiência, a declaração dada pelo investigado ocorreu em momento pretérito, cabendo ao magistrado realizar juízo de valor sobre a voluntariedade e legalidade, não se avançando ao mérito da infração penal. Note-se, mais uma vez, a homologação se daria pelo juiz de garantias, nada se vinculando ao juiz de instrução. Nesta linha de raciocínio, o enunciado 24 do Conselho Nacional de Procuradores assenta que o juiz não procederá ao exame de mérito/conteúdo do acordo.<sup>24</sup>

Portanto, a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos.

#### **4. Da questão intertemporal para aplicabilidade do instituto**

O segundo ponto a ser tratado diz respeito à questão intertemporal. A regra do processo penal, na linha do art. 2º do Código de Processo Penal, é de que a lei nova possui aplicação imediata, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

No entanto, o critério temporal parece ser um pouco mais complexo, pois, se está tratando do direito de ação conferido ao Ministério Público, como também de causa de extinção da punibilidade (arts. 28-A, *caput* e § 13), ambos classificados como institutos alusivos à pretensão punitiva<sup>25</sup>. Assim, há conteúdo duplo, abrangendo normas de processo penal e direito material, incidindo, portanto, as regras intertemporais previstas na Constituição Federal e no Direito Penal quanto à sucessão de leis (arts. 5º, XL, CF e 2º, parágrafo único, CP).

<sup>24</sup> A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)>. Acesso em 11 mar.20.

<sup>25</sup> Há autores que defendem que normas de direito processual penal que traduzem garantias do cidadão também deveriam ser a mesma lógica do direito material. No entanto, como se está diante de conteúdo da pretensão punitiva, tais normas têm sido compreendidas como mistas/híbridas, não se verificando muitos problemas quanto ao tema. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141-142.

É possível, ainda, cogitar que a retroatividade deve abarcar não só os processos que estejam tramitando, independentemente da instância, como também aqueles com trânsito em julgado, desde que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à Lei 13.964/2019.<sup>26</sup>

Há importante precedente da Corte Suprema tratando da modificação de ação penal pública incondicionada para condicionada nos crimes de lesão corporal leve e culposa (cf. art. 88, Lei 9.099/95), pois eventuais processos de despenalização no plano do direito positivo devem buscar a afastar a própria incidência “da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada”<sup>27</sup>

Verifica-se, inclusive, decisões judiciais instando o Ministério Público a se manifestar sobre a possibilidade de cabimento do acordo, ainda que o processo penal esteja em trâmite, o que reforça a necessidade de aplicação imediata do benefício.<sup>28</sup>

A doutrina tem se posicionado no sentido de que deve “retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal.”<sup>29</sup> Na mesma linha, a Defensoria Pública de Minas Gerais apresentou o Enunciado 17, manifestando-se pelo cabimento do acordo: “O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.”

Logo, por se tratar de instituto inserido na legislação processual penal, mas que detém nítida carga de direito material, deverá retroagir para englobar investigações e processos penais de fatos cometidos mesmo

<sup>26</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>>. Acesso em: 09 mar.20.

<sup>27</sup> Inq 1055 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996.

<sup>28</sup> Juiz da “carne fraca” sugere que MPF faça acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/juiz-carne-fraca-sugere-mpf-facaacordo-nao-persecucao>. Acesso em: 09 mar.20.

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar.20.

antes de sua vigência, eis que se trata de norma claramente benéfica ao investigado/acusado.

## 5. Da atuação da defesa no acordo de persecução penal

Por conseguinte, outro trecho que merece destaque consiste na necessidade de participação da defesa, como prevê o art. 28-A, § 3º, do Código de Processo Penal.<sup>30</sup>

Como se vê do dispositivo, o defensor deverá participar desde a fase de formalização do acordo de não persecução penal, até a fase de homologação, a qual se dará por meio da oitiva do investigado em audiência.<sup>31</sup>

Como é sabido, o entendimento prevalente é de que a defesa técnica não é obrigatória em sede de investigação preliminar. Mesmo assim, é possível localizar hodiernamente alguns dispositivos que exigem a presença do defensor, como por exemplo, o art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, desde o início da apuração do delito. Tratando do dispositivo citado, Gustavo Badaró afirma que após o advento da Lei 11.449/2007, houve a imposição da defesa técnica desde o inquérito policial, ainda que limitada ao caso em que a persecução penal se inicie por prisão em flagrante.<sup>32</sup>

O destaque é importante porque inicialmente dificuldades podem surgir para a correta aplicação do dispositivo, exigindo-se, por exemplo, a criação de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para se corrigir a lacuna existente sobre a atuação da defesa técnica na fase de investigação preliminar. Em outras palavras, antes da audiência para homologação existirá a análise pelo defensor a respeito do cabimento do acordo, podendo, inclusive, manifestar-se antes da audiência.

O problema a ser enfrentado se dá especialmente nos casos de pessoas sem advogados, os quais dependerão da Defensoria Pública ou da advocacia particular por meio de convênios. No Paraná, por exemplo, a estrutura da Defensoria Pública é deficiente, de modo que certamente os advogados particulares, atuando de forma dativa, restarão incumbi-

<sup>30</sup> Art. 28-A (...) § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

<sup>31</sup> Art. 28-A (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

<sup>32</sup> *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

dos dessa função. Isto é, como não há obrigatoriedade da presença de defensor na fase de inquérito policial, a atuação da defesa técnica, nos casos acima, dá-se especialmente a partir da resposta à acusação (art. 396, § 2º, CPP).

Como se vê na resolução 183/2018, a participação da defesa ocorreria desde a formalização do acordo de não persecução penal, demonstrando-se que o defensor será necessário antes de qualquer providência jurisdicional, até mesmo em razão não só de avaliar as condições da proposta, como também pela imprescindibilidade de comunicar o investigado sobre a iniciativa de realização ou não do acordo de não persecução penal.

## **6. O acordo de não persecução penal e os crimes hediondos ou equiparados**

A nova lei não delimitou qualquer restrição específica de crimes passíveis de realização do acordo de não persecução penal, excluindo apenas aqueles com emprego de violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Com efeito, não há impedimento de que o acordo ocorra em crimes considerados hediondos ou equiparados. Nesta senda, torna-se plausível situações de cabimento do instituto (art. 218-B, art. 155, § 4º-A, CP), até porque o art. 28-A, do Código de Processo Penal estipula que o acordo deve ser ofertado “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Veja-se que, na prática, a situação pode ser dirimida de forma diversa. Como exemplo, cite-se caso em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus*<sup>33</sup> ante a recusa do oferecimento de acordo de não persecução penal para paciente que figurava no polo passivo de ação penal pelo crime de tráfico de drogas, em que houve a denegação da ordem com a utilização, inclusive, de precedente<sup>34</sup> do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, salientando que o instituto constitui um “dispositivo legal não vinculante, não devendo o Poder Judiciário interferir na obrigatoriedade de sua aplicação”.

<sup>33</sup> Habeas Corpus Criminal nº 2064200-84.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Xisto Rangel. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>34</sup> Habeas corpus criminal nº 2026314-51.2020.8.26.0000. Relator: Ricardo Sale Júnior. 15ª Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo

Entretanto, o que se entende, neste breve estudo, é que, ainda que se lance mão de decisão institucional do Ministério Público, este terá que obrigatoriamente motivar eventual recusa quanto ao oferecimento, não se podendo basear simplesmente na caracterização de crime hediondo<sup>35</sup>, por se tratar de argumento genérico e abstrato, que não possui o condão de rechaçar a aplicação do benefício quando sua utilização indica o respeito à reprovabilidade do crime e enaltecimento dos fins preventivos.

Note-se, inclusive, que na Resolução n.º 183 do Conselho Nacional do Ministério Público vedava-se expressamente o acordo de não persecução penal se o delito fosse hediondo ou equiparado, inexistindo tal impedimento na legislação vigente (cf. art. 1.º, V).

Por outro lado, reconhece-se que a fundamentação para fins de justificativa acerca do descabimento é algo mais simples em razão da gravidade intrínseca dos crimes hediondos ou equiparados, no entanto, reforça-se apenas a argumentação de que a mera invocação da natureza jurídica da infração penal é insuficiente para se motivar o não oferecimento do benefício, sobretudo porque se nem o próprio legislador sua realização para os referidos crimes, não pode fazê-lo o Ministério Público, ainda que titular da ação penal.

## **7. O reflexo da desclassificação e absolvição para proposta de acordo**

Por fim, conforme foi ressaltado anteriormente, um dos requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal é a pena mínima do crime ser inferior a quatro anos, incluindo-se, neste critério, o concurso de crimes. No entanto, existem situações que inicialmente se pode verificar o impeditivo legal, mas, no momento da sentença, constata-se que era cabível a oferta do benefício disposto em lei.

Na situação acima, o cabimento do benefício somente é identificado no momento da sentença condenatória, razão pela qual se faz necessário o exame naquela fase do processo. A lógica é a mesma adotada para a suspensão condicional do processo, em que a jurisprudência acabou estabelecendo essa possibilidade de oferecimento do *sursis* processual na fase de julgamento.

---

<sup>35</sup> Aliás, o STF assentou, no julgamento do HC 82.959 a inconstitucionalidade do óbice previsto no art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, que impedia a progressão de regimes em crimes hediondos. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

A Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça define que “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

Logo, no caso de sentença que desclassifique o crime ou então que resulte em absolvição parcial, fará com que o juiz seja obrigado a examinar o cabimento do acordo, remetendo ao Ministério Público para fins de oferta da benesse.<sup>36</sup>

## 8. Conclusão

Nos últimos anos, muito se discute sobre medidas alternativas no âmbito da justiça criminal, principalmente no que diz respeito ao cumprimento de determinadas condições para que, ao final, trabalhe-se de forma diferenciada a imposição de pena ao acusado, de modo a dar lugar a uma espécie de terceira via<sup>37</sup> do Direito Penal.

Não obstante a regulamentação detalhada exposta pelo Código de Processo penal no tocante aos requisitos, proibições e condições do acordo de não persecução penal, denota-se que alguns pontos mereceram um exame mais cauteloso, tendo em vista a dificuldade operacional acerca de sua utilização.

À luz do que foi trabalhado, denota-se que a confissão exigida como requisito para a consecução do acordo não poderá ser empregada na fase judicial, visto que se trata de mero requisito formal para

<sup>36</sup> O exemplo que pode ser dado aborda inclusive o crime de tráfico privilegiado. Por exemplo, no momento do oferecimento da peça acusatória não havia indicativo de que seria possível a incidência da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06). Todavia, no momento da sentença o juiz verifica que é cabível a minorante. Não há dúvida de que será necessário o oferecimento do acordo de não persecução penal, desde que evidentemente estejam presentes os demais requisitos.

<sup>37</sup> “[...] *Pues com ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustan una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidade otorgan nulo o escasso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidade. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y em delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El proyecto Alternativo de reparación del daño presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones.* (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 109):”

fins de aceitação do acordo. A nova sistemática de exclusão do caderno investigatório corrobora a impossibilidade de emprego da confissão. Da mesma forma, sua imprestabilidade se espraia para outras esferas do Direito, vedando-se o emprego na caracterização de responsabilidade civil ou administrativa, por exemplo.

Por conseguinte, trata-se de norma mista que estipula nova causa de extinção da punibilidade, razão pela qual deverá retroagir para albergar investigações ou processos penais que já estejam em curso, nos moldes da Constituição Federal e Códigog Penal.

Entretanto, em que pese o louvável intento de aplicação do instituto, o acordo de não persecução penal deve ser efetivado com muita cautela, porquanto evidentemente pode minimizar ainda mais a defesa daqueles que figuram no polo passivo das demandas criminais, sobretudo àqueles desprovidos de defensores constituídos, de modo que, conforme se tratou, a medida ensejaria, por consequência, a criação de parcerias/convênios para o devido acompanhamento por defensores dativos nos casos em que inexistem procuradores constituídos quando do oferecimento da benesse legal.

Outra questão importante seria a não detenção do “poder” de ofertar a proposta quando bem entendesse o Ministério Público. Isto porque, a exemplo dos casos envolvendo crimes hediondos, o próprio legislador baseado em políticas-criminais não proibiu a aplicação do instituto, de modo que não ficaria, portanto, a cargo do Órgão Ministerial seu oferecimento, principalmente quando se observa que o acordo de não persecução penal se trata de causa de extinção de punibilidade.

A criação de “delitos de interesse” também deve ser medida rechaçada, especialmente para que evitar que sejam colocados holofotes direcionados aos delitos que não são abarcados pelo acordo de não persecução penal, isto é, com a ampliação da tutela jurídica pelo estado dirigida a uma parcela singular da população.

Portanto, como dito, o acordo já é realidade. A perspectiva de justiça negocial envolvendo vítima e acusado, mediante a participação do Ministério Público e defesa, com o enaltecimento de uma solução célere e econômica para determinados conflitos é interessante, sendo imprescindível, tanto aos agentes públicos como aos que no Direito Penal se fazem presentes, supervisionar de forma a preservar a existência – sempre indispensável – de uma defesa técnica mantenedora das garantias fundamentais do acusado.

## Referências

- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>>. Acesso em: 09 mar.20.
- CABRAL, Rodrigo Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GARRETT, Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen [Org]. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 61-86.
- LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133-150.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Admissibilidade da Suspensão condicional do processo na ação penal priva. In. *Doutrinas essenciais de processo penal*. Org. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. v. IV. São Paulo: RT, 2012, p. 1235-1238.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyra. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar.20.
- MANDARINO, Renan Posella. *Análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada*. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella Mandarino. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>>. Acesso em: 09 mar.20.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ano 25, n°. 299, outubro 2017.

\_\_\_\_\_. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

\_\_\_\_\_. *Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator*. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 87, p. 9-24, maio-jun 2019



# DA GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICRIME

*THE GUARANTEE OF MOTIVATION OF CRIMINAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE INNOVATIONS BROUGHT BY THE ANTICRIME LAW*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p233-258

Roberto Portugal de Biazzi

*Advogado. Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP.*

*Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito*

*Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCRIM.*

**Recebido em:** 07/02/2020

**Aprovado em:** 23/03/2020

**Última versão do autor em:** 10/04/2020

**Área:** Direito Processual Penal

**Resumo:** A garantia da motivação das decisões judiciais está expressamente prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988. A violação dessa garantia implica em nulidade da decisão, evidenciando a relevância do tema, porém gerando dúvidas sobre quais seriam as hipóteses concretas de ofensa à norma constitucional. Com as reformas trazidas pela Lei Anticrime (Lei nº. 13.964/2019), o Código de Processo Penal passou a prever, no artigo 315, §2º, um rol de hipóteses de decisões penais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao assunto. Destarte, o presente trabalho pretende analisar as implicações disso no Direito Processual Penal, tratando de cada uma das hipóteses indicadas no novo dispositivo legal.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Motivação das decisões. Nulidade. Lei Anticrime.

**Abstract:** *The Article 93, section IX, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 defines the constitutional guarantee of motivation of judicial decisions. The violation of this guarantee results in the nullity of the judicial decision, which highlights the importance of the topic, but also raises questions regarding the concrete cases of offense of this constitutional guarantee. The Anticrime Law (Law No. 13.964/2019) amended the wording of several legal provisions, including the Article 315, §2 of Brazilian Criminal Procedure Code, which was altered to include a list of hypotheses of criminal decisions that should not be considered motivated. This change brought more clarity to this matter. Thus, the present work intends to analyze the implications of this topic under the Criminal Procedural Law, addressing each of the hypotheses indicated in the new legal provision.*

**Keywords:** *Criminal Procedural Law. Motivation of judicial decisions. Nullity. Anticrime Law.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do dever de motivação das decisões judiciais. 2.1. Da breve contextualização histórica. 2.2. Da função e do conteúdo. 3. Dos vícios da decisão à luz do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal. 3.1. Do dever de contextualizar e de explicitar. 3.2. Da vedação do uso de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência. 3.3. Da vedação da “decisão modelo”. 3.4. Da obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos. 3.5. Da vedação da invocação de precedente ou súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. 3.6. Do *distinguishing* e do *overruling* como condição para a não aplicação de um fundamento alegado. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

O presente trabalho busca estudar as inovações trazidas pela Lei Anticrime (Lei nº. 13.964/2019) no tocante à garantia da motivação das decisões penais, em especial com a nova redação dada ao artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, que replica o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil.

Como se sabe, o dever de motivação das decisões está previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, constituindo a ofensa a essa garantia uma hipótese de nulidade (“...fundamentadas todas as de-

ciões, sob pena de nulidade”). Por isso, doutrina e jurisprudência buscam elucidar o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada, de modo a dar efetivo cumprimento ao dispositivo constitucional, tema este que ganha novo relevo com a Lei Anticrime, por passar a prever um rol de decisões consideradas não motivadas no âmbito do processo penal.

Ademais, em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual o legislador se vê incapaz de regular todos os aspectos da vida, e com a crescente demanda por tutela jurisdicional (e penal), inegavelmente o Judiciário assume papel de protagonismo na resolução de conflitos, situação que revela a importância da correta motivação das decisões judiciais.

Portanto, cumpre analisar a evolução histórica – no direito comparado e no Brasil – do dever da motivação das decisões, compreendendo suas funções processuais (endoprocessuais) e políticas (extraprocessuais) e o seu conteúdo no Estado Democrático de Direito.

Verificado o contexto do desenvolvimento do dever de motivação, notadamente a partir das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil e pela Lei Anticrime a respeito do tema, e sua relevância enquanto garantia constitucional, realizar-se-á estudo pormenorizado do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, analisando-se, individualmente, os seus seis incisos, chamando-se a atenção à finalidade de cada um deles, assim como apontando eventuais exemplos práticos ou concretos de decisões penais que incorram nos vícios nele indicados, principalmente.

## 2. Do dever de motivação das decisões judiciais

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, consagrando, assim, o dever de motivação das decisões judiciais.

Essa obrigatoriedade é de fundamental relevância à estruturação de um sistema de garantias processuais alinhado às premissas do Estado Democrático de Direito, na medida em que rechaça a natureza potestativa do juízo e garante sua natureza cognitiva, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova produzida. Por isso é que Luigi Ferrajoli considera o dever de motivação uma *garantia de fechamento* do sistema de garantias processuais.<sup>1</sup>

É a partir da motivação, enfim, que as decisões judiciais podem ser consideradas legítimas e válidas.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 573.

Além disso, a revelar a importância da motivação das decisões, em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual o legislador se vê incapaz de regular todos os aspectos da vida, e que tem demandado crescente proteção jurisdicional, inegavelmente o Judiciário assume papel de protagonismo na resolução de conflitos, impactando, positiva ou negativamente, determinadas categorias de pessoas<sup>2</sup>.

Aliás, como bem elucida Antonio Magalhães Gomes Filho, justamente com o aumento da complexidade das relações sociais, associável aos processos de urbanização e de industrialização intensificados no último século, houve “extraordinário incremento nas taxas de criminalidade – do que resultou sensível acréscimo no volume de intervenção judicial na solução de litígios penais –, mas também ensejou o surgimento de novas formas de delinquência”, organizada, multinacional, com multiplicidade de ações e de autores, como nos grandes casos de corrupção ou de escândalos financeiros, demandando do julgador uma tomada de posição com consequências políticas e econômicas.<sup>3</sup>

Neste cenário, é natural que a atenção se volte à motivação das decisões judiciais, afinal, na medida em que cresce o poder de influência dos rumos do País pelo Poder Judiciário, maior se torna o ônus argumentativo do julgador, cujo pronunciamento deverá revelar a adoção de procedimentos legítimos e controláveis.<sup>4</sup>

Reconhecida a importância do dever de motivação, algumas considerações mais aprofundadas se fazem necessárias, de sorte a autorizar a correta compreensão dessa garantia.

## 2.1. Da breve contextualização histórica

Durante séculos, entendeu-se que as decisões judiciais constituíam mera manifestação de poder da autoridade que a profere, de tal sorte que era inconcebível exigir algum tipo de justificação, evitando-se questionamentos<sup>5</sup>. Por isso, a resguardar eventuais defeitos,

<sup>2</sup> VIGORITI, Vincenzo. **Le responsabilità del giudice**, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 11-12.

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

<sup>4</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

<sup>5</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Motivação das decisões Judiciais: Legitimação, controle e poder**. In: Alexandre Morais da

os glosadores medievais recomendavam aos juízes que as sentenças fossem imotivadas<sup>6</sup>.

Foi a partir da influência dos ideais iluministas que surgiram os primeiros contornos da atual configuração do dever de motivar as decisões judiciais.

Com efeito, alguns Estados de despotismo esclarecido, submetidos a tal influência, deram passos importantes neste tocante: no reinado de Frederico II da Prússia, o *Codex Fridericianus Marchicus*, publicado em 1748, prescreveu minuciosas exigências a respeito das decisões judiciais e sua consequente motivação; outro exemplo é a *Prammatica*, de 23 de setembro de 1774, por meio da qual o rei Ferdinando IV reestruturou a organização da justiça em Nápoles e também passou a demandar a exposição das razões de decidir do julgador.<sup>7</sup>

Entretanto, com a Revolução Francesa, o dever de motivação das decisões alcançou delineamento já muito semelhante ao atual. Nas lições de Rodrigo Ramina de Lucca:

Após a Revolução Francesa, a função de controle da atividade judicial foi potencializada à luz da concepção liberal que permeou aquele momento histórico. Os juízes, ao exercerem um poder decorrente do próprio povo e aplicar um direito produzido pelo povo e para o povo, deveriam dar satisfação de sua atividade pela exposição das razões que os levaram a decidir de determinada maneira.<sup>8</sup>

Sendo assim, a Constituição do ano III (1795) passou a prever, em seu artigo 208, que “Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”, consagrando de vez a natureza não apenas técnica, como também essencialmente política, do dever de motivação das decisões judiciais ao alçá-la a status constitucional.<sup>9</sup>

---

Rosa ... [et al.]; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 439.

<sup>6</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90.

<sup>7</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 49-50.

<sup>8</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 91.

<sup>9</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54. No mesmo sentido: GIACOMOLLI,

Razões não faltavam aos revolucionários de 1789 para impor o dever de motivação, afinal, os membros do Poder Judiciário haviam sido escolhidos pelos representantes do antigo regime e, portanto, não raro suas decisões representavam posicionamentos reacionários e corporativistas. Por isso, Paulo Bonavides elucida que a imagem do Judiciário à época da Revolução Francesa era odiosa, de modo que se buscou, com a Constituição, o estabelecimento de limites à sua atuação.<sup>10</sup>

De todo modo, fato é que as influências dessa criação revolucionária reverberaram em diversas legislações ordinárias, inclusive a brasileira.<sup>11</sup>

Ainda nos tempos do Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas apresentavam embrionárias tentativas de estabelecimento do dever de motivação. No Livro III, Título LXVI, §7º, verifica-se que era exigido ao julgador que expusesse, em sua sentença, “as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”, viabilizando às partes meios para “saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas”, e também para “os juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver”.

Após a independência, emitiram-se normas com a mesma preocupação, como a Decisão de Governo nº. 78, de 31 de março de 1824<sup>12</sup>

---

Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

<sup>11</sup> Sobre a evolução legislativa do tema no Brasil, vide: CRUZ, Rogerio Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13** - processo penal. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1, p. 330-331.

<sup>12</sup> “Determina que os Juízes fundamentem as sentenças que proferirem. Desejando S. M. o Imperador que os súditos deste Império comecem desde já a gozar de todas as vantagens prometidas na sábia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principais a extirpação dos abusos inveterados no foro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpável a todos os litigantes: Manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que os Juízes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou o

e, no âmbito do processo civil, o artigo 232 do Regulamento 737 de 1850<sup>13</sup>, seguido, posteriormente, pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Já na seara processual penal, o artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal de 1941 prevê que a sentença conterá “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”<sup>14</sup>.

Posteriormente, como mencionado acima, o artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988, finalmente outorgou status constitucional ao dever de motivação.

Aqui, dois aspectos merecem destaque. O primeiro é a extensão que se deu ao dever de motivar, alcançando “todas as decisões”. Vale dizer, todo e qualquer pronunciamento judicial com carga decisória está submetido a essa garantia, restando excluídos, conseqüentemente, os despachos de expediente.<sup>15</sup>

O segundo aspecto é a expressa previsão da nulidade da decisão que não observar o dever de motivação. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, trata-se de novidade não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, como inclusive no direito constitucional comparado, revelando “a gravidade dos vícios de motivação, pois a falta de motivos ou a fundamentação deficiente ou contraditória mutilam a própria integridade do ato judicial”<sup>16</sup>.

Desde então, doutrina e jurisprudência buscam elucidar com maior precisão o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada, de modo a dar efetivo cumprimento ao dispositivo constitucional.

---

seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar ao Conde Regedor da Casa da Suplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palácio do Rio de Janeiro em 31 de Março de 1824 - Clemente Ferreira França”.

<sup>13</sup> “A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

<sup>14</sup> Algumas reformas pontuais do Código de Processo Penal reforçaram a necessidade de motivação das decisões. Neste sentido, vide por exemplo as alterações trazidas pelas Leis n.º. 11.689/2008, 11.690/2008 e 12.736/2012.

<sup>15</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

<sup>16</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

As principais questões que surgiram foram: (i) uma decisão insuficientemente motivada deve ser igualmente considerada nula, tal qual uma decisão imotivada? E (ii) quais seriam os vícios da decisão que dariam ensejo à sua anulação?<sup>17</sup>

Buscando melhor responder esses questionamentos, o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º. 13.105/2015), em seu artigo 489, §1º, passou a prever rol de hipóteses de decisões judiciais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao tema.

