

DA CULPABILIDADE: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA DISCUSSÃO EXISTENTE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA

OF THE CULPABILITY: CONSIDERATIONS FROM THE EXISTING DISCUSSION IN BRAZILIAN DOGMATICS CRIMINAL LEGAL

Andersson Vieira; Fabio Agne Fayet
Centro Universitário da Serra Gaúcha

Resumo: a culpabilidade é um dos institutos jurídico-penais de maior relevância dentro do dogmatismo da área penal, pois, ao longo dos dois últimos séculos foi fruto de inúmeros estudos, bem como sucedeu importante evolução teórica e rompedora epistemológica ao próprio direito penal. O presente estudo, desse modo, tem como objetivo estudar a evolução teórica da culpabilidade e o debate que esse instituto proporciona no âmbito acadêmico brasileiro, no tocante à sua posição na estrutura do delito. Para tanto, a pesquisa aponta como problema de pesquisa e hipóteses a possibilidade de a culpabilidade ser simples elemento de valoração da conduta do agente, portanto, mero fundamento à aplicação da pena, ou, pelo contrário, é requisito imprescindível ao delito, e conjuntamente com a tipicidade e a antijuridicidade forma a teoria tripartida do delito. Para verificar as hipóteses sugeridas e responder ao problema, a pesquisa utiliza-se da metodologia hipotético-dedutiva, e dentro dela, como técnica de pesquisa, a bibliográfico-exploratória. Considerando que a culpabilidade sempre foi objeto de inúmeros debates, tanto na dogmática brasileira, como na estrangeira, a pesquisa justifica-se por contribuir de modo singelo com o debate a respeito.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria do delito. Culpabilidade.

Abstract: the culpability is one of the criminal legal institutes of higher relevance within the dogmatism of the criminal area, because, over the last two centuries was the result of a number of studies, as well as important theoretical and epistemological burst evolution to their own criminal law. The present study therefore aims to study the theoretical evolution of the culpability and the debate that this institute provides under Brazilian academic, with regard to your position in the structure of the offense. To this end, the research points out how search problem and chance the possibility of culpability be simple valuation element of the conduct of the agent, therefore, mere unfounded the application of the penalty, or, on the contrary, it is an essential requirement to the offense, and in conjunction with the typicality and the antijuridicidade form the tripartite theory of the offense. To check the suggested hypotheses and answer to the problem, the search uses hypothetical deductive-methodology, and within it, as a technique of bibliographic research, exploratory. Whereas the guilt always was the subject of numerous debates, both in Brazilian, as in dogmatics, the research is justified for contributing so simple with the debate about it.

Keywords: Criminal law. Theory of the crime. Culpability.

1. Introdução

O dogmatismo penal, durante os dois últimos séculos, apresenta-se em constante evolução, por conta do desenvolvimento e superação de teorias relativas às diversas questões inerentes ao Direito Penal. Dentre tantas teorias e estudos realizados no mencionado tempo, podem ser destacadas, por exemplo, as evoluções inerentes às teorias da ação, do dolo, da culpabilidade e também da pena, com inúmeros estudos apresentados por estudiosos de diferentes países, sempre em busca do aperfeiçoamento e explicação da dogmática penal relacionada ao fenômeno do delito.

O instituto jurídico-penal da culpabilidade, como apontado, também foi fruto de constantes e importantes estudos dogmáticos a respeito de sua conceituação e local dentro da teoria do delito. Fruto de diversos debates acadêmicos, tanto na doutrina alemã, como na de outros países, a culpabilidade apresenta-se, em verdade, como um instituto ainda não acabado. Dentre os debates existentes, menciona-se, para fins da presente pesquisa, o verificável na doutrina brasileira, relacionado à situação da culpabilidade no tocante à teoria do delito.

Ocorre que, ao estudar a dogmática-penal brasileira relativa ao conceito de crime, nota-se que existem duas correntes com posicionamentos e argumentos diferentes no que tange à posição topológica da culpabilidade na teoria do delito. Para a primeira corrente, que adota a teoria bipartida, o delito é apenas fato típico e ilícito; já para a segunda corrente, cujos defensores adotam a teoria tripartida, o estrato do crime inclui a culpabilidade. Dessa forma, levanta-se o seguinte questionamento para fins da presente pesquisa: a culpabilidade é simples pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartida), ou integra o conceito de crime (teoria tripartida)?