Note-se que, pela relevância das inovações trazidas com o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, já havia doutrina reconhecendo sua aplicabilidade no âmbito do processo penal. Neste sentido, pertinente o escólio do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Cruz<sup>18</sup>:

pode-se asseverar que veio em boa hora, também para o processo penal, o disposto no art. 489, §1º, do CPC, que, ineludivelmente, há de ser aplicado na jurisdição criminal, não só por força do disposto no art. 3º do CPP, mas porque o dever de motivação da decisão judicial independe da espécie de jurisdição (civil, criminal ou trabalhista) exercida.

E mais: em três anos de judicatura na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência principal é a de julgar feitos criminais, percebemos a enorme quantidade de decisões – sobretudo em habeas corpus e em recursos em habeas corpus – consideradas formalmente viciadas.

Não por acaso, há precedentes do Tribunal da Cidadania, relatados pelo eminente Ministro Schietti, reconhecendo a aplicabilidade do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil na seara criminal. Cite-se, apenas por oportuno, a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART.

<sup>17</sup> Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: v. 10, n. 38, abr./jun. 2002, p. 123.

<sup>18</sup> CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 343.

## 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Além de indicar, de modo genérico, a presença dos vetores contidos na lei de regência, em especial a gravidade abstrata do crime imputado ao recorrente, o Juízo de primeiro grau mencionou apenas elementos ínsitos ao tipo penal – concurso de agentes e emprego de arma de fogo –, para justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade.

3. O Juízo monocrático traz motivação que se encaixa em todos os casos nos quais o atuado seja preso em flagrante pela suposta prática de roubo, o que contraria o disposto no art. 489, § 1º, III, do Código de Processo Civil. A prevalecer a argumentação da decisão acima transcrita, todos os crimes de roubo ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

4. Recurso provido para assegurar ao acusado o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Estendidos os efeitos ao corréu.<sup>19</sup>

De todo modo, para sanar (e pacificar) de vez qualquer dúvida quanto ao tema, a Lei nº. 13.964/2019, conhecida por “Lei Anticrime”, replicou o teor do dispositivo processual civil acima citado no artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, cuja redação agora é a seguinte:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

<sup>19</sup> STJ, RHC 78.408/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 24/03/2017.

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Muito embora o artigo 315, do Código de Processo Penal, trate da motivação da decretação, substituição ou denegação da prisão preventiva, o §2º claramente não se limita à matéria do *caput*, pois se refere a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Em verdade, percebe-se que a proposta de aludido parágrafo é justamente elucidar, em um contexto geral, quais decisões penais não devem ser tidas como motivadas, o que, conseqüentemente, abarca todo e qualquer *decisum* sobre medidas cautelares no processo.

Ademais, o artigo 564, inciso V, do Código de Processo Penal, com redação dada justamente pela “Lei Anticrime”, estabelece que a nulidade ocorrerá “em decorrência de decisão carente de fundamentação”, reforçando a ideia de ampla aplicabilidade do artigo 315, 2º, do Diploma Processual Penal.

Trata-se, enfim, de inovação que densifica a garantia da motivação das decisões penais, apontando, concretamente, os vícios que as tornam nulas.

Porém, para que sejam estudados os vícios indicados, imprescindível se faz a análise das funções e do conteúdo do dever de motivar, até para que se pondere o verdadeiro alcance da norma, fixando-se premissas e parâmetros.

## 2.2. Da função e do conteúdo

Da própria análise da evolução histórica do dever de motivação, é possível depreender que ela desempenha, essencialmente, duas funções: uma política (extraprocessual) e uma processual (endoprocessual).

Politicamente, serve para (i) garantir a participação popular na administração da justiça, (ii) vincular os pronunciamentos jurisdicionais

à legalidade, (iii) garantir a certeza do direito, em termos de previsibilidade do conteúdo das decisões, tornando-as controláveis, (iv) assegurar a efetividade da separação de poderes, impedindo a assim denominada “ditadura judicial”, e (v) proteger a efetividade dos direitos fundamentais, no sentido de impor ao Poder Judiciário a exposição dos motivos que atestam a observância do devido processo legal, bem como a aplicação válida das normas, autorizada pela correta apreciação do contexto fático.<sup>20</sup>

Processualmente, se presta a (i) garantir a efetividade da cognição judicial, ou seja, assegurar a análise de todas as questões de fato e de direito suscitadas, (ii) assegurar a independência e a imparcialidade do juiz, (iii) representar a última manifestação do contraditório, pois a decisão devidamente motivada deve traduzir a efetiva consideração das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes no processo, (iv) dar eficácia à garantia do duplo grau de jurisdição, viabilizando a apresentação de eventuais razões recursais (ou até mesmo permitindo plena satisfação com os termos do provimento), assim como a análise de possível (des) alinhamento do *decisum* com a jurisprudência do órgão superior, e (v) garantir a publicidade processual, de tal sorte que o dever de motivação constitui condição de legitimidade das decisões que restringem a publicidade externa ou inclusive interna.<sup>21</sup>

Já no tocante ao conteúdo da motivação, de acordo com Gustavo Badaró, ela compreende “(1) o enunciado das escolhas do juiz relativamente: (1.1) à individuação das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação” e, por fim, “(2) aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados”.<sup>22</sup>

Como se verá adiante, a nova redação do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, se mostra bem alinhada com as funções e o conteúdo da garantia da motivação das decisões penais, sendo possível extrair, de seus incisos, uma certa correlação com todos os aspectos ora tratados.

### **3. Dos vícios da decisão à luz do artigo 315, §2º, do código de processo penal**

<sup>20</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64-79.

<sup>21</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-88.

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

Na linha do quanto exposto anteriormente, o artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal (que replica o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil), inovou ao introduzir no ordenamento processual penal um rol exemplificativo dos principais vícios das decisões judiciais, as quais, caso incorram em qualquer uma das hipóteses (cumulativamente ou não), não poderão ser consideradas fundamentadas.

Importa salientar, ainda, que o dispositivo se aplica a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

Trata-se, sem dúvida, de uma das mais importantes inovações no trato do dever de motivação das decisões penais. Por essa razão, serão analisadas, uma a uma, as hipóteses previstas nos incisos do artigo 315, §2º, do Diploma Processual Penal.

### 3.1. Do dever de contextualizar e de explicitar

Diz o artigo 315, §2º, inciso I, do Código de Processo Penal, que não se considera fundamentada a decisão que se limitar “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Trata-se, de acordo com Rodrigo Ramina de Lucca, “de desdobramento inequívoco do dever de concretude, impondo-se ao juiz que apresente razões jurídicas efetivamente relacionadas ao caso concreto”<sup>23</sup>. Ou seja, há o dever de contextualizar e de explicitar a decisão, justificando a incidência da regra ao caso, não bastando a mera repetição do texto legal.

Lênio Streck, por sua vez, vai além, sustentando que uma decisão é um ato de responsabilidade política, e que, com esse inciso, se “impede que verbetes, enunciados ou condensações estandarizadas produzidas por compêndios ou resumos de baixa densidade teórica possam vir a ser citadas sem o necessário contexto”. Em resumo, afirma o jurista que a norma proíbe decisões sem contexto, vedando “conceitos sem coisas”.<sup>24</sup>

No âmbito do processo penal, os exemplos mais oportunos são: (i) “presentes indícios de autoria e prova da materialidade, recebo a

<sup>23</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 237.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 684.

denúncia, pois em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal”, (ii) “decreto a prisão preventiva do acusado com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, ou (iii) “não sendo o caso de aplicação dos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal, mantenho o recebimento da denúncia e designo audiência de instrução”<sup>25</sup>.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça possui decisão na qual reconhece a incidência do artigo 489, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil, cuja redação é idêntica ao dispositivo ora em análise. Neste sentido, merece transcrição a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. TRANSCAMAMENTO DA AÇÃO PENAL.

INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA. NULIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

1. O preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu e a suposta nulidade da decretação da prisão preventiva não foram objeto de análise pela Corte estadual, o que evidencia a incompetência desta Corte Superior para o exame dessas matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

3. O Juízo singular, por ocasião da conversão do flagrante em prisão preventiva, apenas apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem nem sequer indicar o delito supostamente praticado pelo acusado, tampouco justificar a necessidade de colocá-lo cautelarmente privado de sua liberdade.

Deficiência na fundamentação (art. 489, § 1º, I e III, CPC).

<sup>25</sup> Sobre a confirmação do recebimento da denúncia e o dever de motivação das decisões, vide: TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 1 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 254-258.

4. Os argumentos trazidos pelo Tribunal de origem, tendentes a justificar a custódia cautelar, não se prestam a suprir a ausente motivação do Juízo singular, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do réu.

5. Recurso provido para, confirmada a liminar, assegurar ao recorrente o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.<sup>26</sup>

Ao que se nota, as hipóteses aqui tratadas são de decisões que nada dizem sobre o caso examinado, fazendo com que o acusado não consiga identificar quais foram, concretamente, as provas ou os indícios invocados para fundamentar a aplicação do ato normativo.

### **3.2. Da vedação do uso de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência**

Ao passo que o inciso I do artigo 315, §2º, do CPP, exige que o juiz aponte o suporte fático para a aplicação de determinado ato normativo, o inciso II impõe a justificação do uso de conceitos jurídicos indeterminados, explicando-se o motivo concreto de sua incidência no caso.

Explicam Didier Jr., Braga, e Oliveira que conceitos jurídicos indeterminados são “aqueles compostos por termos vagos, de aceção aberta, que, por isso mesmo, exigem cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido”<sup>27</sup>.

Nas searas penal e processual penal, são exemplos (i) “garantia da ordem pública”, (ii) “grave ameaça”, (iii) “motivo fútil” etc., conceitos que demandam atribuição de sentido caso a caso.

A finalidade precípua do inciso II do dispositivo legal em análise é impor um ônus maior ao julgador quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, contextualizando seu uso por meio do deli-

<sup>26</sup> STJ, RHC 70.674/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016.

<sup>27</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. rev., ampl e atual., 3. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 330.

neamento das peculiaridades do caso examinado. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está alinhada com essa inovação legislativa, conforme ementa que segue:

HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. O Juízo de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente na gravidade abstrata do delito, sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou aplicação da lei penal.

3. A par de utilizar conceitos jurídicos indeterminados, sem a necessária densificação ao caso examinado, e repetir palavras do texto normativo de regência, empregou motivação que se ajusta a qualquer caso de tráfico de entorpecentes, incorrendo nos vícios de fundamentação a que alude o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP. A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de roubo ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

4. Habeas corpus concedido, para que o paciente possa responder a ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> STJ, HC 402.190/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

Como diria Perelman<sup>29</sup>, “quanto mais vagos e imprecisos são os termos da lei, maior é o poder de interpretação deixado ao juiz”. Logo, se o poder de interpretação do juiz aumenta com os conceitos jurídicos indeterminados, igualmente deve aumentar o grau de profundidade da motivação do *decisum*, para que não se recaia em arbítrio judicial.

### 3.3. Da vedação da “decisão-modelo”

Dispõe o inciso III do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, que não se considera fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Mais uma vez, propõe-se seja prestigiado o caso concreto, impondo ao julgador o dever de dar facticidade à motivação de sua decisão. Neste sentido, adverte Streck que os “motivos invocados na decisão devem ter um nexo causal – portanto, sempre a questão do caso concreto assume condição de possibilidade do agir do juiz – entre o feito sob julgamento e as razões pelas quais determinada decisão está sendo exarada”<sup>30</sup>.

Veda-se, com isso, o uso da “decisão-modelo” ou da “decisão-padrão”, preenchida tal qual um formulário genérico.

Neste sentido, oportuna a lição de Eros Grau<sup>31</sup> no sentido de que

Tão dissociada do direito – e juridicamente inútil – quanto a interpretação de textos de direito isoladamente é a pretensão de sua aplicação (do direito) sem que se desenvolva a pesquisa do conjunto de fatos que é tomado sob consideração a fim de se indagar se certa regra, ou outra incide ou não incide.

Por isso, conclui Rogério Schietti Cruz que de nada adianta uma decisão dotada de substancial arcabouço teórico se ela “não se faz acompanhar da análise do caso concreto e de sua conexão com o direito”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Galvão G. Pereira, Maria E. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 510.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 685.

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 74.

<sup>32</sup> CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346.

Cumprido destacar, sobre o assunto, acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DEFENSIVA. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO VICIADA. ELEMENTOS INCONGRUENTES COM A REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA GENÉRICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Art. 93, IX, da CF. Dever de motivação de todas as decisões judiciais. Cabe, portanto, ao magistrado externar os motivos fáticos e jurídicos de suas conclusões.

3. Art. 381, III, do CPP. Requisito essencial da sentença: “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. Ao cotejar a norma jurídica com os fatos submetidos à sua apreciação, a cognição do magistrado se desenvolve rumo ao acolhimento, ou não, da imputação penal. Caminho a ser percorrido de forma inteligível e trilhado por persuasivos argumentos jurídicos e de análise percuciente dos fatos.

4. Elementos essenciais às decisões penais: fatos e normatividade jurídica aplicada à espécie. A ausência de qualquer desses fatores no ato decisório insinua arbitrariedade, remetendo a ação judicial a padrões de atos despóticos.

5. Na hipótese em foco, as circunstâncias fáticas expostas no voto-condutor, a toda evidência, não guardam nenhuma correlação com o fato delitivo apurado. Sem sombra de dúvida, a vítima dos autos não se chama Antonio Assunção Aguiar e o réu não atende pelo nome de Dejacy Ribeiro da Silva. Além disso, a ação delitiva submetida ao Tribunal Popular não se deu na condução de veículo automotor; mas, sim, por meio de tiro de espingarda disparado à queima-roupa pelo réu – Francisco das Chagas Araújo da Cunha – contra a cabeça da vítima – Soelany Silva Miranda.

6. Ausência de fundamentação do acórdão impugnado. Ainda que, primo ictu oculi, a argumentação jurídica delineada possa

ter aparência judiciousa, a ausência de correspondência com os fatos concretos submetidos a julgamento macula toda a fundamentação traçada.

7. Além disso, a completa falta de correspondência da fundamentação do acórdão com as razões da apelação é também demonstrada por mais duas situações. Primeiro, a apelação não impugna o cálculo da reprimenda, conquanto, no aresto combatido, tenha afirmado que “a dosimetria da pena, apresenta-se em consonância com a decisão dos jurados, motivo pelo qual, não deve ser modificada”. Segundo, o recurso defensivo limitou-se a provocar a manifestação da Corte local sobre o julgamento contrário à prova dos autos, uma vez que houve o indevido reconhecimento das qualificadoras – motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima – e a ausência de reconhecimento do homicídio privilegiado (CP, § 1º do art. 121). Todavia, não se observa, ainda que em passant, o pronunciamento do Tribunal de origem sobre essas matérias; mas, tão somente, argumentação jurídica genérica a abordar aspectos da materialidade, autoria e ausências de excludentes de ilicitude e de culpabilidade que se encontram conforme a prova dos autos.

8. Destarte, o acórdão impugnado não pode ser considerado fundamentado, nos termos do art. 489, § 1º, III, do CPC/2015, c/c art. 3º do CPP.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do acórdão que examinou a apelação, bem como do aresto que analisou os respectivos aclaratórios, e determino ao Tribunal de origem que aprecie novamente a apelação defensiva como bem entender de direito.<sup>33</sup>

Enfim, positivou-se o que já ensinava o Ministro Sepúlveda Pertence, quando afirmou, no bojo do HC nº. 78.713, que “a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum”<sup>34</sup>.

### **3.4. Da obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos**

<sup>33</sup> STJ, HC 366.033/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 09/04/2019.

<sup>34</sup> STF, HC 78.013-3/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19/3/1999, p. 9.

O inciso IV do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, prevê que não se considera fundamentada a decisão “que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Sua finalidade é garantir o pleno exercício do contraditório – uma das funções processuais do dever de motivação –, notadamente sob a vertente do direito de influência das partes, cujo verso da mesma moeda é justamente o dever de consideração pelo julgador.

Destarte, deve o julgador considerar e tratar, expressamente, de todas as questões suscitadas no processo, apontando as razões pelas quais procedem ou não procedem as teses fáticas e jurídicas arguidas pelas partes.

Bom exemplo de decisão não fundamentada por ofensa ao inciso IV do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, é aquela na qual os embargos de declaração são rejeitados ao argumento de que “não está o julgador obrigado a enfrentar todas as matérias arguidas pela parte”.

Sobre o tema, reconhecendo a nulidade de decisão que deixa de apreciar as matérias arguidas pela parte, merece transcrição a seguinte ementa de acórdão prolatado pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Paulo Rossi:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DIRIGIR EMBRIAGADO - Art. 306, do Código Brasileiro de Trânsito - PRELIMINARES - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA Apreciação DAS NULIDADES APRESENTADAS PELA DEFESA EM ALEGAÇÕES FINAIS - DECLARAÇÃO DA NULIDADE - Nula é a sentença que deixa de examinar tese defensiva levantada em sede de alegações finais, constituindo indubitavelmente um cerceamento à defesa do acusado. É vedada a apreciação de questão que deixou de ser analisada e decidida no juízo “a quo”, sob pena de violação do duplo grau de jurisdição. Preliminar acolhida. Mérito prejudicado.<sup>35</sup>

Por outro lado, há uma condicionante na cláusula legal, qual seja, a necessidade de que o argumento deduzido no processo seja capaz de,

<sup>35</sup> TJSP; Apelação Criminal 0007446-46.2016.8.26.0664; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Votuporanga - 2ª Vara Criminal e Da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 09/10/2019; Data de Registro: 15/10/2019.

em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, de modo que, se a parte não demonstrar esse potencial da matéria suscitada, a decisão que não a enfrentar poderá ser considerada fundamentada.

Mas isso não significa outorgar, ao julgador, o poder de arbitrariamente selecionar os argumentos que considera dignos de análise. Pelo contrário, presume-se “relevante tudo o que poderia levar a um resultado diferente daquele que foi obtido”<sup>36</sup>.

Da análise da jurisprudência, percebe-se claramente que essa condicionante vem sendo utilizada como válvula de escape pelo Superior Tribunal de Justiça para convalidar decisões que não examinam todas as teses das partes. Neste sentido, mesmo após as inovações do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil (idêntico ao artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal), assentou-se perante o Tribunal da Cidadania que “o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte”<sup>37</sup>.

### **3.5. Da vedação da invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos**

Os dois últimos incisos do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, reforçam a importância da coerência, integridade e estabilidade jurisprudenciais, na medida em que tratam da invocação de precedentes ou de súmulas no caso concreto.

Tais incisos, originariamente oriundos do artigo 489, §1º, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, dizem respeito ao que parte da doutrina vem denominando como a adoção de um sistema de precedentes no âmbito do direito processual civil, conforme previsão contida no artigo 927 de aludido diploma legal.

Sustenta-se, em suma, que o CPC instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes, prevendo, como regra, a obrigato-

<sup>36</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais:** Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 240.

<sup>37</sup> STJ, AgRg no AREsp 1009720/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017.

riedade de juízes e tribunais observarem as teses firmadas pelos tribunais superiores<sup>38</sup>.

Lênio Streck, por sua vez, pondera ser preciso evitar que esse alegado sistema de precedentes “seja transformado em um enunciado performativo e encubra sérios problemas judiciais contemporâneos”<sup>39</sup>. Isso porque, “tem sido comum a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões”, o que enfraquece a capacidade de persuasão da doutrina e relega aos tribunais a isolada tarefa de atribuir sentido às leis (hipertrofia judicial)<sup>40</sup>.

De todo modo, anotada essa crítica, no inciso V, dispõe-se sobre a obrigatoriedade de o julgador apontar o ajustamento da jurisprudência invocada ao caso em exame.

O exemplo mais rotineiro de decisão que viola o dispositivo legal em análise é, certamente, o da rejeição dos recursos excepcionais (especial e extraordinário) com base na genérica invocação das várias súmulas restritivas ou impeditivas de seu conhecimento, como a Súmula n.º. 7 do STJ ou a Súmula n.º. 282 do STF. Na seara criminal, também é muito comum se deparar com a invocação da Súmula n.º. 691 do STF<sup>41</sup>. Não raro, essas decisões sequer apontam quais são as matérias tratadas no recurso, limitando-se, quando muito, a reproduzir os dispositivos legais questionados pela parte, sem contextualização.

### **3.6. Do *distinguishing* e do *overruling* como condição para a não aplicação de um fundamento alegado**

Por fim, da mesma forma que vedada a mera invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, também é inadmitida a inobservância de enunciado de súmula, jurisprudência

<sup>38</sup> Neste sentido: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>.

<sup>39</sup> STRECK, Lênio. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Conjur, publicado em 18/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686.

<sup>41</sup> “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

dência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (artigo 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal).

De acordo com o Ministro Rogério Schietti Cruz, veda-se a “desobediência” judicial, pois seria desarrazoado o julgador persistir na adoção de entendimento contrário a interpretação dada pelos Tribunais Superiores a respeito de lei federal e da Constituição da República, sob pena de ofensa à segurança jurídica e à coerência jurisprudencial.<sup>42</sup>

Contudo, isso não significa “engessar” o julgador, pois pode ele apontar a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*)<sup>43</sup>.

O ônus reside justamente neste ponto: caso o julgador entenda por não acompanhar determinado precedente ou súmula, deverá apontar as razões pelas quais o caso em exame se distingue do entendimento dos tribunais, como por meio da indicação de peculiaridades fáticas, ou o motivo pelo qual o entendimento foi superado ou merece ser superado, o que pode ocorrer por conta da alteração da realidade social ou legislativa, por exemplo.

Em algumas ocasiões, membros do Superior Tribunal de Justiça já repreenderam publicamente tribunais de segunda instância – notadamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – por ignorarem enunciados de súmula. Relembre-se, por oportuna, a seguinte fala do Ministro João Otávio de Noronha:

“É uma quantidade enorme de decisões condenatórias proferidas pelo TJ-SP ao arrepio de súmulas do STJ e do STF. Dizer que súmula do STJ não tem força vinculante é simplesmente fazer tábula rasa do papel constitucional dos tribunais superiores. Se eles estão lá para dar a última palavra na interpretação da lei federal, e dão, dizem como deve ser entendida, não é razoável que os tribunais e juízes manifestem decisão em sentido contrário. A livre convicção que se dá ao juiz é a livre convicção dos fatos. Para o Direito, a Constituição criou o

<sup>42</sup> CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 352.

<sup>43</sup> Sobre o tema, vide: FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo - REPRO**, São Paulo, v. 42, n. 252, p. art.4, fev. 2016.

Supremo Tribunal Federal no plano constitucional e o STJ no plano infraconstitucional. Portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem uma dívida e é bom que a gente diga e converse sobre isso. Tem uma dívida em seguir as orientações dos tribunais superiores em matéria penal. Isso faz com que o índice de Habeas Corpus seja muito grande, tanto no STJ quanto no STF. É necessário rever esse posicionamento”.<sup>44</sup>

Inadmissível, portanto, é o não enfrentamento, na decisão, da jurisprudência invocada pela parte, sendo imprescindível a análise das semelhanças e das diferenças entre o precedente ou enunciado de súmula com o caso concreto.

#### **4. Conclusão**

A garantia da motivação das decisões é de fundamental relevância à estruturação de um sistema de garantias processuais alinhado às premissas do Estado Democrático de Direito, na medida em que rechaça a natureza potestativa do juízo e garante sua natureza cognitiva, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova produzida.

Por muito tempo, a motivação das decisões foi vista como prescindível e até mesmo não recomendável, por possibilitar sua impugnação, pondo em dúvida a autoridade de quem a profere. Foi a partir da influência dos ideais iluministas, entretanto, que surgiram os primeiros contornos da atual configuração do dever de motivar as decisões judiciais.

Com efeito, o auge deste movimento se deu com a Revolução Francesa, de modo que a Constituição do ano III (1795) passou a prever, em seu artigo 208, que “Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”, consagrando de vez a natureza não apenas técnica, como também essencialmente política, do dever de motivação das decisões judiciais ao alçá-la a status constitucional.

O Brasil de há muito já reconhecia a relevância do dever de motivação, contudo, com a Constituição da República de 1988, ela foi alçada ao nível de garantia constitucional, dispondo-se, no artigo 93, inciso IX, que deverão ser “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A previsão de nulidade das decisões não fundamentadas, inclusive, representa inovação no âmbito do direito comparado.

---

<sup>44</sup> Conforme noticiado pelo Conjur: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc> (acessado em 4 de fevereiro de 2020).

Logo, é da máxima relevância que doutrina e jurisprudência, a partir do alinhamento com o ordenamento jurídico pátrio, deem uma resposta satisfatória para elucidar o que é e o que não é uma decisão devidamente motivada.

Buscando melhor responder essa problemática, a Lei nº. 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal e, em seu artigo 315, §2º, passou a prever rol de hipóteses de decisões penais que não devem ser consideradas fundamentadas, trazendo nova luz ao tema, bem como demandando aprofundada reflexão acerca de seus reflexos no sistema processual penal.

Analisadas as funções e conteúdo do dever de motivação das decisões penais, foram analisadas, uma a uma, as hipóteses de vício da decisão, estabelecidas no artigo 315, §2º, e incisos, do Código de Processo Penal.

Em linhas gerais, é possível anotar que os incisos de referido artigo buscam impor, no dever de motivação, (i) os deveres de contextualização e de explicitação, dando concretude à aplicação da lei no caso concreto (imposição de um liame entre lei aplicável e fato apurado); (ii) a vedação do emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem conexão com os elementos do caso em análise (como o uso indiscriminado de chavões como a “garantia da ordem pública”, sem nenhum apontamento das razões concretas pelas quais a ordem pública estaria ameaçada); (iii) a vedação da “decisão-modelo” ou “decisão-padrão”, na qual o julgador se vale de modelos prontos de decisão para resolver matérias que indubitavelmente geram grave ônus processual ao acusado, como o recebimento da denúncia; (iv) o dever de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos pelas partes, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o qual talvez constitua o mais importante dos incisos, pois resolve qualquer dúvida sobre a profundidade do contraditório, devendo garantir o direito de influência da parte e, conseqüentemente, o dever de consideração pelo julgador de todas aquelas matérias que possam infirmar a sua conclusão; (v) a vedação da invocação de precedente ou de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, evitando, por exemplo, a irrefletida utilização de súmulas defensivas para impedir a análise de recursos; e (vi) o *distinguishing* (distinção entre caso concreto e precedente invocado) e o *overruling* (superação do entendimento sustentado em determinado precedente) como condição para a não aplicação de jurisprudência suscitada pela

parte, de sorte a garantir a segurança jurídica, bem como a coerência, a estabilidade e a integridade jurisprudenciais.

## Referências

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalhy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 122-141., abr./jun. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, Rogerio Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti. **Coleção repercussões do novo CPC v. 13 - processo penal**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. rev., ampl e atual., 3. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo - REPRO**, São Paulo, v. 42, n. 252, p. art.4, fev. 2016.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.). **Coleção repercussões do novo CPC**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. 406 p., 24 cm. ISBN 978-85-224-8830-8.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 222 p., 22 cm. ISBN 978-85-203-4919-9.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Motivação das decisões Judiciais: Legitimação, controle e poder. In: Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Galvão G. Pereira, Maria E. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Conjur, publicado em 18/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 1 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

VIGORITI, Vincenzo. **Le responsabilità del giudice**, Bologna, Il Mulino, 1984.

*PARTE 3*

**CRIMINOLOGIA  
E POLÍTICA  
CRIMINAL**



# O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO RETORNO À CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

*THE CRIMINOLOGICAL EXAMINATION AS A RETURN TO THE POSITIVIST CRIMINOLOGY.*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p261-294

Mariana Secorun Inácio

*Especialista em Ciências Penais PUCRS (2006). Mestre em Ciências Criminais PUCRS (2009). Professora Tempo Parcial de Direito Processual Penal Mackenzie/SP. Professora de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS).*

Carolina de Albuquerque

*Especialista em Direito Constitucional PUCCamp (2004). Mestre em Direito UNIMEP (2005). Doutora em Ecologia Aplicada USP Esalq/CENA (2017). Doutoranda em Direito Mackenzie. Professora de Filosofia do Direito da UNIMEP.*

Caroline Linck Pinto Valandro

*Especializanda em Direito Penal e Processo Penal – Ênfase em Segurança Pública pelo UNIRITTER. Assessora na Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.*

**Recebido em:** 14/03/2020

**Aprovado em:** 17/04/2020

**Última versão do autor em:** 01/05/2020

**Área:** Criminologia e Política Criminal

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar, de forma crítica, o instituto do exame criminológico nos dias atuais e como a sua aplicação pode consistir em certa forma de retorno às premissas da criminologia positivista. Para tanto, será estudada a criminologia positivista em seus primórdios, através de Cesare Lombroso e suas conclusões acerca do caráter etiológico delitivo, que trouxe o delinquente como um indivíduo diferente e selvagem. Da mesma forma, será estudado o exame criminológico em si, seus requisitos, forma de aplicação e sua utilização. Por fim, será analisado o desdobramento da criminologia positivista de

Lombroso e as consequências de sua prevalência atual no Direito Penal, mostrando que o exame criminológico é sua herança direta.

**Palavras-chave:** Criminologia Positivista. Cesare Lombroso. Exame Criminológico.

***Abstract:** The present paper seeks to critically analyze the institute of the criminological examination in the present days and how its application can consist in a certain way of return to the premises of the positivist criminology. Therefore, the positivist criminology will be studied in its beginnings, through Cesare Lombroso and his conclusions surrounding the criminal etiological character, which brought the delinquent as a different and wild individual. Likewise, the criminological examination itself will be studied, as its requirements, application forms and its use. Lastly, the development of the Cesare Lombroso's positivist criminology and the consequences of its current prevalence in the Criminal Law will be analyzed, showing that the criminological examination is its direct inheritance.*

**Keywords:** Positivist Criminology. Cesare Lombroso. Criminological Examination.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Criminologia Positivista – Principais Premissas, Direito Penal do Autor e Periculosidade. 3. Exame Criminológico – Conceito e Aplicação. 4. O Exame Criminológico como Retorno à Criminologia Positivista. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

No Brasil, por muito tempo, o exame criminológico foi requisito subjetivo obrigatório para a progressão de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas.

Em 2003, com a reforma da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei 10.792/03, seu instituto foi modificado. Embora a reforma da Lei de Execução Penal tenha sido um avanço positivo, uma vez que o exame criminológico não é mais requisito obrigatório para a concessão dos direitos supracitados, os tribunais superiores consolidaram entendimento de que o magistrado, quando entender necessário e de maneira fundamentada, poderá determinar a sua aplicação, de modo a tornar tal instituto facultativo.

No entanto, em muitos casos, o exame criminológico ainda é aplicado como se requisito obrigatório fosse, de forma que os apenados continuam sujeitos à perícias de eficácia duvidosa, que irão determinar seu futuro nos estabelecimentos prisionais, levando em consideração

elementos subjetivos e especulativos acerca de suas personalidades, comportamentos e possibilidade de reiteração delitiva.

É de se ressaltar que, ocasionalmente, ocorrem tentativas de tornar o exame criminológico obrigatório novamente, com o surgimento de Projetos de Lei buscando nova alteração à Lei de Execução Penal. O que caracteriza, claramente, retrocesso significativo.

Assim, o objetivo do presente trabalho é inferir se, realmente, a análise da suposta periculosidade atestada pelo exame criminológico, realizada nos dias atuais, consiste na persistência da aplicação das propostas da Criminologia Positivista, trazidas por Cesare Lombroso há mais de 100 anos. Sendo empregado para a realização deste estudo o método da pesquisa bibliográfica, precipuamente, de obras doutrinárias e legislação pertinente.

## **2. Criminologia Positivista – Principais premissas, direito penal do autor e periculosidade.**

A criminologia positivista, que predominou entre o final do século XIX e início do século XX, baseando-se nas características psicológicas e biológicas dos indivíduos, apresentava teorias patológicas acerca da criminalidade e, dessa forma, os diferenciava entre “indivíduos normais” e “criminosos”.<sup>1</sup>

Elena Larrauri traz que a criminologia positivista associava-se com a ideia de um ser patológico, diferente e enfermo, predestinado ao delito e com necessidade de tratamento (tradução nossa).<sup>2</sup> Sendo importante para a criminologia positivista estudar e classificar o delinquente, uma vez que o delito seria um sintoma de sua personalidade patológica, ocasionado pelos elementos causadores da sua degeneração.<sup>3</sup>

O indivíduo era considerado biologicamente distinto dos demais, pelas características que apresentava, e diagnosticado como se possuísse uma espécie de doença, sendo o cometimento de delitos um sintoma diretamente decorrente de tal situação. Ou seja, por ser o delito algo resultante de seu estado patológico, estaria o indivíduo destinado à delinquência.

<sup>1</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.29.

<sup>2</sup> LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminología Crítica**. 2ª ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1992, p.12: “el positivismo criminológico se asociaba con la idea de un ser patológico, distinto e enfermo, determinado al delito por unas causas, y com necesidad de tratamiento”.

<sup>3</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovan, 2011, p.45.

Outrossim, Alessandro Baratta explica que o delito, para a escola positivista, não decorre do exercício do livre arbítrio do indivíduo, mas sim de elementos subjetivos característicos do sujeito:

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prende à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.<sup>4</sup>

O referido autor também explica que o objeto da criminologia positivista não é propriamente o delito, mas sim o “homem delinquente”, que é visto como indivíduo diferente e clinicamente observável.<sup>5</sup>

Não se preocupando, a Escola Positivista, em estudar o delito em si, mas o indivíduo que o comete, pois sua tese era de que o cometimento de crimes não era uma simples escolha do indivíduo, mas algo intrínseco em seu ser. Dessa forma, tinha-se que, diante de características patológicas de certos sujeitos, era possível caracterizá-los como criminosos, sendo essa teoria criada por Cesare Lombroso, considerado o “pai da criminologia”.

A escola positivista foi representada por três principais nomes<sup>6</sup>, quais sejam, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, porém, para a presente pesquisa, dar-se-á foco aos estudos lombrosianos.

Para Cesare Lombroso, sendo o delinquente espécie de subtipo humano, deve ser priorizado o seu estudo, sendo a análise do indivíduo mais relevante do que a análise do crime.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.38.

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.29.

<sup>6</sup> Apenas a título de complementação, Ferri divergiu da tese Lombrosiana, contrapondo o peso das condicionantes sociológicas aos delinquentes, enquanto Garófalo pôs em relevo elemento psicológico dos delinquentes. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.15.

<sup>7</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.93.

Em 1876, Cesare Lombroso publicou a primeira edição de *O Homem Delinquente*, inaugurando a escola positivista italiana<sup>8</sup>, defendendo que os delinquentes, por possuírem, em sua natureza física, traços estigmatizantes, nasciam predestinados ao delito, o que os diferia dos homens comuns.<sup>9</sup>

Por ser médico no sistema penitenciário italiano, utilizou-se de seu convívio com apenados para confeccionar a referida obra, na qual trouxe a ideia de que o caráter etiológico do crime estaria diretamente ligado às características físicas e fisiológicas dos indivíduos, sendo o crime algo inerente aos delinquentes.

Cesare Lombroso utilizava como laboratório científico as prisões e manicômios em que trabalhava e, por meio do método científico indutivo (observação e experimentação), concluiu que criminosos e doentes apenados possuíam características em comum, o que lhe permitiu vincular as causas do crime à degeneração.<sup>10</sup>

Segundo Gina Lombroso, o livro *O Homem Delinquente* consistia em:

[...] um exame sistemático, somático, sensorial, anatômico de um grande número de criminosos; ademais, contemplava um estudo da alma, costumes e paixões. A comparação com os loucos e anormais e a conclusão de que os criminosos são uma espécie de loucos que reproduzem características próprias dos nossos avós até chegar aos animais são decorrências de centenas de comparações das feições dos criminosos.<sup>11</sup>

Cesare Lombroso chegou a tais conclusões após realizar autópsia em cerca de 383 cadáveres, com foco na anatomia de seus crânios, e estudo

---

<sup>8</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.10.

<sup>9</sup> FILHO, Jovacyr Peter. *Reintegração Social: Um Diálogo entre a Sociedade e o Cárcere*. 2011. 208 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p.15.

<sup>10</sup> GOÉS, Luciano. *A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da Perspectiva Centro-Margem*. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.98 e 99.

<sup>11</sup> LOMBROSO, Gina, apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.91.

da fisionomia de cerca de 5.907 delinquentes<sup>12</sup>, a fim de encontrar uma razão patológica para o cometimento de delitos. As pesquisas do médico envolviam a análise da capacidade craniana e cerebral, formato, circunferência, diâmetro, detalhes da mandíbula, índices nasais, feição e outros.<sup>13</sup>

Durante as autópsias que realizava, Cesare Lombroso encontrou, no cadáver de um famoso delinquente da época, em seu crânio, a fossa occipital média, o que ele concluiu revelar a relação entre o instinto criminoso e a regressão atávica, uma vez que se tratava de estrutura considerada próxima aos selvagens e aos animais<sup>14</sup>, ou seja, o médico entendeu que, da mesma forma que animais possuem instintos selvagens, os delinquentes também, o que os fazia dotados de instintos que não poderiam evitar, resultando na impossibilidade do exercício do livre-arbítrio por tais indivíduos.

Dessa forma, Cesare Lombroso seguiu realizando classificações e mensurações em apenados, como, por exemplo, em suas testas, narizes e queixos, o que o fez, então, concluir que o comportamento dos delinquentes era atribuído à própria descrição de suas características físicas<sup>15</sup>, uma vez que, segundo ele:

Em geral, muitos criminosos têm orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, sinos frontais e maxilares enormes, queixo quadrado e saliente, zigomas largos, os gestos frequentes, em suma, um tipo aproximado do mongol [...].<sup>16</sup>

Nesse sentido, Cesare Lombroso passou a defender que através das características físicas do delinquente é expressada a sua anormalidade, sendo um sujeito primitivo, que apresenta características físicas próximas às dos selvagens, não desenvolvido, que possui instintos bárbaros e ausência de sensibilidade física ou moral.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p.159 e 223.

<sup>13</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.91.

<sup>14</sup> FILHO, Jovacyr Peter. **Reintegração Social: Um Diálogo entre a Sociedade e o Cárcere**. 2011. 208 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p.14.

<sup>15</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.45.

<sup>16</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p.248.

<sup>17</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.32 e 33.

Diante dos estudos que estava desenvolvendo em apenados, Cesare Lombroso alegava que o cometimento de delitos estava diretamente ligado às características físicas dos indivíduos, sendo o delinquente aquele que apresentava anormalidades exteriormente detectáveis. Para ele, as características que identificavam o delinquente eram primitivas, o que fazia com que possuísse instintos selvagens.

Chegando-se, assim, à tese central da teoria lombrosiana, a do atavismo, uma vez que o delinquente seria um indivíduo atávico, reconhecível por suas características exteriores, menos civilizado que os demais, que representaria expressivo anacronismo.<sup>18</sup> O médico afirmava que o delinquente era um ser atávico, pois representava a regressão ao primitivismo, sendo um homem selvagem que já havia nascido delinquente.<sup>19</sup>

O indivíduo atávico era um ser inferior e não desenvolvido, que não possuía sequer noção acerca de valores morais e sociais<sup>20</sup>. Dessa forma, Cesare Lombroso acreditava que o indivíduo delinquente era caracterizado pelo atavismo, sendo subdesenvolvido e primitivo, possuindo características físicas que o aproximavam dos selvagens e o identificavam como tal.

Nesse sentido, Cesare Lombroso alegava que a cumulação de anomalias atávicas em um indivíduo era o que poderia identificá-lo como sendo um delinquente, como, "por exemplo, o romanhol trococéfalo, raivoso violador, com longas orelhas de abano, a fronte baixa, os olhos oblíquos, o nariz achatado, os maxilares enormes", tais características eram consideradas anomalias que "recordam as raças selvagens, mesmo os antropoides".<sup>21</sup>

Cesare Lombroso explicava que, em iguais proporções às dos selvagens, eram notórias as alterações atávicas nos delinquentes, principal-

---

<sup>18</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.16.

<sup>19</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.92.

<sup>20</sup> DE SOUZA, Renata Macedo. **Medidas de Segurança como Meio de Tratamento ao não-imputável: Proposta de Adequação Positiva ao Ordenamento Penal**. 2014. 200 f. Dissertação Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p.36.

<sup>21</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 265 e 266.

mente na face e na base do crânio, possuindo tais indivíduos sinus frontais enormes, fronte fugidia, fosseta occipital média, soldura do atlas, aspecto viril dos crânios de mulheres, dupla face articular do côndilo occipital, achatamento do palatino, osso espectral, órbitas volumosas e olíquoas.<sup>22</sup>

Nos estudos ligados ao atavismo, Cesare Lombroso trouxe, inclusive, um cotejo de tatuagens encontradas nos delinquentes e as comparou com desenhos encontrados em cavernas pré-históricas do Egito, Assíria e Fenícia, pois, para ele, o delinquente era uma espécie de fóssil de tempos passados.<sup>23</sup>

A ideia de atavismo traz que o indivíduo é delinquente por uma questão biológica, sendo o mal algo inerente, fazendo parte do ser, ou seja, inerente ao seu livre-arbítrio, não sendo algo que ele possa evitar, uma vez que advém da sua suposta falta de evolução. Sendo, assim, criada a figura do paradigma etiológico da criminologia, na qual as causas do crime estão na medicina, pois advém de características biológicas diagnosticáveis.

Para demonstrar que o cometimento de delitos era comportamento inerente aos indivíduos selvagens, Cesare Lombroso trouxe como comparação o comportamento apresentado pelos animais.<sup>24</sup>

Ainda, ao identificar no delinquente manifestações atávicas de fases anteriores da evolução humana, fazendo com que o indivíduo que praticasse delito fosse tachado como um homem primitivo, que possuía um animal selvagem preso em seu interior, Lombroso criou um personagem, trazendo a mitologia para a linguagem médica que utilizava para explicar o delito<sup>25</sup>, o que resultou na divisão da sociedade “entre seres atávicos, que reeditavam a selvageria dos primitivos, e seres normais, produtos bem sucedidos da evolução, que naturalmente detêm o poder de legislar sobre os primeiros”.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p.287.

<sup>23</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.92.

<sup>24</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p.50.

<sup>25</sup> FERLA, Luís Antonio Coelho. **Feio, Sujos e Malvados sob Medida: do Crime ao Trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo**. 2005. 379 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, p.26.

<sup>26</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.59.

Ao comparar os indivíduos que cometem delitos aos animais, os tachando como selvagens, primitivos e não desenvolvidos, Cesare Lombroso criou a ideia de um personagem temível e repugnante aos olhos dos cidadãos comuns, sobretudo para a burguesia europeia da época, sendo que, diante do conjunto de características descritas por ele como sendo passíveis de identificação de delinquentes, estes seriam, basicamente, sujeitos considerados esteticamente destoantes em relação aos padrões estipulados pela sociedade.

Para Evandro Charles Piza Duarte, a ideia lombrosiana consistia em elaborar uma explicação relativa à negação de qualquer comportamento distinto dos padrões estético-culturais da época e aos interesses da burguesia europeia, em que a diversidade era equivalente à degeneração.<sup>27</sup>

Assim, surgindo a estereotipia do indivíduo suspeito que, de forma moral e biológica, apresentava perigo à sociedade, pois trazia em seu código genético a potencialidade de apresentar conduta criminoso, consntrui-se um grupo que possuíam uma degeneração que deveria ser vigiada, controlada, reprimida e punida.<sup>28</sup>

O que acarretou no início à limitação dos direitos da pessoa pelo que ela é, não pelo que fez, sendo imprescindível a criação de medidas que contivessem o impulso feroz dos temidos indivíduos anormais, devendo a sua punição ser proporcional à periculosidade que apresentava.<sup>29</sup>

Ao se expandir o medo acerca do estigmatizado indivíduo delinquente, possuidor de características externas que o caracterizavam como tal, iniciou-se, então, a necessidade de separação de tal indivíduo do meio social, o retirando do convívio dos cidadãos comuns que o temiam, visando evitar que cometesse crimes, em razão de supostamente apresentar riscos inerentes ao seu ser.

<sup>27</sup> DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo: Introdução ao processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil**. 1988. 399 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.137

<sup>28</sup> TERRA, Livia Maria. **Negro Suspeito, Negro Bandido: Um Estudo sobre o Discurso Policial**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista. Araraquara, p.52.

<sup>29</sup> MÉRIDA, Cristiane Brandão Augusto. **O Cérebro Criminógeno na Antropologia Criminal do Século XIX: Um Estudo sobre a Etiologia do Crime a partir da Medicalização da Sociedade**. 2009. 174 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p.80.

Para Salo de Carvalho, ao colocar em foco o autor do delito, em primeiro lugar, se reproduz a representação do criminoso ideal, a partir da atribuição de características superlativizadas, criando determinada imagem que o identifique e, em segundo lugar, espalha a imagem deste delinquente personalizado, de forma a lhe auferir universalidade.<sup>30</sup>

Ou seja, a ideia de Lombroso, de que “a fisionomia típica do criminoso se encontra, por exceção, no homem honesto e quase regularmente no desonesto”<sup>31</sup>, seguiu sendo propagada, criando-se a figura do criminoso nato.

Tendo em vista a análise antropológica e os estudos antropométricos dos cientistas, que eram os únicos que supostamente poderiam conhecer o criminoso e ter acesso a sua natureza, a construção do estereótipo do delinquente não necessitava de qualquer prova processual para a execução de medidas acautelatórias, sendo esse um aspecto determinante para a eficácia do paradigma etiológico, que teve a sua consolidação influenciada através da fácil e imediata identificação do criminoso a partir de sinais tipológicos.<sup>32</sup>

O indivíduo possuidor de características do criminoso nato, ou seja, como visto anteriormente, passa a ser visto perante a sociedade como um sujeito perigoso, que é impulsionado ao cometimento de delitos e apresenta expressiva periculosidade em razão de quem é, e não do que cometeu.

O pressuposto do paradigma etiológico, que busca, nos próprios delinquentes, as causas das ações consideradas, pela classe dominante, como delitos, era algo natural naquela época, uma vez que o controle social, que era resultado da relação de poder daquela sociedade, utilizava-se de dominação e opressão dos considerados desordeiros em face a ordem estabelecida, portanto, seria imprescindível, no interior da conjuntura desse controle social, reduzir, diminuir, objetificar e desqualificar os delinquentes e passíveis de delinquência<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.92.

<sup>31</sup> LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p.282.

<sup>32</sup> GOÉS, Luciano. **A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da Perspectiva Centro-Margem**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.113,

<sup>33</sup> GOÉS, Luciano. **A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da**

Visando a expansão e segurança dos direitos dos indivíduos do bem, era preconizada a ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre o delinquente, fazendo a ideia de responsabilidade social prevalecer sobre a ideia de responsabilidade pessoal, ou seja, a punição não era de acordo com a gravidade da culpa do indivíduo, mas sim para reforçar a defesa da sociedade, não sendo reconhecida outra necessidade à reação criminal senão em razão da temibilidade e periculosidade do indivíduo considerado intrinsecamente delinquente.<sup>34</sup>

Ou seja, começava-se a criar o entendimento de que a punição do indivíduo delinquente, considerado assim por quem ele aparentava ser, era meio necessário para coibir a ameaça que apresentava ao meio social, devendo a proteção e direitos dos indivíduos considerados cidadãos de bem, prevalecer sobre o direito do indivíduo estigmatizado como mau, para que fosse garantida a harmonia da sociedade.

Dessa forma, ao estudo de Cesare Lombroso, que identificou características físicas e biológicas que definiam a natureza do delinquente, paralelamente, consolidou-se uma das principais práticas de discriminação presentes na sociedade, qual seja, o estigma social que estabelece pré-condições a determinado grupo populacional, que identificam seus membros como potencialmente criminosos.<sup>35</sup>

Em razão disso, diante da segregação de indivíduos normais e anormais, sendo estes delinquentes natos em função de suas características físicas, o que acaba ocorrendo é a aplicação do direito penal do autor em detrimento ao Direito Penal do fato, sendo o delito “signo que mostra ao Estado a necessidade de que seu sistema penal investigue e censure toda a vida pecaminosa do autor”.<sup>36</sup>

Ou seja, através da estereotipia de certos indivíduos como delinquentes natos, por meio da rotulação de suas características como

---

**Perspectiva Centro-Margem.** 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.39.

<sup>34</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.** 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.19.

<sup>35</sup> TERRA, Livia Maria. **Negro Suspeito, Negro Bandido: Um Estudo sobre o Discurso Policial.** 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista. Araraquara, p.73.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p.132.

perigosas, por serem distintas do padrão idealizado da sociedade, Cesare Lombroso acabou fundando uma noção de Direito Penal do autor, baseado no princípio da periculosidade do sujeito.

É possível, na construção de um sistema punitivo, basear-se no fato ou no autor, de forma que, quando é utilizado exclusivamente o fato, tem-se a aplicação do Direito Penal do fato, já quando é utilizado de forma exclusiva o autor, tem-se o Direito Penal do autor.<sup>37</sup>

Enquanto para o Direito Penal do fato, o delito é constituído por uma infração ou lesão jurídica, limitando-se ao próprio ato, para o Direito Penal do autor, o delito constitui sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica, sendo o ato somente uma espécie de identificador de onde verdadeiramente estaria o problema, que se encontra em uma característica do autor do delito.<sup>38</sup>

Dessa forma, enquanto no Direito Penal do fato pune-se o indivíduo pelo ato cometido, no Direito Penal do autor o indivíduo é punido por quem ele aparenta ser.

Nesse sentido, o entendimento lombrosiano consolida-se por meio do Direito Penal do autor, uma vez que o indivíduo não é julgado pelo ato que cometeu, mas sim por ser possuidor das características ditas como identificadoras do delinquente, enquadrando-se no estereótipo do criminoso e sendo o delito algo inerente a ele, como o sintoma de uma doença incurável.