Para responder ao problema de pesquisa sugerido, são arguidas duas hipóteses, a serem confirmadas ou não a partir do estudo que será realizado infra: a primeira hipótese sugere que a corrente bipartida possui razão, ao fundamentar que a culpabilidade está ligada apenas e tão somente à pena, e não faz parte da teoria do delito; a segunda hipótese sugerida, por sua vez, diz respeito à teoria tripartida, apontando que a culpabilidade está inter-relacionada com os demais elementos do delito, e assim sendo, a primeira teoria acaba por não possuir fundamento axiológico na dogmática-penal doméstica.

Assim, o principal objetivo da pesquisa, em suma, é o estudo do instituto da culpabilidade e suas nuances na dogmática brasileira, e especificamente, a verificação das

hipóteses levantadas, flutuando pelas duas posições doutrinárias mencionadas, a fim de trazer ao texto os argumentos necessários para a confirmação ou não das hipóteses. Impende destacar, ainda, que prefacialmente ao debate dogmático sugerido, será realizado, embora em breves laudas, referência ao conceito de culpabilidade, bem como sua evolução teórica, até culminar na atual formulação do instituto jurídico-penal.

Sabendo que o debate acadêmico é por assaz importante à evolução do conhecimento científico relacionado à dogmática jurídica, mormente quando se trata de questões que envolvem o Direito Penal, a presente pesquisa, justifica-se, portanto, academicamente por contribuir ao debate sobre a culpabilidade e sua alocação na teoria do delito. Por oportuno, insta ressaltar que há pretensão alguma em esgotar o tema, e sim, contribuir, até porque, a culpabilidade é elemento de inesgotáveis debates.

Para a realização da pesquisa, a metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva – por apresentar hipóteses a serem verificadas –, e dentro desta forma metodológica, tem como técnica de pesquisa a bibliográfico-exploratória, pois se utiliza de textos dogmáticos para construção do texto, tanto de autores brasileiros, quanto de estrangeiros.

2. Considerações preliminares: conceito de culpabilidade e evolução dogmática

A presente pesquisa, como exposto nas linhas introdutórias, pretende estudar as correntes teórico-dogmáticas que dão contornos diversos à culpabilidade no Direito Penal brasileiro. Assim, é por assaz importante compreender, antes de adentrar ao debate, em qual estágio encontra-se a culpabilidade, e como está sediada na dogmática brasileira. Desse modo, o presente tópico serve a isso, expor, embora de forma não extensa, a evolução dogmática da culpabilidade, sem descuidar, no entanto, a diferenciação entre as expressões culpa e culpabilidade.

Com efeito, cabe esclarecer, inicialmente, que a palavra culpa apresenta os mais diversos significados possíveis, sendo, dessa forma, aplicável às diversas áreas do conhecimento, como filosofia, psicologia, religião e direito.¹ Nesse sentido, Tangerino refere que, “pode-se afirmar que a ideia de culpa está associada à de responsabilidade, de caráter

¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

duplo: trata-se de tornar o agente responsável por sua ação e, conseqüentemente, pelos resultados dela advindos”².

Nada obstante, nota-se, também, que usualmente a palavra culpa, de onde provém a expressão culpabilidade, é de uso corriqueiro, pois, utilizada a todo instante, “na linguagem comum, para imputação de a alguém de um fato condenável”³, como assevera Toledo. Assim, consoante afirma o autor, “o tema culpa adquire, pois, na linguagem usual, um sentido de atribuição censurável, a alguém, de um fato ou acontecimento”⁴. Exemplificando, Tangerino narra o seguinte:

Em outras palavras: a atribuição de culpa tem sempre em vista a busca de *status quo ante*. No âmbito da religião, o reconhecimento da culpa inspira o pedido de perdão, que conduz o pecador novamente ao estado de pureza; no da psicologia, a culpa conduziria o autor à busca inconsciente de uma punição, por meio da qual a equação seria novamente equilibrada; no Direito penal, a culpa é a porta para a pena que serve como uma compensação.⁵

Assim, no tocante ao aspecto jurídico, a expressão culpa assume a denominação de culpabilidade, uma vez que, e novamente remetendo à lição de Tangerino, “em sentido técnico-jurídico culpa é sinônimo de negligência, fiel à tradição romana que conhecia três modalidades de produção de resultado: a título de dolo, culpa e acaso”⁶, daí que, “o juízo de responsabilidade em face da ação e das suas conseqüências, assim, acabou recebendo outra denominação: a de culpabilidade”⁷.