Segundo Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, para o Direito Penal do autor, o delito é resultado de uma falha em um mecanismo complexo, mas que não deixa de ser uma complicada peça de outra maior, que é a sociedade, sendo que esta falha acarreta um perigo para o mecanismo maior, ou seja, indica um estado de periculosidade.<sup>39</sup>

No Direito Penal do autor, a periculosidade é justificativa para a punição do indivíduo, não devendo punir apenas pelo ato cometido, pois

---

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo**. 2006. 314 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p.186.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p.131.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p.132.

seria insuficiente, mas observar a atitude interna jurídica corrompida do delinquente, para, assim, justificar a sanção imposta.<sup>40</sup>

O Direito Penal do fato, baseia-se no princípio da culpabilidade, enquanto o Direito Penal do autor baseia-se no princípio da periculosidade. A culpabilidade sustenta ser a pena uma retribuição pela reprovabilidade do ato cometido, sendo uma forma de censura ao sujeito, pressupondo que ele tem a capacidade e liberdade de escolha de seus atos, ou seja, a culpabilidade consiste na reprovação que se faz ao indivíduo pelo delito cometido por ele, fundamentada no fato de que era exigível conduta diversa.<sup>41</sup>

Já a periculosidade sustenta ser o indivíduo incapaz de escolher, sendo sua conduta um fato da natureza e a escolha mera ilusão, devendo ser considerado, para a quantificação da pena, o grau de determinação que o indivíduo tenha para o delito, ou seja, a sua periculosidade, o perigo que ele apresenta.<sup>42</sup>

Assim, enquanto no Direito Penal do fato, o grau de culpabilidade é o limite da pena a ser aplicada, no Direito Penal do autor, o limite é o grau de periculosidade que o indivíduo supostamente apresenta.

O princípio da periculosidade, portanto, traz que se deve punir a pessoa não pelo que ela cometeu, mas pelo risco que ela supostamente traz à sociedade. Nesse sentido, Cesare Lombroso concluiu que existem pessoas que, dadas certas características, são perigosas ao meio social, sendo o princípio da periculosidade a elevação desse pensamento ao Direito Penal, devendo-se punir tais pessoas pelo potencial de risco que elas oferecem, não pelos atos cometidos por elas.

A periculosidade, assim como a suposta previsão de que alguém possa ou não vir a cometer delitos, é algo indefinido, não passando de uma impressão subjetiva, não fundamentada por qualquer dado objetivo, uma vez que não é possível demonstrar que certo indivíduo vai ou não realizar uma conduta delitativa no futuro, sendo tal presunção mera ficção.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2010. 25 f. Artigo (Pós Graduação). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p.04.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 11° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.90.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 11° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.90.

<sup>43</sup> MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. **Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá Editora,

Assim, diante da teoria lombrosiana do atavismo, em que o delinquente é externamente reconhecido por suas características feias, selvagens e não desenvolvidas, criou-se o estereótipo do delinquente e o medo da sociedade em relação a ele, resultando na criação do Direito Penal do autor, que se mostra deveras injusto e subjetivo, causando uma divisão insensata entre pessoas supostamente boas e más, sendo que estas devem ser separadas da sociedade por apresentarem risco iminente àquelas.

Os reflexos do Direito Penal do autor atingiram, inclusive, o Direito Penal brasileiro, estando presente no ordenamento jurídico de diversas formas, até os dias atuais, tentando retornar com mais forças, como, por exemplo, na aplicação do exame criminológico em apenados, instrumento que será objeto de estudo no seguinte tópico.

### **3. Exame Criminológico – No que consiste e aplicação.**

O instituto do exame criminológico consiste em uma avaliação acerca da personalidade e outros elementos relacionados ao apenado, realizada por psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

Tais exames são destinados a determinar a suposta presença ou ausência da periculosidade nos indivíduos inseridos no sistema prisional, baseando-se em inquirições acerca da personalidade e sobre o modo de pensar e de ser, prevendo se o sujeito irá ou não praticar atos delitivos no futuro, ou estabelecendo presunções sobre a possibilidade de delinquência, invadindo sua intimidade e vulnerando a sua privacidade.<sup>44</sup>

Segundo Alvaro Mayrink da Costa, defensor deste instituto, o exame criminológico foi criado com o propósito de individualização da pena<sup>45</sup>:

Esse conhecimento do homem é precisamente a tarefa que a investigação criminológica, coordenada e disciplinada através

---

2008, p.169.

<sup>44</sup> MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. Execução Penal: **Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.168.

<sup>45</sup> O princípio da individualização da pena é decorrente do modelo de aplicação personalíssima da resposta penal, havendo a limitação da aplicação da sanção de acordo com o grau de culpabilidade dos autores, coautores e partícipes do delito, sendo imposta adequação qualitativa e quantitativa em todos os níveis de habilitação do poder punitivo. CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.261.

da norma adjetiva penal, cumprirá para atingir o diagnóstico sintético e completo da personalidade do delinquente, a fim de que o moderno juiz penal possa verdadeiramente individualizar a pena privativa de liberdade, no sentido de que a sanção atinja o seu fim científico, realizando a defesa do grupamento societário e do próprio indivíduo como partícipe da sociedade (sic).<sup>46</sup>

O exame criminológico vincula-se a uma doutrina organicista, uma vez que busca investigar patologias e anormalidades por trás da conduta do delinquente. Com o objetivo de encontrar as causas do comportamento delinquente, o exame criminológico volta-se para a dimensão antissocial da conduta do apenado, tentando explicá-la e, assim, inferir sobre uma suposta probabilidade de reincidência.<sup>47</sup>

Dessa forma, o exame criminológico busca, através de uma avaliação realizada no indivíduo apenado, estipular se há um suposto risco de retorno ao cometimento de delitos, se ele poderá vir a reincidir.

Este exame nada mais é do que uma perícia, que tem como objetivo estudar a dinâmica do ato delitivo, de suas supostas causas e fatores, apresentando, em um primeiro momento, um diagnóstico criminológico, do qual se conclui pela maior ou menor probabilidade de reincidência, sendo oferecido, então, um prognóstico psicológico.<sup>48</sup>

O exame criminológico, segundo Álvaro Mayrink da Costa, é constituído por investigação social e exames médico, psiquiátrico e psicológico, devendo o diagnóstico social (estado físico, intelectual e psíquico, bem como a situação econômica e profissional), ser realizado como parte do exame criminológico da personalidade do apenado. No prognóstico social consta o suposto risco que o apenado traz à coletividade, os fatores próprios de natureza pessoal do indivíduo e a possibilidade de serem resolvidos os seus problemas de ordem material.<sup>49</sup>

Possuindo uma abordagem multidisciplinar, todos os informes convergem para uma conclusão essencialmente médica, o que con-

<sup>46</sup> DA COSTA, Álvaro Mayrink, **Exame Criminológico**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p.21.

<sup>47</sup> SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.188, 189 e 195.

<sup>48</sup> SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.191.

<sup>49</sup> DA COSTA, Álvaro Mayrink, **Exame Criminológico**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p.150, 158 e 159.

siste, basicamente, em determinar à conduta criminoso a classificação de doenças.<sup>50</sup>

Assim, através de avaliações sociais, médicas, psiquiátricas e psicológicas, é atestada a suposta periculosidade apresentada pelo indivíduo examinado, se tratando, essencialmente, de elaboração de um diagnóstico médico indicativo de suas patologias.

Para Cristina Rauter, através da aplicação do exame criminológico “toda a vida do condenado numa instituição prisional passa a subordinar-se a um exame ou avaliação formulada por uma equipe integrada por cientistas humanos”<sup>51</sup>, de forma a pretender prover credibilidade, conferindo a tal instituto certo grau de cientificidade.

Ainda, o exame criminológico não apresenta uma padronização em relação ao método de apresentação e elaboração, não havendo parâmetros para a análise do magistrado.<sup>52</sup> Dessa forma, o juiz da execução penal deixa de decidir livremente e passa a homologar laudos técnicos, passando a formar seu julgamento por um conjunto de micro decisões que sustentarão cientificamente o ato.<sup>53</sup>

Sendo assim, embora o magistrado não seja obrigado a seguir o disposto no exame criminológico, tendo em vista que o laudo é composto por constatações técnicas e científicas que ele não possui conhecimento técnico aprofundado para contrariar, fica sujeito a decidir o futuro do apenado com base em um exame subjetivo que sequer pode emitir juízo de valor.

Em que pese o magistrado não esteja vinculado à conclusão apresentada no exame criminológico, este instrumento não se trata de prova documental, mas sim de prova pericial, elaborada por especialistas, devendo o magistrado, para discordar do laudo, explicar qual motivo o levou a decidir de tal forma, necessitando de argumentação fundamentada, ou

---

<sup>50</sup> SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.189.

<sup>51</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.86.

<sup>52</sup> SANTOS, Dayana Rosa dos. **O Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, p.80.

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.197.

seja, a rejeição do exame por parte do magistrado é situação difícil de ocorrer, uma vez que não possui o conhecimento técnico para tanto.<sup>54</sup>

Portanto, tendo em vista o livre convencimento do magistrado, este pode contrariar o exame criminológico, pois não há prova tarifada no processo penal brasileiro, porém, se tratando de área que foge ao seu conhecimento, é muito difícil que efetivamente contrarie tal exame.

Nesse sentido, Cristina Rauter traz que:

Através de um laudo psicológico, por exemplo, emite-se uma opinião ou julgamento que escapa ao controle do próprio examinando, ou de alguém não versado nos mesmos conhecimentos. Além disso, por se tratar de procedimento normalmente reconhecido como científico, aceita-se sem muita discussão que ele cumpra realmente o que a Justiça espera dele: fornecer uma espécie de retrato fiel daquilo que se passa no interior do indivíduo, seus desejos, tendências, os motivos que o levaram ao ato criminoso e, ainda mais, uma previsão sobre as possibilidades de vir a reincidir no erro.<sup>55</sup>

Somado a isso, tem-se que o exame criminológico possui condições precárias de elaboração, não possuindo um valor probatório confiável, pela “falta de profissionais qualificados, entrevistas superficiais, impossibilidade de análise aprofundada em razão da rapidez das entrevistas, falta de acompanhamento do preso, o que tornava a qualidade do laudo, no mínimo, questionável.”<sup>56</sup>

No entanto, importante destacar que o problema, conforme será visto, não está apenas na falta de profissionais capacitados ou nas técnicas empregadas, e sim no instituto do exame criminológico como um todo.

Atualmente, o exame criminológico é aplicado em três momentos na execução penal: quando o indivíduo ingressa no sistema penitenciário, diante da possibilidade de progressão de regime e de livramento condicional.

---

<sup>54</sup> SANTOS, Dayana Rosa dos. **O Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, p.128.

<sup>55</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.84.

<sup>56</sup> SANTOS, Dayana Rosa dos. **O Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, p.93.

Em um primeiro momento, o apenado é submetido à classificação feita pela Comissão Técnica de Classificação, sendo, através da análise de sua personalidade, estabelecido o programa individualizador da pena privativa de liberdade, fundado no princípio da individualização da pena previamente mencionado.<sup>57</sup>

Conforme o artigo 7<sup>o</sup><sup>58</sup>, da Lei de Execução Penal, em cada estabelecimento prisional, a Comissão supracitada será composta por, no mínimo, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, sendo presidida pelo diretor do estabelecimento.

Outrossim, de acordo com o previsto no artigo 8<sup>o</sup><sup>59</sup>, da Lei de Execução Penal, será obrigatoriamente submetido ao exame criminológico o indivíduo condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado. Por outro lado, conforme o parágrafo único do referido artigo, ao condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto, poderá ser aplicado o exame.

A segunda hipótese de aplicação do exame criminológico, aquela utilizada para a progressão de regime prisional e livramento condicional, é a que interessa para o presente trabalho.

Com relação a progressão de regime, a Lei de Execução Penal brasileira adota o sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, que consiste na transferência progressiva do apenado de regime mais rigoroso para menos gravoso, como, por exemplo, do regime fechado para o semiaberto, ou semiaberto para o aberto.

Na redação original da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84, o exame criminológico era requisito obrigatório para a progressão de regime prisional.

Antes da reforma da Lei de Execução Penal, de acordo com a antiga redação do artigo 112, para a progressão de regime, além do cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena no regime inicial ou anterior (requisito objetivo), era necessário, também, que o apenado fosse submetido ao exame criminológico (requisito subjetivo), de forma a estabelecer seu mérito para a concessão da progressão, por meio da

<sup>57</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.44.

<sup>58</sup> BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 01/10/2017.

<sup>59</sup> BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 11/03/2020.

análise de sua personalidade, do prognóstico e da conduta carcerária que apresentava.<sup>60</sup>

Em se tratando de progressão do regime fechado para o semiaberto, o exame criminológico era obrigatório, sendo, por outro lado, facultativo no caso de progressão de regime do semiaberto para o aberto.<sup>61</sup>

Com relação ao livramento condicional, este ocorre quando há a substituição do encarceramento pela liberdade do apenado, mediante a imposição de medidas restritivas de liberdade cumpridas no ambiente externo à prisão.<sup>62</sup> Da mesma forma que a progressão de regime, o livramento condicional pressupõe requisitos objetivos e subjetivos.

Conforme o artigo 83<sup>63</sup>, do Código Penal, para a concessão do livramento condicional é necessário que o indivíduo seja condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, sendo que, para os não reincidentes em crime doloso que possuem bons antecedentes, pressupõe-se o cumprimento de mais de um terço da pena, já para os reincidentes em crime doloso é necessário o cumprimento de mais da metade. Ainda, nos casos de condenados por crimes hediondos ou equiparados, e por tráfico de pessoas<sup>64</sup>, se o indivíduo não for reincidente específico, devem ser cumpridos mais de dois terços da pena. Tais condições temporais caracterizam os requisitos objetivos.

O artigo acima referido traz, ainda, os requisitos subjetivos, quais sejam, a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho do apenado no trabalho que lhe foi atribuído, aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto e a reparação do dano causado pela infração (salvo efetiva impossibilidade). Por fim, o parágrafo único do artigo 83 estabelece que a necessidade de constatação de condições pessoais que façam presumir que o apenado não voltará a delinquir, o que trazia, portanto, a exigência do exame criminológico para a concessão do livramento condicional.

---

<sup>60</sup> SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.95.

<sup>61</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.166.

<sup>62</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Execução Penal: Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.153.

<sup>63</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11/03/2020.

<sup>64</sup> Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Artigo 149-A.

As situações de dispensa do exame criminológico pelos magistrados eram excepcionais e, como eram desfavoráveis na grande maioria das vezes, mesmo que o apenado apresentasse conduta satisfatória, eram igualmente excepcionais as situações de concessão do benefício.<sup>65</sup>

Entretanto, em 2003, com a reforma da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei 10.792/03, o instituto do exame criminológico foi modificado, tornando-se não mais um requisito imprescindível para a progressão de regime e livramento condicional.

Atualmente, conforme previsto no artigo 112 da Lei 7.210/84, para a progressão de regime, pressupõe-se, como requisito subjetivo, possuir bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

A reforma também alterou o instituto do livramento condicional, uma vez que, com a inclusão do parágrafo segundo do artigo supracitado, seu requisito subjetivo passou a ser idêntico ao previsto para a progressão de regime.

No entanto, em que pese não mais previsto de forma obrigatória no âmbito da execução penal para os casos de progressão de regime e livramento condicional, o exame criminológico continua podendo ser aplicado de forma facultativa em tais hipóteses. O que efetivamente ocorre em razão da pressão e exigência do Ministério Público e do Poder Judiciário pela continuidade da utilização do exame<sup>66</sup>, demonstrando que persiste a valoração do exame criminológico na decisão judicial.

Nesse sentido, ainda existem diversas decisões deferindo a utilização de tal instituto, como, por exemplo, a proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o parecer confeccionado pelo diretor do estabelecimento prisional, no qual foi atestado que o apenado possuía conduta carcerária plenamente satisfatória, não foi considerado suficiente para a concessão da progressão de regime, sendo enfatizada a necessidade do exame criminológico para verificar se o apenado estava realmente apto à retornar ao convívio em sociedade:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO EM RAZÃO

<sup>65</sup> SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.95.

<sup>66</sup> SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.190.

DO CASO CONCRETO. Embora, conforme parecer do administrador do Presídio, tenha o apenado conduta carcerária plenamente satisfatória, é Inadmissível a interpretação literal da redação do art. 112, da Lei de Execução Penal, no sentido de que para a progressão de regime basta o cumprimento do requisito objetivo e o atestado de bom comportamento carcerário fornecido pelo Diretor do estabelecimento penal. Deve-se ter em mente que o requisito subjetivo é muito mais amplo, sendo necessário analisar se o apenado encontra-se apto para o retorno ao convívio social, com o fim de que tal possa auxiliar em seu processo de ressocialização. Caso concreto de apenado que cumpre pena de 13 anos de reclusão pela prática de dois delitos de tráfico de drogas, assim como pelo crime de furto, com início em 2008, sendo necessária a realização de exame criminológico para fins de análise do requisito subjetivo para progressão de regime. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME.<sup>67</sup>

Seguindo esta linha, o Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula 439, consolidou que, embora não mais compulsório, o exame criminológico ainda pode ser aplicado quando, pelas peculiaridades do caso, o magistrado entender necessário, desde que em decisão devidamente motivada.

Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.<sup>68</sup>

Ademais, a súmula vinculante n° 26, do Supremo Tribunal Federal, reforça o acima exposto, trazendo que, no caso de crimes hediondos ou equiparados<sup>69</sup>, também é possível a realização do exame criminológico, quando fundamentado:

Súmula Vinculante n° 26. para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de

<sup>67</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Agravo em Execução Penal n° 70074888884. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, 26/10/2017.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 439.

<sup>69</sup> Para a progressão de regime em casos de crimes hediondos ou equiparados, para os apenados primários, há a necessidade de cumprimento de dois quintos da pena, enquanto para os reincidentes a fração estipulada é de três quintos. BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Artigo 2°, §2°.

avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.<sup>70</sup>

Dessa forma, conforme exposto, o alcance do exame criminológico era expressivamente maior antes da reforma da Lei de Execução Penal, uma vez que era aplicado de maneira obrigatória para a concessão de progressão de regime e livramento condicional, tendo a Lei nº 10.792/03 apresentado certa evolução no âmbito da execução penal, retirando o caráter compulsório de tal instituto.

Superada a obrigatoriedade do exame criminológico, deveria ser exigido ao magistrado da execução penal maior liberalidade em relação aos apenados, uma vez que, não possuindo mais o laudo em que, inevitavelmente, se confiava cegamente, obrigado a procurar fatos concretos, constantes nos autos da execução, para não conceder os benefícios.<sup>71</sup>

No entanto, o exame criminológico não foi extinto, pois as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foram consolidadas, de modo a efetivarem a permanência do exame criminológico na execução da pena, necessitando de simples decisão do magistrado fundamentando a suposta necessidade de aplicação.

Cabendo destacar que se continua buscando que o instituto de tal exame volte a possuir maior abrangência e obrigatoriedade no âmbito da execução penal, o que pode apresentar significativo retrocesso.

#### **4. O exame criminológico como retorno à criminologia positivista**

Eventualmente, são submetidos Projetos de Lei buscando o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1294/2007<sup>72</sup>, que previa o retorno do exame como requisito obrigatório para a progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de pena, para condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça. Este restou apensado ao Projeto

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 26.

<sup>71</sup> SANTOS, Dayana Rosa dos. **O Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, p.94

<sup>72</sup> BRASIL. Projeto de lei nº 1294 de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354994>>. Acesso em: 11/03/2020.

de Lei nº 4500/2001 que, por sua vez, propunha que a decisão acerca da progressão de regime prisional de qualquer crime fosse motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e de exame criminológico, quando necessário<sup>73</sup>. Atualmente, ambos Projetos de Lei encontram-se arquivados, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Ainda, recentemente, no texto do Projeto de Lei “Anticrime”, apresentado pelo atual Ministro da Justiça, constavam diversas alterações na legislação penal, dentre as quais, no tópico “Medidas para endurecer o cumprimento das penas”, havia a proposta de alteração na Lei n. 8.072/1990 para que a progressão de regime de condenados por crimes hediondos ficasse subordinada ao mérito do indivíduo e à constatação de condições pessoais que fizessem presumir que ele não voltaria a delinquir<sup>74</sup>, ou seja, ao próprio exame criminológico.

Embora tal proposta tenha sido cortada do texto final do Projeto, aprovado sob o n. 13.964/2019, a existência e tramitação dos Projetos de Lei supracitados demonstram a recorrente tentativa de tornar novamente obrigatório o instituto, o que caracteriza, claramente, retrocesso significativo no âmbito da execução penal.

E, o grande problema do retorno da obrigatoriedade de aplicação do exame criminológico é o retorno às premissas da criminologia positivista, criadas por Cesare Lombroso, sendo a principal delas a estereotipia de indivíduos.

Nos dias atuais, os estereótipos são aplicados diretamente no processo seletivo do sistema penal, o que também ocorria na época lombrosiana. A tese central de Cesare Lombroso, a do atavismo, é a grande responsável pela existência de estigmas exteriores relacionados aos delinquentes, uma vez que, sendo o delinquente considerado espécie inferior de humano, físico, moral e intelectualmente, é exteriormente identificável.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> BRASIL. Projeto de lei nº 4500 de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27689>>. Acesso em: 11/03/2020.

<sup>74</sup> BRASIL. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11/03/2020.

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.171-172.

Por meio do atavismo, o reconhecimento do delinquente se daria de maneira instintiva, advindo da repulsa à fisionomia do indivíduo, que decorre do medo causado pela estereotipia.<sup>76</sup> Assim, através de determinadas características físicas, a identidade delitiva é atribuída a certo grupo social, ao qual, conseqüentemente, também são atribuídos aspectos de suspeição e periculosidade inatas.

Segundo Loïc Wacquant, o encarceramento tem o papel de muito mais “governar a ralé” do que combater contra crimes violentos, que são mostrados frequentemente na mídia, alimentando a indústria cultural do medo dos pobres. O autor leciona que a prisão funciona como um “gueto judiciário” que tem como objetivo “confinar uma população estigmatizada de maneira a neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade da qual foi extirpada”.<sup>77</sup>

Conforme visto anteriormente, Cesare Lombroso tentava descobrir qual era a figura do delinquente, determinando características para identificá-lo, o que acabou, dessa forma, dividindo a pessoas entre cidadãos de bem e delinquentes e, assim, se começou a julgar as pessoas por quem ou como elas são, e não pelos atos cometidos por elas.

Nesse sentido, a criminologia positivista buscava, pela diversidade ou anomalia dos indivíduos que cometiam delitos, uma explicação para a criminalidade, acentuando as características do delito como elemento sintomático da personalidade do delinquente, ou seja, a tarefa da desta criminologia era centrada na explicação causal do comportamento criminoso, fundamentada na diferença entre indivíduos criminosos e não criminosos<sup>78</sup>. Para Cesare Lombroso, o delinquente tratava-se de indivíduo possuidor de instintos primitivos e ferozes, não seguindo o ritmo normal de evolução humana.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> GOÉS, Luciano. **A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da Perspectiva Centro-Margem**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.108.

<sup>77</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2001, p.65 e 100.

<sup>78</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.39 e 43.

<sup>79</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.171-172.

Era implementado à diversidade física e cultural dos indivíduos, um estigma que tinha origem na classificação de estereótipos e comportamentos, atribuindo a uma certa constituição biológica, como a cor da pele ou o tamanho do nariz, características como anormalidade e delinquência, ou seja, doenças diagnosticáveis e de eminente controle social.<sup>80</sup> Ocasionalmente, assim, na patologização do fenômeno delituoso, uma vez que entendia-se que todo o delinquente não poderia ser curado por possuir uma patologia.<sup>81</sup>

O objetivo da criminologia positivista era encontrar a razão da delinquência nos próprios indivíduos menosprezados pela sociedade, buscando, em suas características externas, uma explicação para a ocorrência de delitos. Assim, por sua estética, foram tachados de subdesenvolvidos e primitivos, atrelados à ideia de que eram predestinados ao cometimento de crimes por ser algo inerente aos seus instintos selvagens.

Tendo a escola positivista inserido o problema do delito no delinquente, trouxe que o direito penal deve preservar os direitos da sociedade, não do indivíduo, surgindo a ideia de que ela deve se proteger contra o delinquente, que era visto como perigoso, anormal e biologicamente defeituoso, estando impulsionado ao cometimento de delitos por ser anormal, o que fez o poder punitivo se expandir e passar a ter como fundamento a necessidade de defesa social.<sup>82</sup>

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo dias e Manuel da Costa Andrade lecionam que, em nome do aumento dos direitos dos indivíduos, era priorizada a expansão das exigências e direitos da sociedade sobre o delinquente, sendo que, “à ideia de responsabilidade pessoal faziam suceder a da responsabilidade social”, pois a punição não se dava de acordo com a gravidade da culpa, mas para reforçar a defesa da sociedade, ou seja, à reação criminal não era reconhecida outra medida senão a da necessidade em função da temibilidade ou periculosidade do delinquente<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> TERRA, Livia Maria. **Negro Suspeito, Negro Bandido: Um Estudo sobre o Discurso Policial**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista. Araraquara, p.53.

<sup>81</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.122.

<sup>82</sup> SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Lombroso no Direito Penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência**. In: CONPEDI, 2012, Uberlândia-MG. Publicação Compedi – anais de Uberlândia, 2012. p. 7209-7229.

<sup>83</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra

A criminologia positivista fez com que o problema da delinquência na sociedade fosse associada diretamente aos indivíduos estigmatizados como maus e selvagens, de forma que deveriam ser controlados e a sociedade deveria ser protegida de tais seres primitivos, o que ocasionou na supressão de seus direitos em detrimento do bem estar dos cidadãos de bem.

Assim, com o paradigma etiológico criado por Cesare Lombroso, houve o surgimento de um modelo de controle social que foi adotado e transformado em uma política global de combate ao criminoso.<sup>84</sup> O que ocasionou no surgimento do Direito Penal do autor, o qual foca no sujeito, e não no delito, o criminalizando por quem ele é, e não pelo ato que cometeu.

Tendo como fim detectar o indivíduo autor de delitos sem esperar a realização da conduta, possuindo o fato apenas significação sintomática, ou seja, é apenas ponto de partida ou pressuposto da aplicação penal. Podendo, dessa forma, ocorrer a criminalização do estado perigoso independentemente da prática do delito, mas pela seleção de indivíduos portadores de determinadas características estereotipadas.<sup>85</sup>

Para este Direito Penal, a suposta periculosidade apresentada pelo indivíduo é o que justificativa a sua punição, não devendo apenas punir na medida de sua culpa pelo delito cometido, pois seria algo insuficiente.

Não sendo possível encarcerar todos os indivíduos que cometem crimes, com a criminalização secundária ocorre o processo de seleção em que são escolhidos determinados sujeitos, sendo um dos critérios a criminalidade de grupos vulneráveis. De acordo com Baratta, a criminalização secundária é o resultado do processo causal desencadeado pela estigmatização.<sup>86</sup>

Nesse sentido, Sérgio Salomão Shecaira apresenta a seguinte lição acerca da seletividade:

---

Editora, 1997, p.19.

<sup>84</sup> GOÉS, Luciano. **A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da Perspectiva Centro-Margem**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.116

<sup>85</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do Direito Penal do Autor à luz do Princípio da Culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. dez. 2007.

<sup>86</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997, p.161.

A repressão punitiva – em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalidade primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de conduta correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.<sup>87</sup>

Assim, os sujeitos marginalizados pela sociedade, estigmatizados por serem supostamente portadores da maldade intrínseca, são selecionados por sua estereotípia e encarcerados, concretizando a ideia de segregação dos indivíduos bons e maus, sendo estes subdesenvolvidos, que devem ser afastados do convívio social para melhor andamento da sociedade.

Nesse sentido, Cristina Rauter explica que o exame criminológico traz a reprodução de estereótipos e preconceitos para fim de controle de parte da população:

[...] As avaliações ou exames técnicos de criminosos reproduzem todos os estereótipos e preconceitos, em suma, toda a ideologia que permeia a questão do crime, traduzindo-se em práticas de repressão, controle e disciplinarização das parcelas mais pobres da população.<sup>88</sup>

Ou seja, o Poder Judiciário alimenta a expectativa de que um parecer técnico tenha a capacidade de prever comportamentos, servindo como base para a execução penal, porém, o diagnóstico pressupõe função de estigmatização e instrumentalização de procedimentos carcerários.<sup>89</sup>

Sendo um dos mais perversos modelos de controle social aquele que mistura o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regride ao modelo etiológico, de modo a fundir direito e natureza. Cabendo ressaltar que o problema não está na idoneidade ou não

<sup>87</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.263 e 264.

<sup>88</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.87.

<sup>89</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.86.

do exame criminológico, pois, mesmo que fosse possível comprovar a hipotética tendência à delinquência, tais argumentos seriam ilegítimos para impedir a concessão de direitos.<sup>90</sup>

O verdadeiro problema está na aplicação do instituto do exame criminológico, pois nada mais é do que o julgamento do indivíduo por quem ele é ou aparenta ser. Dessa forma, conforme visto anteriormente, ocorre a aplicação do direito penal do autor e das ideias defendidas pela criminologia positivista, uma vez que a progressão de regime e o livramento condicional são procedimentos que podem, dependendo da vontade do magistrado, estar sujeitos a apreciação de uma avaliação pericial para sua concessão, sendo fundamentados por juízos medicalizados e estigmatizados sobre o indivíduo.

Assim, resta claro que o exame criminológico consiste na continuidade da aplicação das premissas da criminologia positivista, tendo em vista que, o magistrado, ao negar a concessão de direitos ao apenado, está baseando-se exclusivamente em um laudo técnico sobre quem o apenado aparenta ser, ou seja, está sendo novamente punido, sendo segregado não mais pelo delito que cometeu, mas por ter sido diagnosticado como possuidor de certo grau de periculosidade, punido antes mesmo de cometer outros delitos, somente em razão do risco hipotético que apresenta ao convívio em sociedade.

## 5. Conclusão

Entre o final do século XIX e início do século XX, o médico Cesare Lombroso, ficou conhecido como o fundador da criminologia positivista ao publicar o livro “O Homem Delinquente”. Foi através de estudos analíticos e autópsias que realizou em centenas de indivíduos integrados no sistema carcerário e manicomial, utilizando-se de métodos de aferição como medição e pesagem de crânios, medição da largura de narizes, análise de tatuagens, que Cesare Lombroso chegou às conclusões apresentadas em sua obra.

Ao analisar o crânio de um famoso criminoso da época, o médico supostamente constatou que a fossa occipital deste sujeito apresentava características mais semelhantes à encontrada em animais, do que aquela encontrada em seres humanos. A partir de tal “descoberta”, Cesare Lombroso seguiu seus estudos de forma a comparar os indivíduos que cometiam delitos com animais, chegando à conclusão de que a expli-

<sup>90</sup> CARVALHO, Salo de. Práticas inquisitivas na Execução Penal, p.08 e 15.

cação para o comportamento delitivo de tais indivíduos estava na falta de evolução que apresentavam.

Assim, através de sua principal tese, a do atavismo, Cesare Lombroso afirmava que os delinquentes cometiam crimes em razão de serem subdesenvolvidos, incapazes de superar seus instintos selvagens, sendo semelhantes aos animais. Para ele, a selvageria era intrínseca ao ser dos indivíduos atávicos, não sendo possível que evoluíssem e não cometessem crimes, pois eram primitivos e anormais.

Ainda, por meio de seus estudos, Cesare Lombroso apresentou características físicas que seriam inerentes aos delinquentes, as quais possibilitavam sua fácil identificação. Tais características eram próprias dos indivíduos considerados esteticamente feios, que, conseqüentemente, eram os pobres, uma vez que as péssimas condições de alimentação e higiene em que viviam faziam com que desenvolvessem características exteriores decadentes.

Cabendo ressaltar que, logicamente, o médico chegou a esta conclusão porque realizou seu estudo mediante a análise de indivíduos já inseridos no ambiente carcerário, que na sua grande maioria eram pobres, devido a já existente seletividade penal da época.

Cesare Lombroso, ao estabelecer uma conexão entre o atavismo e a prática delitiva, determinando características identificadoras de tais indivíduos, deu início ao processo de segregação da sociedade entre indivíduos normais e anormais, bons e maus, fazendo com que os indivíduos pobres fossem tachados como os anormais e maus. O que se encaixou perfeitamente à época, pois deu força a burguesia europeia na exclusão dos pobres, indivíduos que não se encaixavam nos padrões aceitáveis, devendo ser banidos do convívio social de alguma forma.

Ocasionalmente, então, o surgimento do Direito Penal do autor, no qual o foco se dá no indivíduo. Este tipo de Direito Penal não se preocupa com a culpa do indivíduo pelo crime cometido, ou com o ato delitivo em si, mas com quem este indivíduo é ou aparenta ser.

Dessa forma, foi criado o estereótipo do delinquente, estigmatizado por suas características exteriores, sendo considerado abominável por sua selvageria e falta de desenvolvimento, passando a ser temido pela sociedade em razão da periculosidade que supostamente apresenta ao convívio social, o que acabou se alastrando pelo mundo e permanece fortemente presente nos dias atuais.

Atualmente, conforme visto ao longo do presente trabalho, resta claro que a aplicação do exame criminológico consiste em uma das formas em que as premissas da criminologia positivista permanecem

ativas, uma vez que nada mais é do que uma avaliação superficial realizada em apenados, que são julgados, principalmente, pelos estereótipos em que se enquadram, tendo seu futuro decidido em razão de uma suposta periculosidade que possam apresentar.

Consistindo o exame criminológico em um laudo realizado por assistentes sociais, psiquiatras e psicólogos, que avaliam o apenado e elementos a ele relacionados, tal instituto tem como objetivo inferir se o indivíduo apresenta possibilidade de voltar a cometer delitos. Aplicado durante a execução da pena, nos casos de concessão de progressão de regime prisional e livramento condicional, desde que haja fundamentação do magistrado da Vara de Execução Penal, embora não seja mais utilizado de forma obrigatória desde 2003, o exame criminológico continua sendo bastante utilizado para decidir a vida dos apenados nos estabelecimentos prisionais.

Da mesma forma com que Cesare Lombroso, há mais de um século, analisava indivíduos por quem supostamente eram, levando em conta suas características físicas e aparência estética para classificá-los como anormais e selvagens, os diagnosticando como seres subdesenvolvidos e maus, predestinados ao cometimento de atos delitivos, temos, hoje, o exame criminológico, que nada mais é do que a prevalência da tese lombrosiana, uma vez que trata-se de avaliação de mesma natureza, que busca, através de patologias e elementos relacionados ao apenado, confeccionar um prognóstico que demonstre, de maneira supostamente científica, se o indivíduo apresenta ou não risco de retornar ao convívio social, inferindo sobre a possibilidade de reincidência que ele apresenta.

Este risco hipotético de reiteração da prática delitiva é avaliado, basicamente, por quem o sujeito é, por suas características externas, deixando de lado a culpabilidade do indivíduo e o próprio delito cometido, voltando-se para a periculosidade que supostamente apresenta à sociedade, da mesma maneira como ocorria na época lombrosiana, aquele estigmatizado como o grande mal da sociedade, feio, selvagem, repugnante e indesejado, deve ser afastado das ruas, mantido encarcerado, longe do convívio com os demais cidadãos, aqueles considerados corretos e superiores, por eles mesmos.

Assim, já julgado e condenado pelo delito que cometeu, estando cumprindo a pena que lhe foi imposta e tendo alcançado o requisito temporal necessário para, por exemplo, ser-lhe concedida a progressão para o regime semiaberto, o indivíduo é submetido a uma avaliação de elementos subjetivos, que nada têm a ver com o crime em si, mas

com a sua pessoa, levando em consideração características relacionadas ao ser e a sua história, que poderá fazer com que tal direito lhe seja negado, permanecendo no estabelecimento prisional até que, em algum momento, seja constatado que não mais possui a suposta periculosidade que lhe foi auferida anteriormente.

Cabendo ressaltar que, em razão do magistrado não ser apto a re-futar o exame criminológico, que é elaborado por profissionais de áreas distintas do Direito, pois não possui conhecimento técnico aprofundado para tanto, não lhe cabe muito além do que apenas aceitar o conteúdo do laudo sem maiores questionamentos, o que faz com que, quase sempre, o exame criminológico consista em elemento de grande valor probatório no momento da decisão do magistrado, sendo considerado um documento de relevância científica, que atesta se o apenado está “pronto” para retornar às ruas, ou se apresenta perigo à sociedade e deve permanecer encarcerado.

Restando claro, assim, que o exame criminológico nada mais é do que meio de controle de certas parcelas da sociedade, especificamente as mais pobres, que torna válida a submissão de indivíduos apenados a um laudo superficial e subjetivo acerca da sua pessoa, sendo julgados por quem supostamente são, não mais pelo delito que cometeram e já foram condenados, o que nos remete ao retorno dos primórdios da criminologia, especificamente ao positivismo criminológico e ao entendimento lombrosiano, uma vez que, novamente, da mesma forma que ocorria na Europa na época de Cesare Lombroso, ocorre a segregação dos indivíduos maus e os cidadãos de bem, devendo aqueles que não se encaixam nos padrões aceitáveis pela sociedade serem banidos do convívio social e punidos por quem são, pelo medo que causam ao resto da população.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia A** (in)constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas.docx

A criminalização no estágio prévio.docx

Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal.docx

Da garantia de motivação das decisões penais....docx

Recebimento de honorários maculados.docx

Víctimas y ejecución de la pena.docx, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1294 de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354994>>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4500 de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27689>>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 439. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.)>. Acesso em: 11/03/2020.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do Direito Penal do Autor à luz do Princípio da Culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. dez. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm)> Acesso em: 11/03/2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2013

\_\_\_\_\_. **Práticas inquisitivas na Execução Penal**. Disponível em <[http://www.susepe.rs.gov.br/upload/20121206161416praticas\\_inquisitivas\\_na\\_execucao\\_penal.pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/20121206161416praticas_inquisitivas_na_execucao_penal.pdf)>. Acesso em: 15/09/2017.

DA COSTA, Álvaro Mayrink, **Exame Criminológico**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

DE SOUZA, Renata Macedo. **Medidas de Segurança como Meio de Tratamento ao não-imputável**: Proposta de Adequação Positiva ao Or-

denamento Penal. 2014. 200 f. Dissertação Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra Editora, 1997.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo: Introdução ao processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil**. 1988. 399 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

FERLA, Luís Antonio Coelho. **Feio, Sujos e Malvados sob Medida: do Crime ao Trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo**. 2005. 379 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo.

FILHO, Jovacyr Peter. **Reintegração Social: Um Diálogo entre a Sociedade e o Cárcere**. 2011. 208 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GOÉS, Luciano. **A “Tradução” do paradigma etiológico de Criminologia no Brasil: Um Diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da Perspectiva Centro-Margem**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

KARAM, Maria Lúcia. **Execução Penal: Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminología Crítica**. 2ª ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1992.

LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova (Coord.); PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MÉRIDA, Cristiane Brandão Augusto. **O Cérebro Criminógeno na Antropologia Criminal do Século XIX: Um Estudo sobre a Etiologia do Crime a partir da Medicalização da Sociedade**. 2009. 174 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2010. 25 f. Artigo (Pós Graduação). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo**. 2006. 314 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Segunda Câmara Criminal. Agravo em Execução Penal nº 70074888884. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, 26/10/2017. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 11/03/2020.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Lombroso no Direito Penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência**. In: CONPEDI, 2012, Uberlândia-MG. Publicação Compedi – anais de Uberlândia, 2012. p. 7209-7229. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efbdd4255a9>>. Acesso em 11/03/2020.

SANTOS, Dayana Rosa dos. **O Exame Criminológico e sua Valoração no Processo de Execução Penal**. 2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TERRA, Livia Maria. **Negro Suspeito, Negro Bandido: Um Estudo sobre o Discurso Policial**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual Paulista. Araraquara.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: Aproximación desde un margen**. Bogotá: Editora Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# A ECONOMIA POLÍTICA DA CIDADE NA GUERRA AOS TRAFICANTES: A POLÍCIA NO ESPAÇO URBANO

*THE CITY'S POLITICAL ECONOMY IN THE WAR AGAINST DRUG TRAFFICKERS: POLICE'S ACTION IN THE URBAN SPACE*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p295-333

Rafael Dezidério de Luca

*Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

**Recebido em:** 16/02/2020

**Aprovado em:** 30/04/2020

**Última versão do autor em:** 30/04/2020

**Área:** Criminologia e Política Criminal

**Resumo:** O presente artigo correlaciona uma cuidadosa pesquisa empírica com a sua devida análise qualitativa para explicar os aspectos sociológicos e culturais dos impactos urbanos da política criminal de drogas brasileira, mais especificamente com relação a São Paulo, tomando-se todas as cautelas metodológicas para compreender a realidade do objeto estudado e suas categorias principais.

**Palavras-chave:** Economia Política. Cidade. Criminologia Crítica. Guerra às Drogas.

**Abstract:** The present article links an accurate empirical research to your respective qualitative analysis aiming to explain the sociological and cultural aspects of the urban impacts that the Brazilian drug policy causes in your cities, specifically in São Paulo's case, observing all the methodological cares related to the object's reality and your main categories.

**Keywords:** Political Economy. Urban Space. Critical Criminology. War on Drugs.

**Sumário:**

1. Introdução. 2. Como decidem os tribunais. 3. Peculiaridades da Instituição Policial. 4. O Mapa da Repressão. 5. Compreendendo a relação Cidade-Crime. 6. O Caso de São Paulo 7. Considerações finais.

**1. Introdução**

A guerra não é às drogas, mas aos traficantes. Mais que isso: não é devido ao fato de estes serem comerciantes de substâncias ilícitas, mas por estratégias de controle social e pelo gerenciamento diferenciado de “ilegalidades”.

Partindo-se dessa ideia e das considerações básicas de uma criminologia crítica de orientação realista, pode-se enfrentar a especificidade do objeto deste estudo: a distribuição socio-espacial da atuação da polícia nas cidades brasileiras.

O objetivo do presente artigo é trabalhar com uma constatação fática e provar que não é mera hipótese: a atuação da polícia ostensiva no espaço urbano é geograficamente seletiva, principalmente na política criminal de drogas, porque a segregação territorial não é mero acaso regional, mas pressupõe uma ligação econômico-política entre a estrutura de classes/poder e a disposição da população no território, à luz das constantes geográfico-urbanas a serem analisadas.

A correlação da criminologia crítica com a análise da geografia urbana aclara as sérias consequências da política pública de gestão corporativa das metrópoles brasileiras, tendo-se em vista que estas cidades apresentam uma série de problemas concretos, como a sua modernização perversa e a sua pobreza estrutural, que geram a influência da geografia na ação da polícia, à medida que o controle social é diretamente ligado à gestão do mercado de trabalho, ou seja, das classes dominadas.

A partir deste ponto, é imperioso frisar o papel fundamental da posição de classe nesta análise, pois uma perspectiva crítica de se estudar a criminalidade exige a consideração do núcleo duro da base das relações que condicionam objetivamente o objeto de estudo do presente artigo, que são o crime e seus mecanismos causais.

No caso deste estudo, o crime analisado é o tráfico de drogas. Para entender a criminalização das condutas prescritas na lei nº 11.343/2006, responsável por grande parte do verdadeiro crime estatal contra a humanidade, que é a (super)população carcerária brasileira (726.712 presos em junho de 2016, dos quais cerca de 28% é relacionado ao tipo penal

de tráfico de drogas<sup>1)</sup> em condições precárias e desumanas, é importante uma compreensão histórica e materialista<sup>2)</sup>, pela qual podemos ver que a força motora dessa política criminal beligerante e autoritária é menos a lei de drogas que os agentes de criminalização secundária (polícia ostensiva e Poder Judiciário), os quais são orientados pela tríplice ideológica importada: Defesa Social, Segurança Nacional e Movimentos de Lei e Ordem.

Essa luta armada, que se convencionou denominar “guerra às drogas” e mata mais que as próprias drogas, pouco tem a ver com as substâncias proibidas pela ANVISA e muito mais com os indivíduos que a ela estão objetivamente relacionados por sua situação de classe: os pequenos traficantes, os varejistas miseráveis comumente denominados como “mulas”, que são o verdadeiro alvo no radar dos agentes de criminalização secundária.

Neste momento, deve-se delinear que o responsável pelo primeiro contato do criminoso com o Sistema de Justiça Criminal é o policial, que atua diretamente no território para definir quem é criminoso, segundo critérios mais ou menos predeterminados. Por isso, o presente artigo analisará os mecanismos causais do *modus operandi* da Polícia Militar e a sua relação com a estrutura objetiva das relações de classe, a fim de propor uma intervenção política adequada, tendo-se em vista que uma boa ação pressupõe uma boa análise.

Como toda pesquisa criminológica deve ter uma função além da mera redação, o objetivo político desta pesquisa é a luta política da criminologia radical em dois níveis<sup>3)</sup>: formal, enquanto rejeição à ideologia do idealismo de esquerda e a constante busca da melhoria do sistema penal em prol dos interesses das classes marginalizadas; e material, cujo compromisso maior é uma transformação estrutural da sociedade e de sua concepção de crime, o que vai além do mero reformismo.

<sup>1</sup> ANDREIAVERDÉLIO (Brasília). Agência Brasil. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. 2017.

Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

<sup>2</sup> Para a compreensão da história do proibicionismo no Brasil e na América Latina, ler: “**Política criminal de drogas no Brasil**”, de Salo de Carvalho; “**Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas?**”, de Orlando Zaccone; e “**De crimes, penas e fantasias**”, de Maria Lúcia Karam.

<sup>3</sup> Santos, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 4ª edição, 2018. pp. 32-33.

De acordo com esses objetivos, adota-se o método negativo, enraizado na criminologia radical, cujas principais referências teóricas são os textos “Working Class Criminology”<sup>4</sup> e “Realist Criminology”<sup>5</sup>, profundamente influenciados pelo método da economia política marxista<sup>6</sup>, materialista e histórico.

Com base nesse compromisso com o problema social concreto, este estudo abrange uma pesquisa empírica realizada nos Tribunais de Justiça e nas plataformas de transparência das Secretarias de Segurança Pública de certos entes federados, com o objetivo de instrumentalizar as estatísticas criminais oficiais fornecidas pelos agentes de política criminal, sem incorrer no reducionismo conservador ou no idealismo romantizador.

A missão é complexa e exige responsabilidade social e acadêmica para atender às demandas das classes excluídas e oferecer uma proposta interventiva, o que adquire um caráter especialmente desafiador quando o objeto é novo e pouco desenvolvido no Brasil: uma crítica criminológica da atuação da polícia no espaço urbano.

## 2. Como decidem os tribunais

Certas determinações e causalidades nas formas de julgar do nosso Poder Judiciário demonstram porque a seleção feita pela polícia tem um grande peso, o que se pode verificar por uma análise de 401 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>7</sup>, 200 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>8</sup>, 150 acórdãos do Distrito Federal<sup>9</sup> e 200 acórdãos

<sup>4</sup> YOUNG, Jock. **Criminología de la clase obrera**. Caracas, Venezuela: Universidade Nacional Experimental de la Seguridad, 2012.

<sup>5</sup> MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. England, UK: Palgrave Macmillan, 2014.

<sup>6</sup> MARX, Karl. A metafísica da Economia Política, §1º O método. In: **Grundrisse**. Rio de Janeiro: Editora Boitempo, 2011. pp. 112-119.

<sup>7</sup> SÃO PAULO. Secretaria de Tecnologia e Informação. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Org.). **Consulta de Jurisprudência de Segundo Grau**. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>8</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Org.). **Consulta de Jurisprudência de Segundo Grau**. 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>9</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios (Org.). **Consulta de Jurisprudência de Segundo Grau**. 2017. Disponível

do Tribunal de Justiça da Bahia<sup>10</sup>, todos referentes a apelações referentes aos tipos penais dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006.

É um problema incomensurável a indeterminação legal e a enorme discricionariedade que a supracitada lei proporciona, principalmente porque o seu artigo 28, § 2º, contém 8 (oito) expressões que marcam uma lacuna legislativa imensa e o seu artigo 33 lista uma enorme quantidade (18) de núcleos verbais da ação, o que garante maior arbitrariedade aos agentes de criminalização secundária, principalmente à instituição policial, historicamente abusiva em sua forma de operacionalidade.

Diante disso, a primeira conclusão é que, em âmbito judicial, a condenação é a regra. Das 401 decisões do TJSP, 359 dos réus foram considerados traficantes, contabilizando aproximadamente 89,53%; 19 foram considerados usuários, com 4,74%; e 23 absolvidos, com 5,73%. No TJRJ, de 200 decisões, 76,5% foi condenado por tráfico; 1% como usuário; e 22,5% foi absolvido. Das 200 decisões do TJBA, 86,5% foi enquadrado no artigo 33. Das 150 decisões do TJDFT, 138 dos réus foram considerados traficantes, contabilizando 92%.

Apesar dos dados, não há homogeneidade nem constância nas decisões entre câmaras e tribunais; há divergências de posicionamento em casos muito semelhantes, no que concerne às penas, às condenações e às qualificações (artigo 28 ou 33). Há parcialidade no julgamento, exatamente pelas brechas legais deixadas por um grande vazio semântico.

Posto isso, é necessário identificar os fatores determinantes que fundamentam essas decisões, marcadas por “elementos subjetivos” (“co-ringas”) do §2º, artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), que prevalecem sobre os elementos objetivos (quantidade e natureza), que, na maioria das vezes, não serão decisivos, conforme indicam os dados.

No TJRJ, por exemplo, um indivíduo com 21 papелotes de cocaína, quantidade considerável para os perceptíveis critérios judiciais, em via pública, teve sua conduta desclassificada para uso pela 3ª câmara criminal (acórdão nº 0225679-25.2014.8.19.0001). De forma semelhante,

---

em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoelettronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>10</sup> BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Org.). **Consulta de Jurisprudência de Segundo Grau**. 2017. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

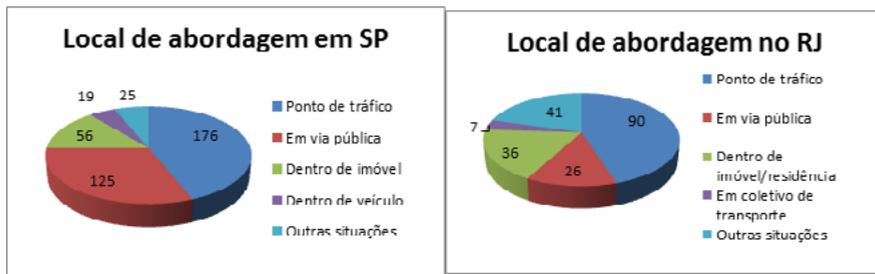
outro acusado, desta vez em “ponto de tráfico” e supostamente envolvido em facção criminosa, foi abordado com 0,8 gramas de cocaína e considerado traficante pela 4ª câmara criminal (acórdão nº 0004355-73.2015.8.19.0050). O que os diferencia?