Portanto, no âmbito do direito, ao referir-se sobre a culpabilidade, fala-se de conceito normativo, resultado de longa evolução dogmático-doutrinária, vinculado, ainda, ao princípio da culpabilidade, expresso na máxima latina *nullum crimen sine culpa*, o qual norteia a ideia de imputação ao agente.⁸ Este princípio, conforme Batista, “deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”⁹; ainda, que “deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja

² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 607.

⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível”¹⁰. A partir desta conceituação, refere-se, portanto, que a culpabilidade funciona como fundamento e limite da pena, pois é a partir dela que se contatará se ao agente que cometeu determinado fato ilícito e antijurídico, se pode opor certa pena dentro dos parâmetros legais.¹¹

Por ser instituto jurídico de relevante estudo para a dogmática penal, a culpabilidade vem sendo objeto de substanciais apontamentos e alterações ao longo das últimas décadas, quiçá, do último século, tendo em vista que, por conta dos variados estudos apresentados, sofreu formulações diversas, chegando ao estágio atual, adotado pela doutrina brasileira, onde prepondera que a culpabilidade é formada pela imputabilidade, pelo potencial conhecimento da ilicitude e pela inexigibilidade de conduta diversa.¹² Na mencionada evolução teórica, até chegar ao atual estado da arte, culpabilidade seguiu caminho pela teoria causal-naturalista, passando à teoria psicológico-normativa, posteriormente à teoria normativa pura da culpabilidade, todas explicitadas nas linhas infra.

Para a teoria causal-naturalista, o delito dividia-se em duas partes, uma externa e outra interna; na parte externa, situavam-se a ação típica e antijurídica, e na interna, encontrava-se a culpabilidade, onde se aferiam os elementos subjetivos do agente.¹³ Para esta teoria, portanto, o dolo e a culpa eram eles próprios duas espécies de culpabilidade.¹⁴ Nesse sentido, Greco expõe que:

¹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

¹¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

¹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

¹³ A respeito da teoria causal-naturalista, importa trazer de Lizst, um de seus formuladores: “I. Para podermos fixar a ideia do injusto, devemos investigar qual é o conjunto de circunstâncias a que a ordem jurídica liga os efeitos do injusto. As circunstâncias que são a condição para que siga um efeito jurídico consistem sem exceção alguma em fatos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os efeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados fatos. As circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos, que independam da vontade humana, mas somente ações humanas. II. Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos de que se compõe a ideia e ação e, portanto, a de crime: ao de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. (LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 217-218).

¹⁴ GRECO, Rogério. **Direito penal: lições**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

Mais do que elementos, dolo e culpa eram espécies de culpabilidade. A imputabilidade era tido como um pressuposto da culpabilidade. Antes de aferir dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o agente era imputável, ou seja, capaz de responder pelo injusto penal por ele levado a efeito. Os elementos subjetivos eram responsáveis pelo estabelecimento da relação psicológica entre o autor e o fato.¹⁵

Dessa forma, a culpabilidade assentava-se em elementos puramente psicológicos, sem qualquer ingrediente de ordem normativa, de forma que, questionava-se apenas se determinada conduta havia ou não causado o resultado, e se havia relação psicológica entre a conduta e o resultado, assim, para Zaffaroni, “dentro deste conceito, a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação”¹⁶

A culpabilidade restava caracterizada, em síntese, como assevera Callegari, “como uma relação de causalidade psíquica entre o autor e seu fato”¹⁷, ou seja, ainda na lição do autor, “o delito aparece, pois, como resultado de uma dupla vinculação causal: a relação de causalidade material, que dá lugar à antijuridicidade, e a conexão de causalidade psíquica, em que consiste a culpabilidade”¹⁸. Diante dessas considerações, pode-se afirmar, na lição de Greco, que a culpabilidade “queria significar o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido, razão pela qual esta teoria passou a ser reconhecida como uma teoria psicológica da culpabilidade”¹⁹. Sobre este conceito, de forma elucidativa, Santos leciona o seguinte:

O conceito psicológico de culpabilidade contém dois elementos: a) a imputabilidade, capacidade geral de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de menoridade ou de doença mental; b) a relação psicológica do autor com o fato, como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação do fato por imprudência, imperícia ou negligência.²⁰

¹⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 603. Além do ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli, Toledo expõe que “a culpabilidade esgota-se nestas duas púnicas relações que se supunha pudesse existir entre o agente e seu fato: o dolo e a negligência. Dentro de tal construção, o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade, pois não se enxergava nesta última outro elemento além dos dois primeiros. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219-220.)