A arbitrariedade, a lei vaga e indeterminada, as “circunstâncias sociais e pessoais do agente”, a vinculação “ao local e às condições de desenvolvimento da ação” ajudam a explicar. Não há objetividade nem determinabilidade. Predominam elementos subjetivos, frutos de alegações dos policiais que abordam e selecionam os indivíduos.

Os julgadores partem unicamente dos testemunhos desses agentes policiais como suficientes para fundamentar condenações e esse é exatamente o problema: ignora-se a palavra do réu e a presunção de inocência, para dar valor exclusivo à palavra do policial. Esta confusão processual penal é menos criminológica que tecnicamente jurídica.

Dentre as mais frequentes indicações policiais, o local de abordagem é disparadamente o fator mais determinante para sustentar as condenações, com maior destaque ao denominado “ponto de tráfico”, que aparece em 266 situações entre os 600 casos de SP e RJ e apresenta altíssimo índice de condenações: 233 (87,6%).

**Gráfico 1 – Locais de abordagem**



**Fonte:** O autor (2018)

O grande problema é que apenas a alegação policial é utilizada para qualificar esses elementos e isso ocorre sem questionamentos numa sistemática sintonia entre Polícia Militar e Poder Judiciário como um sistema consolidado de “segurança pública”, em que os policiais alegam que já realizaram outras abordagens no mesmo sentido no local ou dizem que é um beco/região dentro de favela reconhecida pelos populares como “ponto de tráfico”, mas, repita-se, geralmente não há elementos concretos que fundamentem o que foi dito.

Com isso, a prática judicial quebra a imposição do *in dubio pro reo* e suporta condenações com base apenas em alegações policiais, utilizando-se modelos equivocados, voltados para a legitimação cega do testemunho do policial, como o HC 74.608-0/SP do STF e a Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça, que afirma: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Ocorre que o processo penal do Estado Democrático de Direito é um sistema de garantias, dentre as quais a presunção de inocência e a imposição do ônus probatório total à acusação. Esta precisa demonstrar certeza para a condenação e não pode se basear somente no testemunho dos agentes que abordaram, pois, apesar do grande prestígio da profissão policial (que deve ser valorizada e muito bem recompensada, para que não ocorram erros graves), essa prova isolada não pode ser suficiente.

No entanto, os julgadores operam engenhosos malabarismos linguísticos, como os seguintes: “Ademais, prevalece, nesta fase processual, o Princípio do *In Dubio Pro Societate*” (TJRJ, Apelação nº 0053637-33.2011.8.19.0014); “a defesa não produziu qualquer tipo de prova que maculasse o relatado pelos policiais militares” (TJRJ, Apelação nº 0047469-78.2012.8.19.0014); “a credibilidade dos depoimentos de policiais somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida” (TJBA, Apelação nº 0514958-91.2015.805.0001).

Em suma, esse é o quadro de um sistema penal de raízes inquisitoriais, que proclama a “busca pela verdade” como o escopo final do processo e implica atuações repressivas por parte do principal agente de criminalização secundária, o policial, cuja operacionalidade é estruturalmente excludente, razão pela qual se precisa entender seus padrões.

### 3. Peculiaridades da Instituição Policial

A qualidade peculiar da Polícia Militar reside em suas metarregras próprias e específicas, o que tem um viés institucional e cultural, em que impera o pragmatismo.

A regulação da procedimentalização da abordagem, das proibições de abuso de autoridade, da violência policial e da produção de provas falsas (a exemplo do recorrente “kit flagrante”<sup>11</sup>) não é suficiente,

<sup>11</sup> Como se pode ver na seguinte matéria jornalística: IGLECIO, Patrícia. Kit flagrante de PMs são legitimados pelo nosso sistema de justiça. **Justificando**. São Paulo. 03 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

sem uma fiscalização mais efetiva e uma mudança político-criminal, essencial para que se mude a lógica de “guerra” produzida no campo de atuação policial, em que os fins justificam os meios e a violência é institucionalizada.

Tem-se, de fato, uma crise de legitimidade:

Definindo o poder punitivo a partir da norma penal, mas o exercendo efetivamente a partir de práticas extra-penais, o poder configurador positivo do sistema revela uma incompatibilidade entre a teoria penal, que programa um certo número de ações através de um discurso jurídico e, por outro, uma prática real, social, que conduz a resultados totalmente diversos, numa espécie de processo “esquizofrênico”, onde o sistema penal obtém sua (auto) legitimação através da lei, mas não consegue atingir a legitimidade social, entendendo-se por legitimidade a “qualidade que se pode predicar ao sistema pela relação de congruência entre programação (normativa e teleológica) e operacionalização”, e por legitimação, “o processo mediante o qual se atribui esta qualidade ao sistema”<sup>12</sup>.

Preciso e pontual, Zaffaroni demonstra a irracionalidade do Sistema de (in)Justiça Criminal, pela nítida falta denexo na relação entre o parâmetro definicional (“dever ser”) do controle penal, regras previstas no ordenamento jurídico, e a sua dimensão operacional (“ser”), as “normas” da prática, muitas vezes em contradição com aquelas regras positivadas.

O que interessa a este artigo é explicar como essa prevalência das metarregras sobre as regras afeta a distribuição da polícia no espaço urbano: Por que a preferência pelas áreas periféricas? Há alguma relação desta preferência com a incidência real de criminalidade?

Na verdade, essa seletividade não fica restrita à legalidade nem é apenas realizada pelas vias de controle formal, sendo mais frequente o exercício informal do poder de vigilância disciplinar<sup>13</sup> e de repressão por parte da instituição policial nas áreas mais carentes das cidades, por meio da restrição intensa de liberdade nas áreas comunitárias, através de prisões para averiguação, proibições de reuniões ou outras atividades de lazer como “bailes funks” e as simples abordagens abu-

<sup>12</sup> ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 33.

<sup>13</sup> ZACCONE, Orlando. Op. cit., p. 30.

sivas por meio da intimidação da figura de autoridade. São formas de delimitação comportamental, em consonância com o jogo de poder da sociedade.

Nesse sentido, faz-se mister apresentar a lição de Eugenio Zaffaroni, que explica a predominância das abordagens em “pontos de tráfico” (capítulo 2):

não existe conduta – nem mesmo as ações mais privadas – que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal ou daqueles que se valem de sua executividade para realizar ou reforçar seu controle, embora se mostrem mais vulneráveis as ações realizadas em público, o que acentua a seletividade da vigilância em razão da divisão do espaço urbano que confere menores oportunidades de privacidade aos segmentos mais carentes<sup>14</sup>.

O que se deve considerar é que todas essas características do *modus operandi* da polícia militar nas metrópoles brasileiras possuem raízes historicamente explicáveis, o que pode variar de acordo com cada região, mas há permanências.

A permanência central a se decifrar é a função da instituição, que é universal nas sociedades modernas e possui raízes históricas na formação do Estado Moderno, quando foi moldada a relação da polícia e da segurança pública com a cidade e com a arte de governar<sup>15</sup>, o que nos remete às razões do Estado em si mesmo, ou seja, a sua incondicionada finalidade de automanifestação e conservação.

A tecnologia de segurança do Estado Moderno compreende mecanismos que enfocam na gestão do espaço e da população. Assim, o território urbano se impõe como o meio histórico-material (cidade polifuncional, sede das multiplicidades abrangidas pela administração política<sup>16</sup>) sobre o qual se desenvolve o dispositivo de segurança.

Nessa lógica, a polícia aparece como o segundo grande conjunto tecnológico da razão estatal, cuja função é garantir o “esplendor do

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 25.

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Edição estabelecida por Michel Senellart: 1ª Edição. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>16</sup> Foucault toma a definição de política como “domínio” ou “ação”, ou seja, uma prática de dominação das multiplicidades.

estado” e o seu objeto é o “controle e a responsabilidade pela atividade dos homens na medida em que essa atividade possa constituir um elemento diferencial no desenvolvimento das forças do Estado”<sup>17</sup>.

Esta instituição é condição para a reprodução e expansão das estruturas política, econômica e social do país, o que é mascarado com categorias ideológicas como a garantia da segurança coletiva, da ordem pública ou do controle da criminalidade.

Entretanto, é claro, as funções reais são outras, como já apontava Delamare em 1707, na obra “*Traité de la police*”, a finalidade mascarada da instituição policial de disciplinar os pobres. O objetivo policial é e sempre foi a gestão da população pobre e a exclusão dos “inúteis”, em razão das necessidades estruturais capitalistas do constante controle social.

Por fim, frisa-se que “*a polícia é essencialmente urbana e mercantil*”<sup>18</sup>, diretamente ligada à regulamentação urbana e à formação do espaço urbano, palco que torna possíveis todas as relações sociais pessoais e impessoais: produção, circulação, distribuição e consumo.

Desta forma, a função social que o aparato policial<sup>19</sup> exerce, a sua instrumentalidade para a reafirmação estatal é realizada constantemente sobre os espaços da cidade.

#### 4. O Mapa da Repressão

O mapeamento da guerra na realidade brasileira é importante para se verificar, através da pesquisa empírica<sup>20</sup>, quais as permanências na incidência de abordagens que se tornam processos que chegam ao Tribunal de Justiça em 2ª instância, conforme o mapa a seguir<sup>21</sup>, fruto da análise empírica do autor desta pesquisa.

---

<sup>17</sup> Op. cit., p. 433.

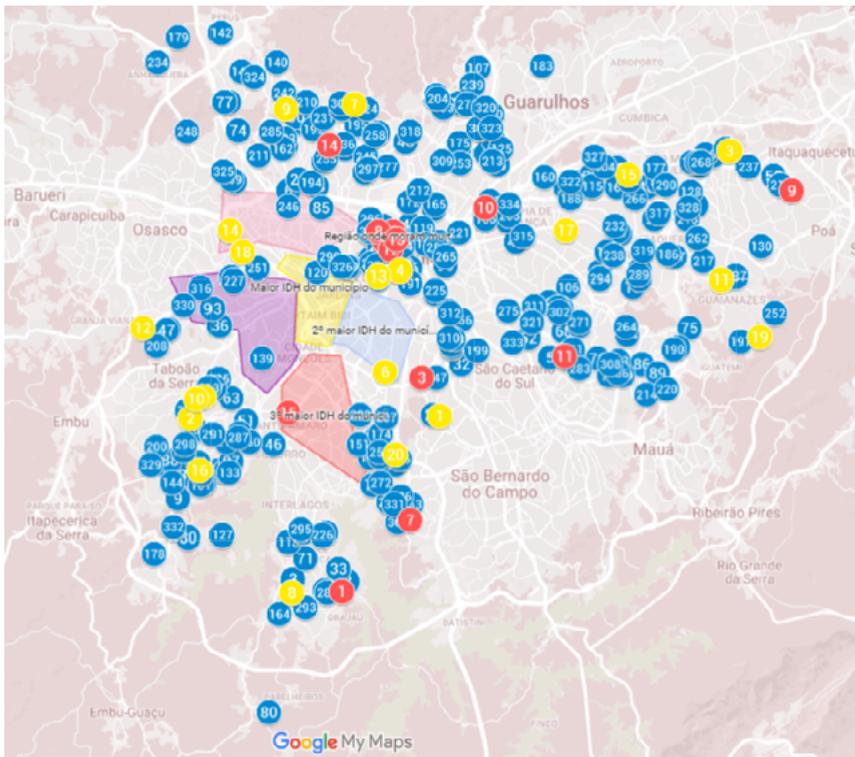
<sup>18</sup> Op. cit., p. 451.

<sup>19</sup> BRUNET, Amadeu Recasens i. Enfoques Histórico-Ideológicos sobre el Concepto de Aparato Policial. In: ZAFFARONI, E. R. et al. **Criminología y Crítica y Control Social**: El poder punitivo del estado. Argentina: Editorial Juris, 1993, pp. 105 e ss.

<sup>20</sup> O mapa apresentado deriva da planificação de 370 dos 401 acórdãos analisados do TJSP, mencionados no capítulo 2.

<sup>21</sup> DE LUCA, Rafael Dezidério. **Mapa da guerra às drogas em São Paulo**. 2019. Disponível em: <[https://www.google.com/maps/d/edit?hl=pt-BR&hl=pt-BR&authuser=0&authuser=0&mid=1ulyD\\_eMLOnEFOeGC-87dZXBaQSLA](https://www.google.com/maps/d/edit?hl=pt-BR&hl=pt-BR&authuser=0&authuser=0&mid=1ulyD_eMLOnEFOeGC-87dZXBaQSLA)>. Acesso em: 20 maio 2019.

### Mapa 1: Distribuição espacial dos acórdãos do TJSP de 2016/2017.



**Fonte:** O autor (2018).

Em azul, os condenados; em vermelho, os absolvidos; em amarelo, aqueles considerados usuários. A grande observação é que a grande concentração está nas margens e as subprefeituras de maior IDH (ao centro) quase não tem casos.

É notória a distribuição das localidades de abordagem nas margens e nas áreas mais periféricas da cidade, com destaque à zona leste, aos extremos das zonas norte e sul, ao centro empobrecido e às áreas de contraste nas regiões ricas (as grandes favelas de bairros desiguais como o Morumbi, que contrasta condomínios e favelas como o Paraisópolis e o Real Parque).

Há uma baixa incidência de processos na região oeste do centro expandido, entre o Morumbi e a aclimação, área das subprefeituras de maior IDH do município (Pinheiros, Vila Mariana, Santo Amaro, Butantã e Lapa), áreas destacadas no mapa.

É observável que a maior aglomeração de processos está nas extremidades do mapa: extrema zona sul (Capão Redondo, Jardim Ângela, Jabaquara e Diadema), extrema zona norte (Tucuruvi, Santana, Brasilândia e Pirituba) e, principalmente (e mais intensamente), extrema zona leste (Itaquera, Artur Alvim, Tatuapé, Carrão, São Mateus, Guianazes, São Miguel Paulista e Parque Boturussu). Quanto ao centro antigo (Sé, Liberdade, Luz, Santa Cecília, República e proximidades), a alta atuação policial explica-se, principalmente, pela elevada concentração de moradores de rua e de pontos de venda de drogas na região, assim como pela existência da “Cracolândia”<sup>22</sup>, situada nas redondezas da estação de metrô da Luz, em uma forma geométrica de trapézio, tudo isto associado ao recente processo de empobrecimento e rejeição do centro da cidade.

Em meio a isso, há uma grande oposição entre as zonas leste (pobre) e oeste (rica) na Região Metropolitana de São Paulo<sup>23</sup>, que se intensificou com os processos de urbanização e modernização recente (a partir dos anos 1970) da capital, extremamente complexos. As áreas do leste e do sudeste ficaram relegadas a moradias precárias de trabalhadores e centros industriais antigos em decadência e abandono, enquanto o oeste tendeu a alocar os empreendimentos imobiliários comerciais e residenciais das classes mais altas<sup>24</sup>.

É visível, conforme uma leitura do mapa acima à luz deste diferenciado padrão de segregação socio-espacial, a arbitrariedade da forma de agir dos agentes de criminalização secundária, em verdadeiro compromisso político-criminal socialmente seletivo.

Isso não se restringe a São Paulo, conforme indica o trabalho feito por Orlando Zaccone, na análise espacial da narcotraficância na cidade do Rio de Janeiro, que evidencia o que já deveria ser um consenso no âmbito das pesquisas criminológicas: a ação rotuladora dos agentes policiais na seleção dos alvos. Conclusão esta que se verifica nesta passagem:

no tocante ao delito de tráfico de drogas a seletividade punitiva pode, além da observação empírica, tal como na minha passagem pelas delegacias de Jacarepaguá e Barra da

<sup>22</sup> O recente desmembramento desta região pela prefeitura de São Paulo apenas dispersou a população da região pela área central.

<sup>23</sup> CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora 34 e EDUSP, 2011, pp. 251 e 252.

<sup>24</sup> Idem.

Tijuca, ser comprovada pelas estatísticas de registros desse crime nas diversas unidades de polícia judiciária do Rio de Janeiro<sup>25</sup>.

Neste raciocínio, Zaccone analisa dados do ano de 2015 referentes aos flagrantes lavrados por delitos da lei 11.343 no território da Capital e Baixada Fluminense, a fim de buscar separar a quantidade de registros por Distrito Policial. Como resultado, as DP's da zona sul apresentam quantidade absurdamente inferior (63 no total, dentre os quais 3 são na Barra da Tijuca, 5 em Ipanema, 9 no Leblon e 14 em Copacabana) ao que se encontra nas demais regiões, como Bangu (186), Santa Cruz (89) e Jacarepaguá (73). Só Bangu já representaria o triplo dos flagrantes ocorridos em toda a zona sul, área mais rica do território.

Ao final, o autor concluiu que *“é mais do que evidente que os registros realizados pela polícia não correspondem à realidade da circulação e comércio de drogas ilícitas no Grande Rio”*<sup>26</sup>, relegando-se a realidade não correspondente nas estatísticas à chamada cifra negra, o que leva Zaffaroni ao ensinamento de que esta *“seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”*<sup>27</sup>.

Este artigo realizou uma expansão dessa pesquisa empírica de Zaccone em São Paulo, Rio de Janeiro e Fortaleza. No lapso temporal dos anos de 2017 e 2018, separa-se a quantidade de inquéritos policiais relacionados aos tipos penais dos artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343 (porte e tráfico de drogas), de acordo com a localização da abordagem, baseada na localização da Delegacia de Polícia que instaurou o procedimento investigativo.

No Estado de São Paulo, a “produtividade policial”<sup>28</sup> indicada em seu portal de transparência de segurança pública<sup>29</sup> reflete as estatísticas

<sup>25</sup> ZACCONE, Orlando. Op. cit., p. 14.

<sup>26</sup> ZACCONE, Orlando. Op. cit., p. 15.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 43.

<sup>28</sup> É assim que, curiosamente, as autoridades públicas denominam a quantidade de ocorrências policiais realizadas por ano, em uma política criminal que opera como uma indústria de controle social.

<sup>29</sup> SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública. Governo do Estado de São Paulo. **Produtividade Policial em SP**. 2019. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2019.

criminais oficiais, que possuem validade relativa e não indicam a “criminalidade real”, pois possuem caráter ideológico e instrumental na moderna tecnologia do poder<sup>30</sup> e aquilo que é documentado é apenas uma parcela da realidade, visto que as instâncias de controle captam aquilo que selecionam como alvo, conforme seus próprios critérios, os quais geralmente são cor, classe, etnia e localização.

Apesar de as autoridades se pretenderem neutras e científicas para “descrever” a realidade social nesses dados produzidos, sabe-se que “*elas são construções que geram visões particulares de alguns segmentos da realidade social. Elas constroem imagens de padrões de crime e comportamento criminoso*”<sup>31</sup>.

Em São Paulo, os mapas a seguir ajudam a entender como as estatísticas se materializam no espaço, ou seja, como é a distribuição territorial das abordagens da PMSP e qual o enquadramento dado nos inquéritos (tráfico ou consumo)<sup>32</sup>.

Para fins de organização, o mapa do Município de São Paulo foi dividido em oito regiões, de acordo com uma divisão realizada pelo plano diretor estratégico municipal de 2002 para orientar as políticas públicas<sup>33</sup>, o que facilita a divisão política do território e a possível análise separadamente: Regiões Centro (Subprefeitura Sé), Norte I (Santana/Tucuruvi, Jaçanã/Tremembé e Vila Maria/Vila Guilherme), Norte II (Casa Verde/Cachoeirinha, Brasilândia, Perus e Pirituba), Oeste (Pinheiros, Butantã e Lapa), Sul I (Ipiranga, Vila Mariana e Sacomã), Sul II (Santo Amaro, Campo Limpo, Socorro, Cidade Ademar, M’Boi Mirim e Parelheiros), Leste I (Vila Prudente, Mooca, Sapopemba, Penha, Carrão e Aricanduva) e Leste II (Itaquera, Cidade Tiradentes, Ermelino Matarazzo, São Mateus, São Miguel Paulista, Itaim Paulista e Guianases).

---

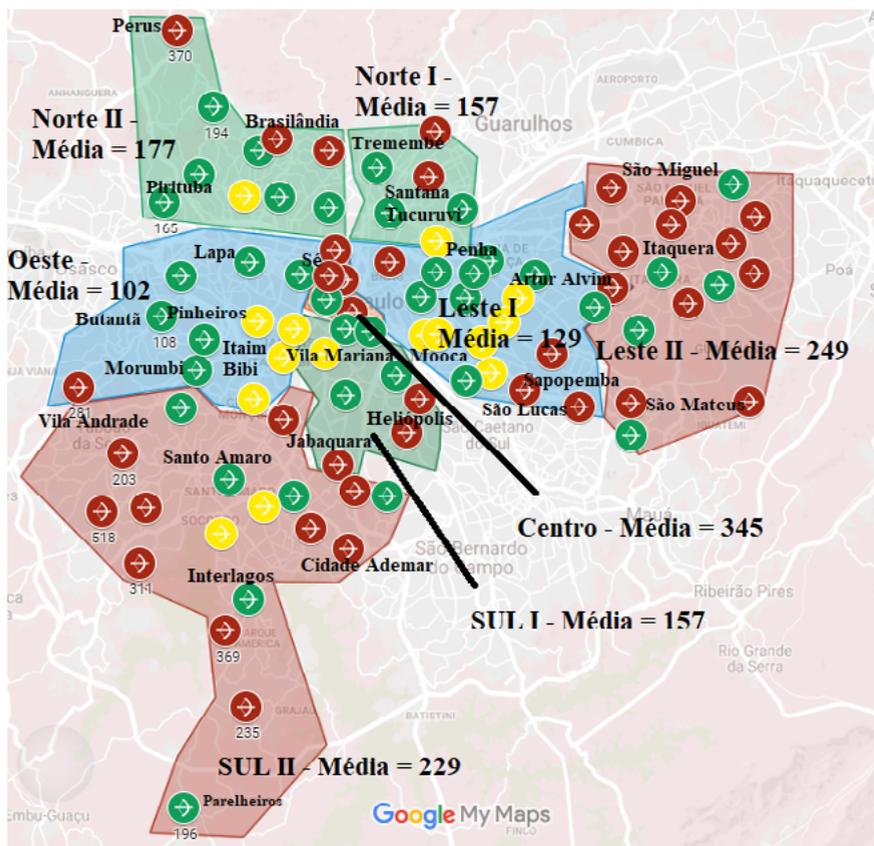
<sup>30</sup> CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Op. cit., p. 101.

<sup>31</sup> Idem, p. 102.

<sup>32</sup> Todas as estatísticas utilizadas nos mapas foram extraídas do portal de transparência da Secretaria de Segurança Pública de SP.

<sup>33</sup> Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento. São Paulo. **Divisão do Município de São Paulo em oito regiões**. 2015. Disponível em: <[http://dados.prefeitura.sp.gov.br/pt\\_PT/dataset/regiao-8-divisao-do-municipio-de-sao-paulo-em-oito-regioes](http://dados.prefeitura.sp.gov.br/pt_PT/dataset/regiao-8-divisao-do-municipio-de-sao-paulo-em-oito-regioes)>. Acesso em: 17 maio 2019.

**Mapa 2: Distribuição espacial dos casos de tráfico de drogas notificados pela PMSP no período de 2017/2018.**



**Fonte:** O autor (2019).

1. Alvos amarelos = até 70 abordagens em 2 anos;
2. Alvos verdes = entre 71 e 200 abordagens em 2 anos;
3. Alvos vermelhos = acima de 200 abordagens em 2 anos.
4. Regiões demarcadas = 8 regiões conforme subprefeituras:
  - Entonação vermelha = índice de abordagens acima da média;
  - Entonação verde – índice de abordagens na média (150 a 200);
  - Entonação azul – índice de abordagens abaixo da média.



Itaim Paulista, São Mateus, São Miguel Paulista, Cidade Ademar, Brasilândia e outros.

Já no caso de usuários, como se vê no mapa 3, o padrão é outro: há índices altos em áreas ricas, a exemplo d 184 inquéritos abertos por porte para consumo na DP do Campo Belo, área de alto IDH-M, em contraste com os 25 de usuário na DP do Itaim Paulista, onde, no mesmo período, houve a abertura de 436 investigações por tráfico.

A maior incidência daqueles considerados consumidores em áreas de menor pobreza, como Pinheiros (237), Campo Belo (184), Jardins (170) e Consolação (196), demonstra que ocorrem abordagens nessa área, mas há preferência por definir como usuários os indivíduos de superior posição de classe na relação agente-estrutura.

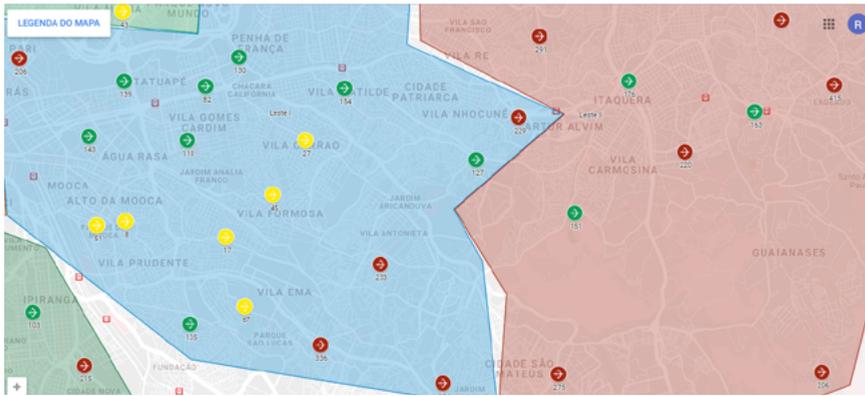
Com isso, verifica-se a concentração da classificação como traficantes em áreas mais pobres, visto que não há um ponto amarelo nas extremas zonas leste, sul e norte, à medida que o centro expandido apresenta mais pontos amarelos e verdes (menores números).

A maior quantidade de pontos vermelhos (áreas com números exorbitantes) está na região do centro antigo (maior média de abordagens, 345), sendo que apenas a DP de Campos Elísios apresentou 522 inquéritos por tráfico, e na zona Leste II (249 de média), região que abarca Itaim Paulista (436 inquéritos), São Miguel Paulista (295), São Mateus (275) e outros.

Já em regiões centrais da zona sul, há baixíssimo índice de enquadramento como traficante: Vila Mariana (13 casos em 2017 e nenhum em 2018); Itaim Bibi (12); Monções/Berrini (49); Jardins (38); Mooca (8); Vila Diva (17); Pinheiros (70); e outros.

Além de haver disparidades entre as diferentes zonas da cidade, há cenas de contraste em uma mesma área, como na zona leste, em que os bairros mais nobres, como Mooca, Vila Formosa, Vila Prudente, Tatuapé e Vila Carrão, são menos atingidos, em comparação com os números exorbitantes de Vila Ema, Sapopemba, Artur Alvim, Itaquera, Cidade A.E. Carvalho, São Mateus e outros, conforme a imagem abaixo.

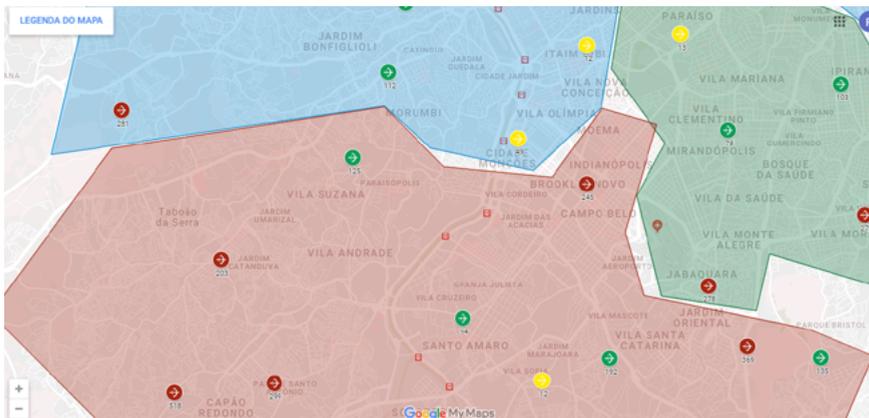
### Mapa 4: Segmentação do mapa 2 com enfoque para a zona leste.



Fonte: O autor (2019).

Na zona sul, também encontramos esse tipo de incongruência: Santo Amaro e Morumbi (incidência branda) se opõem ao Capão Redondo (518 ocorrências por tráfico), ao Jardim Arpoador (281) e ao Parque Santo Antônio (299); Vila Olímpia, Moema e Vila Mariana (regiões ricas e de baixo índice de abordagens por tráfico) estão em contraposição aos bairros do Jabaquara e do Campo Belo.

### Mapa 5: Segmentação do mapa 2 com enfoque para a zona sul.

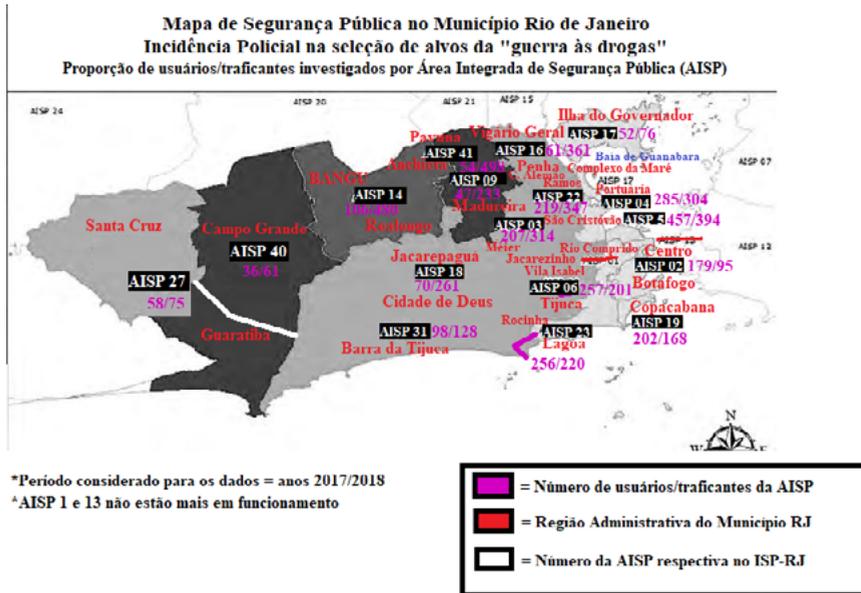


Fonte: O autor (2019).

À medida que se direciona ao centro empobrecido e às margens periféricas da cidade, a quantidade de ocorrências por tráfico é maior,

além de haver contrastes também em áreas periféricas, mas isso não é exclusivo de São Paulo. Em uma tentativa de complementação da pesquisa de Orlando Zaccone, analisa-se o caso do Rio de Janeiro.

### Mapa 6: Distribuição espacial dos casos de tráfico de drogas notificados pela PMRJ no período de 2017/2018.



**Fonte:** O autor (2019).

Para orientar a leitura desse mapa, resultado da plataforma de segurança pública do RJ<sup>35</sup>, é importante comparar o IDH-M de cada região do município<sup>36</sup>: a zona sul é a região mais rica da cidade, em profunda contraste com outras áreas, verificando-se disparidades na distribuição do número de ocorrências por tráfico nas regiões administrativas do município<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> RIO DE JANEIRO. Instituto de Segurança Pública. Governo do Estado do Rio de Janeiro. **Dados Estatísticos do Estado do Rio de Janeiro**. 2019. Disponível em: <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

<sup>36</sup> RIO DE JANEIRO. Instituto Pereira Passos. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. **IDH-M do Rio de Janeiro**. Disponível em: <[http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6165511/4162028/analise\\_idhm\\_rio\\_v4\\_compur.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6165511/4162028/analise_idhm_rio_v4_compur.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

<sup>37</sup> Mapas Para Colorir. **Regiões Administrativas do Município do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://www.mapasparacolorir.com.br/mapa/municipio/rj/municipio-rio-de-janeiro-regioes.jpg>>. Acesso em: 20 maio 2019.

As AISP com os índices mais exorbitantes se situam nas partes mais pobres e marginais da cidade: AISP 41 (Anchieta, Pavuna, Vila da Penha, Parque Colúmbia e outros bairros), com 498 traficantes; AISP 14 (Bangu, Realengo, Magalhães Bastos e outros), com 480 traficantes; AISP 05 (Santa Teresa, parte do centro, Lapa, Paquetá e Saúde), com 394 traficantes; AISP 16 (Vigário Geral, Penha, Complexo do Alemão, Jardim América e outros), com 361 traficantes; AISP 03 (Cachambi, Méier, Lins de Vasconcelos, Jacarezinho, Inhaúma e outros), com 314 traficantes; e AISP 04 (Catumbi, Cidade Nova, Maracanã, São Cristóvão, Mangueira, Vasco da Gama, parte do Centro, Rio Comprido e outros), com 304 traficantes.

Na direção oposta, as áreas com os menores números de indivíduos classificados como traficantes são, via de regra, pontos de alto IDH: Barra da Tijuca, Botafogo, Ilha do Governador, com curiosa exceção à zona oeste da metrópole, que constata as menores incidências em lugares de extrema pobreza, as AISP's 27 (75 traficantes) e 40 (61 traficantes), que abrangem Santa Cruz, Campo Grande e Guaratiba.

Pode-se, assim, estabelecer uma relação entre o etiquetamento de indivíduos como traficantes e a sua situação geográfica, sob uma perspectiva econômico-política dos fenômenos da urbanização e da criminalização, mesmo apesar de isso não ser absolutamente relacionado ao IDH-M, sendo que existe uma série de elementos peculiares de cada realidade que exige uma análise mais completa e detalhada da formação política, cultural e institucional específica, não se podendo supervalorizar o IDH isoladamente.

A fim de evitar errôneas generalizações e conclusões precipitadas, o presente artigo toma os cuidados metodológicos próprios da criminologia realista para analisar os mecanismos causais de criminalidade (real) e de criminalização (oficial) no contexto específico do município de São Paulo, utilizando-se exclusivamente para fins complementares e de forma menos profunda o estudo das cidades do Rio de Janeiro e de Fortaleza.

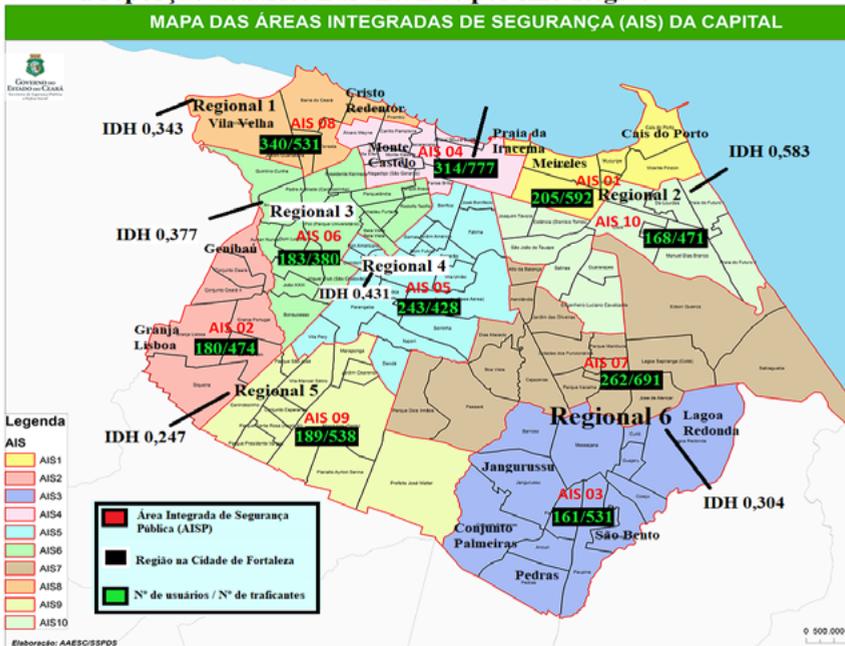
No caso da capital cearense, 5ª cidade mais populosa do país, o mapa 7, fruto de um processo de solicitação<sup>38</sup> no portal da transparência de

<sup>38</sup> Processo de solicitação nº 5213502, registrado no dia 04/07/2019: CEARÁ. Governo do Ceará. Secretaria de Segurança Pública (Comp.). **Portal de Transparência:** Geoprocessamento de dados. 2019. Disponível em: <<https://cearatransparente.ce.gov.br/attachments/34b92840980ad190dca5ab4db61b6338a8fde3a4/store/5fb389147b3cca6c770e4030f0609511e90e6244cf39f142100f3a8635e7/ocorrencias-traffic-posse-e-uso-de-drogas.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

segurança pública do estado do Ceará<sup>39</sup> indica que não se pode realizar uma relação de proporcionalidade direta entre o IDH-M de cada região do Município<sup>40</sup> e a incidência de ocorrências policiais por tráfico e uso de drogas no território, conforme se verá a seguir.

### Mapa 7: Distribuição espacial dos casos de tráfico de drogas notificados pela PMCE no período de 2017/2018.

Distribuição territorial da guerra às drogas no Município de Fortaleza  
Proporção usuários x traficantes por AIS/Região



Fonte: O autor (2019).

É uma metrópole de pobreza generalizada (IDH-M 0,732, o 3º pior das 20 Regiões Metropolitanas brasileiras<sup>41</sup>) e existe grande desigual-

<sup>39</sup> CEARÁ. Governo do Ceará. Secretaria de Segurança Pública (Comp.). **Portal de Transparência:** Geoprocessamento de dados. 2019. Disponível em: <<https://ceartransparente.ce.gov.br/portal-da-transparencia/acesso=-a-informacao?locale-pt-BR>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

<sup>40</sup> GOVERNO DO CEARÁ. **Anuário do Ceará:** IDH Bairros Fortaleza. 2019. Disponível em: <<http://www.anuarioceara.com.br/indice-bairros-fortaleza/>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>41</sup> LUANA LIMA (Ceará). IDHM de Fortaleza é o terceiro pior do Brasil: Pesquisa avalia taxas de educação, longevidade e renda; apesar do número, houve melhora

dade entre os bairros, a exemplo da comparação entre a área regional 2, que possui bairros com índices acima de 0,900, como o Meireles, e as miseráveis áreas marginais da zona sul, como o Canindezinho e o Parque Presidente Vargas (IDH-M abaixo de 0,200).

Em que pese a apresentação de números altos de ocorrências por todo o território, há uma concentração maior na AIS 04, centro da cidade, e na AIS 07, área periférica.

No entanto, não se pode fazer um traçado de como a polícia se distribuiu e age, de acordo com suas metarregras, no território de determinado município, sem que se analise a totalidade dos processos sociais, históricos, culturais e políticos que configuram sua urbanização e sua forma de “combate” ao crime.

Apesar das possíveis especificidades da região e da lógica cultural, institucional e política associada, a análise da cidade de São Paulo, complementada pelo estudo de Rio de Janeiro e Fortaleza, sugere que existe uma economia política da criminalização na cidade, através da política criminal de drogas. Mas é preciso mais para explicar a sua lógica.

## 5. Compreendendo a relação Cidade-Crime

Há pouca bibliografia nacional (e até mesmo internacional) para uma análise criminológica da geografia urbana. Na realidade, é um campo sub-pesquisado e existem poucas obras a respeito, o que requer maior cautela na seleção das obras.

Por questão de compromisso intelectual, o presente artigo apresenta um panorama histórico deste campo de pesquisa, que começou a ganhar notoriedade com a Escola de Chicaco, que sustenta a sociologia norte-americana desde o início do século XX, com sua base praticista, que enraiza a sua profunda tradição de empirismo e pragmatismo.

A sua visão era orientada aos problemas sociais concretos em busca de uma “filosofia da ação”<sup>42</sup>, em oposição ao apelo teórico típico das universidades europeias. Esse centro de pesquisa segue o ideal norte-americano de preferência por opções imediatistas e empiristas pautadas no ideal de eficiência, o que se tornou a pauta do dia na atualidade.

---

em 10 anos. **Diário do Nordeste**. Fortaleza. 26 nov. 2014.

Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/metro/idhm-de-fortaleza-e-o-terceiro-pior-do-brasil-1.1159710>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>42</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, p. 407.

Evidentemente, não alcançaram um sucesso político-criminal, assim como as teorias e práticas internacionalizadas dos “best-sellers” da “mainstream criminology” norte-americano, que seguem falhando nas questões criminológicas, desde a ideia de janelas quebradas até uma nova penologia pautada em prognósticos de risco.

Um dos principais problemas da Escola de Chicago é o método positivista<sup>43</sup>, atrelado ao emprego de conceitos e categorias exportados das ciências biológicas, tais como “organismo social” e “ecologia criminal”, oriunda da criminologia positivista antropológica.

O início do que eles denominam como “ecologia criminal”, campo que estuda as relações entre crime e cidade, se deu com a obra “O camponês polonês na Europa e na América” (1918), que utiliza a ideia durkheiminiana de “desorganização social”<sup>44</sup>.

Mas o destaque é dado a Robert Ezra Park e Ernest Burgess, que orientaram uma séria de investigações empíricas<sup>45</sup> na própria cidade em que se situava a universidade, formando o programa da Escola de Chicago, e publicaram mais de 20 obras sobre o tema nas décadas de 1920 e 1930, dentre as quais se destaca o livro “The City: Suggestions for investigation of human behavior in the urban environment”, publicado, juntamente com Roderick McKenzie, em 1925, em que se desenvolve a teoria dos círculos concêntricos.

Segundo a tese, o processo de crescimento da cidade causou mudanças sociais e decorrentes problemas, como o aumento da criminalidade. Isso deveria ser compreendido pela divisão do espaço em círculos concêntricos, anéis que delimitam áreas e zonas peculiares.

O núcleo central (“the loop”) seria a base das principais relações da cidade e as demais áreas possuem funções específicas. A segunda área (“zone in transition”), às margens do centro, é a mais problemática, onde há periferias, “ghettos”, desordem e criminalidade.

Há, assim, uma tendência de centralização econômica, cultural e política nas grandes cidades, o que resulta em um processo simultâneo, antagônico e complementar de concentração centralizada e descentralização<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Idem, p. 414

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Idem, pp. 421 e ss.

<sup>46</sup> PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W; McKenzie, Roderick D. **The city: Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment.** Chicago: The University of Chicago, 1925, p. 52.

**Figura 1: Teoria dos Círculos concêntricos.**

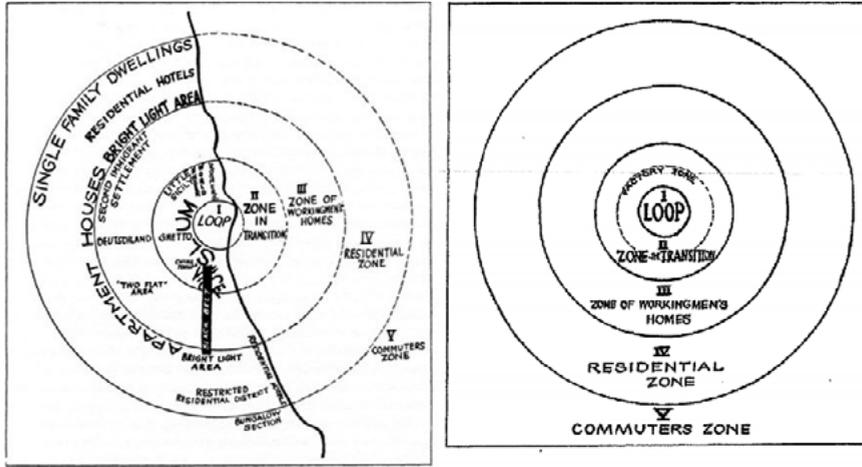


CHART I. The Growth of the City

**Fonte:** Obra “The City”, de Robert Park, Enert Burgess e Roderick McKenzie (1925).

Essa problematização se relaciona com a ideia de organização e desorganização social (concepção da normalidade do crime, não patológico), que é forte no texto e se expressa através de uma analogia biológica: “*These questions may best be answered, perhaps, by thinking of urban growth as a resultant of organization and disorganization analogous to the anabolic and katabolic processes of metabolism in the body*”<sup>47</sup>.

O fato é que a Escola de Chicago, através de uma política de “exclusão de geografias”<sup>48</sup>, teve uma importante função de sustentar a estrutura conservadora da sociedade capitalista, centralizar o discurso da sociologia criminal com enfoque na geografia da cidade e excluir produções acadêmicas importantes, por limitações e preconceitos, principalmente contra negros e mulheres (W.E.B. Dubois e Jane Addams são exemplos de importantes pesquisas ignoradas), visto que Robert Park, professor dominante de Chicago, era reducionista, míope às relações raciais no espaço urbano<sup>49</sup> e defendia a ideia de uma ciência objetiva, apolítica e universalizante.

<sup>47</sup> Idem, p. 53.

<sup>48</sup> SIBLEY, David. **The Geographies of Exclusion: Society and Difference in the West.** London: Routledge, 1995, pp. 119 e ss.

<sup>49</sup> Idem, p. 150.

Apesar desses grandes defeitos, o que se precisa levar em conta é a grande contribuição da Escola de Chicago, que foi a consagração da determinação da cidade como um objeto de pesquisa criminológica específico.

Levando este objeto à criminologia crítica, chega-se à conclusão de que a sociologia urbana no âmbito do estudo dos fenômenos criminais assume contornos predominantemente culturais, em que se destaca uma análise psicanalítica dos medos<sup>50</sup>, das relações entre indivíduos, das imagens das diferenças e do “outro” e das reações sociais e individuais a esses aspectos da cidade capitalista, sobretudo da metrópole capitalista contemporânea.

Por essas razões, é preciso fazer uma integração entre essa leitura culturalista da sociologia urbana e criminal e os fundamentos economia política, que engendra as bases da criminologia radical e realista, para entender e criticar a lógica da operacionalidade da polícia no espaço urbano da cidade do capital monopolista.

O brilhante texto “The Metropolis and Mental Life”, de Georg Simmel, viabilizou uma nova visão do que se pode denominar como a “psicologia da metrópole”, em que a totalidade dos fenômenos da cidade, com destaque à moderna divisão econômica do trabalho, é responsável pela formação de uma nova mentalidade, caracterizada por um “indivíduo intelectual”<sup>51</sup>, de reação racional e defensiva, e que pauta suas relações na impessoalidade.

Predomina a matematização da vida (pensamento calculista) e a indiferença frente aos diferentes e à diversidade de coisas, reduzidas de suas qualidades e padronizadas objetiva e quantitativamente (“money economy”<sup>52</sup>), tendência social moderna de redução das subjetividades a números e objetivações. Reduz-se a subjetividade individual à inserção objetiva das pessoas na estrutura da nova divisão de trabalho, em que as relações econômicas passam a ser a base de todos os elementos da vida social, que ganha expressão na cidade moderna, a metrópole, como seu espaço de manifestação.

---

<sup>50</sup> O próprio David Sibley destaca, em diversos trechos da obra supracitada, a importância de uma leitura cultural do espaço urbano na sociedade contemporânea (página 72) e, também, a relevância extrema da teoria psicanalítica para compreender as relações socio-espaciais na cidade (página 185).

<sup>51</sup> SIMMEL, Georg. **The Metropolis and Mental Life**. In: The Sociology of Georg Simmel, trad. K.H. Wolff. New York: The Free Press, 1950, pp. 12 e ss.

<sup>52</sup> Idem.

Entretanto, há mais que somente indiferença; há uma atitude de “reserva mental” criada na cidade, que resulta em um sentimento individualista e evolui para aversão e repulsão<sup>53</sup> ao estranho. É este ponto que gera preocupação, pois as relações na cidade contemporânea refletem medo e ansiedade em relação ao “outro”, que é diferente e constitui fonte de ansiedades, perigos e ameaças, devido a um jogo de imagens e estereótipos criado culturalmente e reproduzido pelas mídias, como ocorre no caso do racismo cultural e do medo do negro (frequentemente associado ao crime e à desordem) na Europa Ocidental<sup>54</sup>.

Esse jogo de imagens é, em outras palavras, instrumento da sociedade moderna (capitalista), que tem como elemento central e necessário a segregação socio-espacial, para controlar as classes pobres, em uma ideologia de purificação (higiene social)<sup>55</sup>.

Isso é refletido na modelação do espaço urbano conforme as relações de poder: sugere-se a metáfora da “cidade carcerária”<sup>56</sup> para aludir a uma arquitetura urbana semelhante à das instituições totais, cujo modelo é o panóptico de Bentham: as classes excluídas (objeto de controle) nas margens (periferia) e os agentes de controle/poder no centro, em uma distribuição que acentua medos, incertezas e insegurança.

Nessa linha, Jock Young analisa a influência da revolução cultural dos fim do século XX nas transformações sociológicas da cidade, em que as culturas do consumismo e do individualismo geram profundos sentimentos de indiferença e insegurança ontológica<sup>57</sup> no espaço urbano, o que gera, como reação natural, uma espécie de atitude atuarial constante: a gestão de riscos em todos os atos da vida social.

Essa “psique problemática da cidade” se torna ainda pior no atual contexto, em que a tolerância à diversidade se impõe de forma equivocada nas sociedades ocidentais, por meio da ideologia multiculturalista, que, ao invés de integrar, segrega por “essências identitárias”. O essencialismo e a demonização do outro<sup>58</sup> constituem a reação de grupos em relação aos “diferentes”, criando uma sociedade bulímica, que inclui (engole) para excluir (expelir).

---

<sup>53</sup> Idem, p. 15.

<sup>54</sup> SIBLEY, David. Op. cit., pp. 22 e ss.

<sup>55</sup> Idem, pp. 53 e ss.

<sup>56</sup> Idem, pp. 84 e 85.

<sup>57</sup> YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 147.

<sup>58</sup> Idem, pp. 247 e ss.

Essa verdadeira “dialética distópica” entre diferença e indiferença, que “pode facilmente ferver e transbordar em hostilidade aberta”<sup>59</sup>, resulta em casos de violência entre subculturas e, principalmente, em violência estrutural exercida pelos aparelhos de controle formal e informal contra determinados grupos de indivíduos essencializados como inimigos, estereótipos de criminosos perigosos, como ocorre com os traficantes, porque

a cidade é excludente e inquietante em virtude dos modelos de dominação, da falta de reconhecimento ou respeito social, e também, e frequentemente as duas coisas estão entrelaçadas, porque apresenta paisagens de injustiça: de desequilíbrio e desigualdade”<sup>60</sup>.

## 6. O caso de São Paulo

Em consonância com o ensinamento de Young, o processo de urbanização brasileira explica as determinantes da distribuição da população, e, conseqüentemente, da polícia, que deve gerí-la, no território de suas metrópoles, o que deve ser compreendido historicamente.

Da fase colonial até o fim da República Velha (1930)<sup>61</sup>, predominou a formação de vilas sem coesão econômica e espacial e subordinação destas às finalidades da economia agrícola. Essa lógica começa a mudar nos anos 1940, com a intensificação da industrialização e da modernização, iniciada no governo Getúlio Vargas e reforçada a partir de Juscelino Kubitschek, mas o marco significativo da propulsão de integração nacional do território foi 1964<sup>62</sup>, a instauração do regime militar, que orientou um processo concentrador econômico e geográfico, o qual foi guiado de acordo com os princípios de um estado autoritário, o que resultou em uma visão panóptica do território<sup>63</sup>, o qual está sob o duplo controle do estado e das grandes empresas monopolizadoras da concorrência<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Idem, p. 253.

<sup>61</sup> SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 30 e ss.

<sup>62</sup> Idem, pp. 39 e ss.

<sup>63</sup> Idem, p. 109.

<sup>64</sup> O período do regime militar foi de intenso favorecimento do capital estrangeiro e do capital monopolista, desfavorecendo o princípio econômico da concorrência.

Essa “grande ruptura”<sup>65</sup> que se impõe a partir da década de 1960 mescla mudanças econômicas (maior integração e criação de redes e circuitos no território; descentralização da urbanização; crescimento das periferias e suas próprias redes comerciais, relativamente dependentes dos centros) e culturais<sup>66</sup>: a “revolução técnico-científica” da cidade brasileira e o exacerbamento da cultura do consumo na modelação da divisão territorial do trabalho.

Esse movimento se insere na lógica nacional de tendência à aglomeração urbana<sup>67</sup>, chamada de metropolização (poder de atração das metrópoles e seu inexorável crescimento contínuo), que caracteriza dois processos simultâneos e relacionados: a concentração demográfica e a concentração de pobreza, que ocorre em dois níveis - nas metrópoles, como consequência geral e em determinadas áreas periféricas dentro das metrópoles, por conta da necessidade de centros, o fenômeno da centralização.

Existem problemas estruturais interrelacionáveis da cidade brasileira em geral<sup>68</sup>: especulação imobiliária; enorme extensão e seus consequentes vazios urbanos; opção pelo modelo de transporte rodoviário; concentração de infra-estruturas (e a seletividade do poder público em sua alocação, em nome das ideologias do desenvolvimento e do crescimento nacional, que favorecem o capital monopolista da metrópole corporativa); e periferização, resultado lógico de todo esse processo estrutural da metrópole corporativa e fragmentada.

Ao mesmo tempo em que se afirmam constantes do padrão da “cidade brasileira”, como a estrutural redistribuição espacial de classes, há uma extrema diferenciação de cada tipo urbano no país<sup>69</sup>, pois cada metrópole possui suas particularidades, sua divisão territorial do trabalho e seu papel econômico e político no cenário nacional. No caso da região metropolitana de São Paulo, o seu papel de comando informacional<sup>70</sup> e virtual (fruto da revolução técnico-científica) distingue-a das demais áreas do país.

---

<sup>65</sup> SANTOS, Milton. Op. cit., p. 48.

<sup>66</sup> Idem, p. 59.

<sup>67</sup> Idem, pp. 82 e ss.

<sup>68</sup> Idem, p. 106.

<sup>69</sup> Idem, p. 59.

<sup>70</sup> Milton Santos demonstra como, a partir da década de 1970, o advento do capital informacional e a superação do capital industrial tiram a necessidade de concentração de estabelecimentos industriais para o controle das grandes metrópoles, como São Paulo, que adquirem o comando do “tempo da metrópole” como forma de

Não se pode ignorar que cada região e cada cidade possui suas peculiaridades, o que implica a necessidade de cautela metodológica ao analisar os fenômenos criminais em cada localização do país, para que não se faça generalizações grosseiras e equivocadas.

No caso específico de São Paulo, a produção socio-histórica de seu espaço urbano, que se deu com a intensa exclusão do pobre, reproduz algumas permanências das cidades brasileiras, pois a sua formação urbanística foi realizada com base na ocupação desorientada e na falta de planejamento (típico do perfil “semeador”<sup>71</sup> de ocupação do solo urbano, herança colonial), na existência de enormes vazios urbanos, na incongruência da extensão mal utilizada e na forte presença de moradias precárias e regiões suburbanas.

Essa construção histórica vem acompanhada de forte especulação imobiliária e influência do capital (relações de produção, circulação, distribuição e consumo), o que faz com que a massa pobre da cidade seja excluída em direção às margens, devido à enorme infraestrutura e capital alocados intencionalmente no “centro expandido”, o que causa uma divisão desigual da morfologia urbana paulistana e de suas tipologias construtivas.

Com isso, São Paulo (e a metrópole brasileira em geral) é o retrato de uma típica cidade grande de terceiro mundo, que escancara sua modernização incompleta, em que a cidade “nasce moderna” do ponto de vista econômico e está em constante evolução e expansão, porém esta modernização é perversa e, à medida que se expandem as riquezas, aumenta a pobreza, de forma estrutural, como parte da lógica de produção e reprodução do espaço urbano em “ciclos sucessivos de economias e deseconomias”. Tudo isso corrobora para formar uma “metrópole corporativa fragmentada”<sup>72</sup>.

É corporativa porque o foco do Poder Público está no investimento no “crescimento” econômico monopolista e concentrado nas grandes empresas hegemônicas, relegando a periferia e os serviços sociais essenciais ao segundo plano (com a escusa de que “faltam recursos” e sob a

---

poder, a partir da tecnologia e dos meios de comunicação (Ver página 101 da obra já citada “Urbanização Brasileira”).

<sup>71</sup> Referência à diferenciação entre o semeador e o ladrilhador nas ocupações coloniais da América Latina, extraída da inesquecível obra sociológica “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda.

<sup>72</sup> SANTOS, Milton. **Metrópole Corporativa Fragmentada: O caso de São Paulo**. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

proteção da “ideologia do desenvolvimento”<sup>73</sup>), o que está em perfeita conexão com o planejamento urbano, que orienta as infraestruturas e os investimentos públicos de forma seletiva, priorizando as áreas mais ricas. O capital social da cidade é utilizado em privilégio dos capitais particulares concentrados, o que forma uma cidade do capital monopolista e gera profundos impactos na distribuição da polícia no território.

Além de corporativa, é fragmentada, porque há uma série de frações territoriais periféricas imobilizadas pela carência de uma interligação com o centro e com as demais áreas urbanas, o que tem implicações socioeconômicas na vida do trabalhador. Pior que fragmentada, é “desintegrada”<sup>74</sup>, com o degenerativo isolamento do pobre.

Vê-se o retrato de uma “economia segmentada”<sup>75</sup> dentro da metrópole, em que a associação desigual do trabalho no território, fruto da involução metropolitana<sup>76</sup> (acúmulo de pobreza na metrópole), gera a existência de diversos subsistemas de produção, distribuição e consumo (relações econômicas), mediante redes e circuitos de portes diversos e desiguais ao longo de todo o espaço urbano.

Nesse sentido, o problema de São Paulo é exatamente o seu crescimento, pois a forma da expansão da cidade gera a constante expulsão dos pobres, através da especulação imobiliária (valorização diferencial dos terrenos), a áreas cada vez mais periféricas e marginais, enquanto o “centro”<sup>77</sup> se expande e se reproduz<sup>78</sup>. É uma lógica de urbanização que aumenta a pobreza e gera a dependência da periferia para trabalho, infraestrutura, comércio e serviços. Logo, a pobreza desta cidade é intrínseca à sua estrutura.

Para propor alguma intervenção apta a mudar este quadro de metrópole segregada, fragmentada e corporativizada (e seus efeitos político-criminais), deve-se conceber a cidade a partir de uma perspectiva econômico-política: as relações econômicas (produção e distribuição),

---

<sup>73</sup> Idem, p. 104.

<sup>74</sup> Idem, p. 100.

<sup>75</sup> SANTOS, Milton. **Por uma Economia Política da Cidade**. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

<sup>76</sup> Idem, pp. 77 e ss.

<sup>77</sup> Aqui não se faz referência ao centro antigo de São Paulo, mas às regiões centrais, abrangidas pela categoria de “centro expandido”, visto que esta cidade não pode mais ser simplificada na oposição “centro-periferia”.

<sup>78</sup> SANTOS, Milton. **Metrópole Corporativa Fragmentada: O caso de São Paulo**, p. 70

a política e seus mecanismos, os arranjos culturais e, por fim, o espaço urbano, como configuração histórico-geográfica que coloca o conjunto de trabalho morto, passado (infraestrutura existente), e trabalho vivo, presente, em constante interação.

Nesse sentido, constata-se que a “cidade é um grande meio de produção material e imaterial, lugar de consumo, nó de comunicação”<sup>79</sup>.

Diante desse panorama do processo da urbanização brasileira, são destacáveis três grandes fases de segregação social no espaço urbano de São Paulo<sup>80</sup>: a etapa concentrada e pré-industrializada (até a década de 1940); a forma “centro-periferia”, predominante no período de intensa industrialização, urbanização e modernização (1940-1980); e a atual configuração, um novo padrão de segregação espacial, que vem se impondo desde os anos 1980 e supera a forma moderna “centro-periferia”. sendo a grande diferença a presença de “enclaves fortificados”<sup>81</sup>, que permitem a separação social através de muros elevados.

Enquanto a fase concentrada foi caracterizada pela moldagem inicial de um padrão urbano, com o intenso controle da população urbana e políticas republicanas de higienismo e sanitarismo, a fase industrial foi o período de mais intensa modernização e definição do modelo optado na metropolização de São Paulo: a escolha do centro para investimento e privilégio seletivo de infraestrutura (esgoto, coleta de lixo, água encanada, serviços públicos e afins), a expulsão dos pobres para as margens e todas as características estruturais de pobreza e inacessibilidade na cidade, um “período de relativa desatenção às diferenças de classe”<sup>82</sup>.

Diferentemente, as décadas de 1980 e 1990 inauguraram uma nova fase de transformação<sup>83</sup>, marcada por: maior diversidade e heterogeneidade social e cultural; dispersão das classes média-altas e altas; disseminação de favelas e cortiços, como resultado da melhoria da infraestrutura urbana na periferia, que gerou especulação imobiliária e expulsou os pobres novamente; e a acentuação de estereótipos, preconceitos e intolerância, expressão do medo e da sensação de insegurança ontológica resultantes dessas mudanças.

<sup>79</sup> SANTOS, Milton. **Por uma Economia Política da Cidade**, p. 114.

<sup>80</sup> CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora 34 e EDUSP, 2011, p. 211.

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> Idem, p. 230.

<sup>83</sup> Idem, p. 231.

Desta forma, houve uma combinação de processos, que se iniciou com a reestruturação econômica de São Paulo<sup>84</sup>, a qual envolveu a recessão econômica iniciada no regime militar, a consequente queda do setor industrial em todo o estado (principalmente na capital), o aumento do papel do setor terciário e a chegada da tecnologia moderna.

Todas essas mudanças atingiram o espaço urbano<sup>85</sup>, visto que houve: a) o abandono de antigas fábricas (que são convertidas para as mais diversas finalidades ou apenas restam galpões abandonados); b) a descentralização das classes altas; c) o aumento da violência (e do medo); d) a melhoria da infraestrutura urbana em geral e a acentuação da oposição leste-oeste, em que o leste, outrora área de elevada concentração industrial, ficou relegado ao abandono e à habitação dos estratos sociais mais pobres, e o oeste concentrou atividades terciárias, grandes escritórios, pontos comerciais, shopping centers e residências de classes altas.

A consequência mais nítida de todos esses processos foi a remodelação da paisagem urbana para a formulação de um cenário de contraste gritante entre as diversas tipologias construtivas da cidade, porque ocorreu: de um lado, o fenômeno da “favelização” intensa como resultado da especulação imobiliária que valorizou os terrenos da periferia e expulsou os mais pobres<sup>86</sup> para morar em favelas, como o Paraisópolis (no Morumbi), o Heliópolis (no Ipiranga) e o Capão Redondo (extrema zona sul), e cortiços, no Brás, na Liberdade, na Mooca e em outros bairros antigos, cujas construções antigas abandonadas foram reaproveitadas e transformadas em moradias para a população mais pobre; de outro, a debandada das classes ricas do centro em direção a áreas relativamente periféricas para habitar em condomínios fechados, com destaque aos bairros Morumbi e Vila Andrade<sup>87</sup>, que cresceram e se urbanizaram muito em um curto lapso temporal. Esses espaços contrastantes passaram a conviver próximos, tornando-se regiões de heterogeneidade social e de acentuada desigualdade e segregação, o que causa imagens como a seguinte<sup>88</sup>:

---

<sup>84</sup> Idem, pp. 250-251.

<sup>85</sup> Idem, p. 251.

<sup>86</sup> Idem, p. 240.

<sup>87</sup> Idem, p. 243.

<sup>88</sup> Foto de Jorge Maruta (Jornal da USP) – Ilustra a favela do paraisópolis rodeada por prédios de luxo.

**Figura 2: Contraste na cidade de São Paulo - ilustra a favela do paraisópolis rodeada por prédios de luxo.**



**Fonte:** Foto de Jorge Maruta, Jornal da USP (2016).

Esse é o retrato da forma como as sensações de medo e insegurança na cidade influenciam a sua configuração arquitetônica, sendo que o grande “bônus”<sup>89</sup> de morar em enclaves fortificados é a sensação segurança e a ausência de interações sociais com “o outro”.

Os “elementos básicos” formadores desse “novo conceito de moradia”<sup>90</sup> são a segurança, o isolamento, a homogeneidade social e a disposição de serviços sem sair do espaço privado, fatores que são constantemente realçados por anúncios imobiliários de diversas maneiras, sempre com o enfoque nas imagens de segurança *versus* insegurança.

O que é problemático é o fato de a principal característica da lógica da “nova segregação” em São Paulo ser a total negação e rejeição da cidade e do espaço público<sup>91</sup>, através da privatização da experiência da vida pública.

O atual psiquismo social urbano prevaiente dessa experiência nas classes média e alta é movido por intolerância e distanciamento, o que culmina em maior hostilidade às diferenças e em um sentimento

<sup>89</sup> Idem, p. 249.

<sup>90</sup> Idem, p. 265.

<sup>91</sup> Idem, p. 259.

de antipatia pela rua. O resultado disso é a “subversão” e a “destruição do espaço público”<sup>92</sup>, que, privatizado, mina a coexistência com as diversidades e a ideologia do multiculturalismo não sai do discurso politicamente correto e da sua vertente segregacionista e essencialista.

Diante disso, há a configuração da “estética da segurança”, a partir da chegada destes espaços privados de moradia cercados por muros e cercas: “*Eles estão mudando o panorama da cidade, seu padrão de segregação espacial e o caráter do espaço público e das interações públicas entre as classes*”<sup>93</sup>. Não é mais apenas uma questão de segurança, mas de estética e status social<sup>94</sup>, que tem efeitos complexos de restrição do contato entre pessoas e o aumento das tensões, da conflitividade e da violência nas relações interpessoais na cidade<sup>95</sup>.

Entretanto, a modelação estética do espaço urbano<sup>96</sup> não é tanto uma novidade, visto que se trata de um padrão de urbanização iniciado na ideologia higienista social da República Velha, em que a medicina agia na “gestão do urbano, do econômico e do populacional”<sup>97</sup>.

Nessa lógica essencialmente segregativa, “*o medo não é só uma consequência deplorável da radicalização da ordem econômica, o medo é um projeto estético*”<sup>98</sup>, programado para criar estereótipos, jogos de imagens e bulimia social com os excluídos.

Com isso, a ideologia inclusiva multiculturalista se alia ao projeto de Brasil em curso, cuja urbanização “é retrato fiel de sua visão de cidadania: a exclusão permanente das classes subalternas”<sup>99</sup>, o que resulta na “cidadania negativa” dos “*setores vulneráveis*, ontém escravos, hoje massas marginais urbanas”<sup>100</sup>, pessoas a quem é negado o acesso à moradia regular, ao mercado de trabalho e aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

---

<sup>92</sup> Idem, p. 311.

<sup>93</sup> Idem, p. 258.

<sup>94</sup> Idem, p. 294.

<sup>95</sup> Idem, p. 301.

<sup>96</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**: Dois tempos de uma história. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 52

<sup>97</sup> Idem, pp. 162 e 163.

<sup>98</sup> Idem, pp. 75 e ss.

<sup>99</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 40.

<sup>100</sup> Idem, p. 57.

Além de intensificar a restrição de cidadania dos excluídos, essa nova forma de rejeição do espaço público também afeta a “vida dentro dos muros”<sup>101</sup>, porque nem nesses meios há o ideal de comunidade: “*proximidade é uma questão delicada entre os paulistanos, mesmo a proximidade daqueles que supostamente são iguais em termos sociais*”<sup>102</sup>.

Na verdade, o isolamento, para as elites, é positivo e se confunde individualismo com liberdade, o que leva às tendências de rejeição ao centro da cidade e às ruas. Na direção contrária, os pobres têm um maior apreço pelo espaço público, pois buscam participação social, o que constata clara diferenciação cultural de classes na experiência da vida pública<sup>103</sup>.

Apesar de serem específicas de São Paulo, essas características são gerais da metrópole contemporânea, como Los Angeles, a síntese do “antiurbano”<sup>104</sup> e da segregação, cujo formato urbano é descentralizado e polinucleado. As suas características derivam da 3ª revolução industrial e de sua revolução urbana, que implicou a urbanização da periferia e a maior disseminação de enclaves étnicos e segregação racial<sup>105</sup>.

Aparece, assim, o conceito de uma nova forma de espaço público, fragmentado, “não democrático e não moderno”<sup>106</sup>, suportado por uma ideologia de “igualdade universal”

Pode-se, assim, depreender que São Paulo possui um histórico bastante complexo e sobrepõe “várias camadas de experimentos”<sup>107</sup>: um centro velho de estilo neo-clássico, derivado de seu desenvolvimento inicial com base no modelo europeu de valorização do centro; vários projetos de cidade-jardim, derivados de um projeto inglês de áreas verdes e habitações privadas, principalmente na região dos “Jardins”; avenidas grandes ao estilo de Haussmann, como a Avenida Paulista; favelas e periferias pobres de habitações autoconstruídas; e enclaves fortificados, “a mudança mais radical no espaço construído”<sup>108</sup>, que inaugurou o novo padrão de segregação social e quebrou a lógica centro-periferia.

<sup>101</sup> CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Op. cit., pp. 277 e ss.

<sup>102</sup> Idem, p. 285.

<sup>103</sup> Idem, p. 291.

<sup>104</sup> Idem, pp. 329 e ss.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> Idem, p. 337.

<sup>107</sup> Idem, p. 338.

<sup>108</sup> Idem.

Assim, São Paulo não possui um padrão ou um estilo determinado, mas um cenário eclético e misto, que demonstra exatamente a sua falta de planejamento urbano.

Vale ressaltar que o processo recente do “novo padrão” foi simultâneo à democratização, o que cria uma relação paradoxal entre a democratização política e a despublicização da cidade, através do erguimento de muros<sup>109</sup>, o que nos conduz ao desafio de criar um espaço urbano verdadeiramente democrático e superar essa contradição entre os planos formal e real.

## 7. Considerações Finais

Para parar esta indústria do controle do crime<sup>110</sup>, que toma como base o modelo norte-americano, exportador da filosofia da repressão no controle das classes perigosas, com uma série de slogans e políticas, em que se destacam “War on drugs” e “Law & Order”, precisa-se transformar o cerne da atuação policial na cidade, que produz e reproduz a segregação socioespacial, inerente à lógica das funções do Sistema de (in)Justiça Criminal.

Para uma efetiva intervenção, é necessária a compreensão da lógica da estrutura urbana brasileira e das formas de segregação específicas de cada cidade, como em São Paulo, que já não mais simplifica a sua desigualdade em uma relação centro-periferia, mas vê uma tendência de periferização, descentralização da riqueza e crescimento estrutural da pobreza. Essa qualidade fragmentada, corporativizada e excludente da cidade de São Paulo condiciona o atuar seletivo da polícia em seu território.

Em conclusão, o papel histórico da PMSP, essencial na construção socio-espacial segregada da cidade, reproduz-se atualmente na política criminal de drogas, versão contemporânea da expressão do sistema penal na estrutural exclusão urbana as sociedades do capital, o que mostra que essa política é, na verdade, uma guerra beligerante em nome de um direito penal do inimigo, que tem cara, cor, classe e endereço.

A realidade é que isso ocorre porque a polícia é incapaz de realizar a sua proposta de controle do crime e o Estado erra diante do “dilema político” da pós-modernidade<sup>111</sup>, pois tem que tomar uma atitude frente

---

<sup>109</sup> Idem, pp. 325-328.

<sup>110</sup> CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Lereira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

<sup>111</sup> GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, pp. 242 e ss.

ao desenfreado aumento da criminalidade (normalização cultural da criminalidade) e do encarceramento a partir da década de 1970, que proclama o fracasso e a inaptidão do sistema de justiça criminal para suas funções declaradas, principalmente de seu aparato policial, para a redução da criminalidade, situação que só se agrava.

Ao invés de optar pela alternativa de adaptação à realidade de insuficiência da solução policial, a resposta estatal é a negação do fracasso e a atuação policial meramente simbólica para a reafirmação de soberania.

Devido a essa função simbólica e à forte relação entre as categorias “polícia” e “espaço urbano”, há a iminente necessidade de uma concepção verdadeiramente democrática da cidade brasileira, a partir do que Iris Young prevê como o ideal de espaço público democrático moderno<sup>112</sup>: alocação das diferenças e dos diferentes sem assimilação cultural, para rejeitar a ideologia higienista de homogeneização; abertura do espaço público e acessibilidade social à cidade; indeterminação e fluidez nas relações sociais; e busca da real afirmação de cidadania plena (não apenas no plano jurídico-formal).

O Estado Democrático de Direito somente será afirmado de forma coerente em suas dimensões de controle social e urbano quando a qualidade da cidadania for reformulada e a segregação espacial for desestruturada.

Para operar essas mudanças, é preciso pesquisar, analisar e criticar. A principal missão do presente artigo é o seu apelo pelo desenvolvimento de análises criminológico-críticas de qualidade na área da criminologia geográfico-urbana, para desqualificar e tirar de pauta as teorias da “mainstream criminology” que defendem a tolerância zero, a repressão descomedida e a solução repressiva policial. O problema é que, infelizmente, essas teorias realistas de direita viram “beste-sellers” e prevalecem na pauta política, como ocorreu com o famoso artigo “Broken Windows”<sup>113</sup>, de George Keeling e James Wilson, publicado na revista “The Atlantic” em 1982.

Contra essas incoerências, devem prevalecer a seriedade acadêmica e o engajamento político-social da criminologia crítica. É necessário um alinhamento, para superar (e aprender a lidar melhor com) as di-

<sup>112</sup> CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania** em São Paulo. 3ª Edição. São Paulo: Editora 34 e EDUSP, 2011, pp. 307 e ss.

<sup>113</sup> KEELING, George; WILSON, James Q.. **Broken Windows: The police and neighborhood safety**. 1982. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>.

vergências e orientar a comunidade acadêmica aos mesmos objetivos. Para isso, é essencial um fio condutor, o método:

“To avoid gravitating towards a position that is anti-crime, antipunishment and anti-state and sinks into pessimism and impossibilism, one needs to engage in serious discussion of the appropriate role of criminal law and crime control in the post-Fordist era and identify those progressive and positive components that provide protection and support for the weak, the vulnerable and the victimised”<sup>114</sup>.

## Referências

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução e revisão de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois tempos de uma história**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BRUNET, Amadeu Recasens i. Enfoques Histórico-Ideológicos sobre el Concepto de Aparato Policial. In: ZAFFARONI, E. R. et al. **Criminologia y Crítica y Control Social: El poder punitivo del estado**. Argentina: Editorial Juris, 1993.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: LUAM, 1996.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luis Lereira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Edição estabelecida por Michel Senellart: 1ª Edição. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

---

<sup>114</sup> MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. London: Palgrave Macmillan, 2014, p. 155.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W; McKenzie, Roderick D. **The city**: Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago, 1925.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Tradução e revisão de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SANTOS, Milton. **Metrópole Corporativa Fragmentada: O caso de São Paulo**. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma Economia Política da Cidade**. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

SIBLEY, David. **The Geographies of Exclusion**: Society and Difference in the West. London: Routledge, 1995.

SIMMEL, Georg. **The Metropolis and Mental Life**. In: The Sociology of Georg Simmel, trad. K.H. Wolff. New York: The Free Press, 1950.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



<b>Belo Horizonte</b> Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG Tel.: 31 3261 2801 CEP 30140-007	<b>São Paulo</b> Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82 Bela Vista – São Paulo, SP CEP 01310-933
--	---

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, Editora D'Plácido.  
Copyright © 2020, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,  
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

*Editor Chefe* Plácido Arraes

*Editor* Tales Leon de Marco

*Produtora Editorial* Bárbara Rodrigues

*Capa, projeto gráfico* Letícia Robini

*Diagramação* Bárbara Rodrigues  
Nathalia Torres  
Enzo Zaqueu

Este livro foi impresso em papel Off-Set 75g,  
com tipografia Bembo Std 12/14.

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé





ISSN: 2675-5874

DOI: 10.46274/1809-192XRICP