¹⁷ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175.

¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 152.

A teoria psicológica, todavia, apresentava questões não esclarecidas, passando, desse modo, a sofrer críticas, por deixar de esclarecer, por exemplo, a questão relativa aos delitos culposos, tendo em vista que, não havia forma, pela aplicação da teoria, de explicar a relação psicológica nestes delitos.²¹ Além do mais, como assenta Santos, “os defeitos do conceito psicológico determinaram seu abandono: a relação psíquica do autor com o fato não existe na imprudência inconsciente; a estrutura psicológica do conceito é incapaz de compreender as hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso”²².

Devido às dificuldades apresentadas pela teoria psicológica, idealizada, como apontado, a partir da teoria causal-naturalista, foi desenvolvida, então, a chamada teoria psicológico-normativa, a qual promoveu alterações no conceito e elementos integrantes da culpabilidade. A partir desta nova formulação dogmática, conforme ensinamento de Toledo, “o dolo e a culpa *strictu sensu* deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos dela”²³, assim, continua o citado autor, “a culpabilidade se enriquece, pois, com novos elementos – o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme a norma”²⁴. Nesse viés, de acordo com Greco,

Agora, para que o agente possa ser punido pelo fato ilícito por ele cometido, não basta a presença dos elementos subjetivos (dolo e culpa), mas sim que, nas condições em que se encontrava, podia-se-lhe exigir uma conduta conforme o direito. O conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma passa a refletir-se sobre toda a culpabilidade. Com a introdução desse elemento de natureza normativa, os problemas que anteriormente não conseguiam ser solucionados pela teoria clássica, *v.g.*, o da coação irresistível, a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e o estado de necessidade exculpante já poderiam ser tratados no campo

²¹ Conforme Zaffaroni, “o conceito de culpabilidade como relação psicológica não serve para explicar a culpa inconsciente, e por isto alguns pensaram que a culpa inconsciente não é um problema do direito penal. Por outro lado, este conceito de culpabilidade enfrenta um sério problema: o doente mental, por exemplo, age com uma relação psicológica, de modo que não se poderia negar a existência do delito em sua conduta. Alguns tentam contornar este inconveniente, afirmando que a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade, o que, evidentemente, não é correto, porque o mais frequente será que o doente mental aja com capacidade para uma relação psicológica, isto é, para o dolo. Outros, em franca minoria, são mais coerentes quanto ao sistema que defendem e afirmam que a inimputabilidade é uma simples causa de exclusão da pena, mas não do delito. O certo é que o problema da culpa, tal como o da imputabilidade, não podia ser satisfatoriamente resolvido dentro desta concepção. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 603-604.)

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 152.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

da culpabilidade, tendo em vista o conceito de inexigibilidade de conduta conforme a norma.²⁵

Inobstante, calha salientar, ainda, que a teoria assume este nome – psicológico-normativa –, por manter os elementos subjetivos – dolo e culpa –, agregando-se, junto a eles, elementos normativos – imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa –. Desse modo, tal teoria, em verdade, é uma evolução teórica dentro do sistema causal, e não uma superação propriamente dita.²⁶ Com efeito, o conceito psicológico-normativo de culpabilidade, resta definido, então, na lição de Santos, da seguinte forma: “a) imputabilidade; b) relação psicológica do autor com o fato, como dolo ou imprudência; c) exigibilidade de comportamento diverso, fundada na normalidade das circunstâncias do fato”²⁷.

Apesar da evolução dogmática vislumbrada pela teoria psicológico-normativa, a culpabilidade ainda apresentava internamente elementos subjetivos – dolo e culpa –, devido, sobretudo, de a teoria ainda estar fundada no sistema causal. Assim, em superação à teoria causal-natural, foi apresentada, por Welzel, a chamada teoria finalista, cuja redefinição do conceito de ação teve resultados na culpabilidade enquanto elemento integrante da teoria do delito.²⁸ A respeito da teoria finalista, Welzel, idealizador dela, explica o seguinte:

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, um acontecer finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se basa em que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prevê, em determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según um plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está em condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es um actuar dirigido concientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.²⁹

²⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 353.

²⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 355.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 153.

²⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 355.

²⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

A teoria finalista, então, expõe que a ação humana é voltada a um fim, ou seja, a conduta é realizada visando uma finalidade, independentemente se lícita ou ilícita, e desse modo, o dolo não poderia mais ser analisado dentro da culpabilidade, sendo, portanto, transportado para a tipicidade – surgindo, então, a teoria normativa da culpabilidade.³⁰ Para Welzel, “la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivo-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad”³¹, assim, continua o autor, “ninguno de los elementos anteriores se ha perdido, pero cada uno pasa a ocupar su lugar más adecuado, sobre la base de la comprensión de la estructura finalista de la acción, con lo cual nos capacitamos para las soluciones más correctas”³².

Com isso, a teoria normativa afastou definitivamente os elementos anímicos – dolo e culpa – da culpabilidade, deixando-a constituída tão somente por elementos normativos – imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, restando, assim, limitada à reprovabilidade ou censurabilidade conquanto observados cada um destes elementos para se realizar o juízo de reprovação ao agente.³³ Em síntese, os estudos

³⁰ Em complemento, importa expor lição de Greco, ao expor o seguinte: A teoria finalista modificou enormemente o sistema causal. A começar pela ação, como vimos, que agora não mais podia dissociar-se da sua finalidade. Toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não mais podia ser analisado em sede de culpabilidade. Welzel o transportou para o tipo, dele afastando a sua carga normativa, isto é, a consciência sobre a ilicitude do fato. O dolo finalista é um dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração. Na verdade, o elemento subjetivo foi conduzido para a ação. É através da ação que percebemos a finalidade do agente. A adequação da conduta ao modelo abstrato previsto pela lei penal (tipo) somente pode ser realizada com perfeição se conseguirmos visualizar a finalidade do agente. (GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 356.)

³¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 151-152.

³² WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 151-152.

³³ A respeito dos elementos constitutivos da culpabilidade no finalismo, Callegari expõe o seguinte: “Concretamente, o conteúdo da culpabilidade fica no finalismo constituído pelos seguintes elementos: 1) À imputabilidade, sob esta denominação, incluem-se aqueles requisitos que se referem à maturidade psíquica e à capacidade do sujeito para se motivar (idade, doença mental). É evidente que, se não se tem as faculdades psíquicas suficientes para pode ser motivado racionalmente, não pode haver culpabilidade. 2) A possibilidade de conhecimento da antijuridicidade ou potencial consciência da ilicitude. O dolo passa ao injusto somente como “dolo natural”, porque não inclui o conhecimento da proibição (que no causalismo pertence ao dolo como *dolus malus*). O exame deste aspecto fica para a culpabilidade, mas não já com um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, senão como possibilidade, normativamente determinável, de dito conhecimento. Deve-se comprovar se o sujeito podia conhecer a proibição do fato, enquanto condição de poder adequar a conduta à norma. A falta de dita possibilidade não exclui, pois, o dolo, senão que exclui a culpabilidade (erro de proibição invencível). 3) Exigibilidade de conduta diversa. Exige-se que nas circunstâncias do fato o sujeito tivesse a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar o comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido”. (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 178-179.)

realizados e apresentados pelo finalismo decantaram o dolo e a culpa da culpabilidade, realocando-os na tipicidade. De forma precisa, Santos leciona que a culpabilidade, por consequência, “é reprovação de um sujeito imputável (o sujeito pode saber [e controlar] o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito sabe, realmente, o que faz) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz), um tipo de injusto”³⁴.

Fechando o presente tópico, pode-se afirmar, então, que a culpabilidade atualmente está lastreada na teoria normativa, desenvolvida a partir do finalismo de Welzel, cuja dogmática separou os elementos psicológicos dos normativos, deslocando os primeiros para a ação, deixando, portanto, a culpabilidade formada apenas e tão somente com os elementos de cunho normativo. Desse modo, como já exposto, e oportuno destacar novamente, a culpabilidade adotada no sistema jurídico-penal brasileiro está composta pelos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, requisitos que, necessariamente precisam ser observados – junto a outros elementos da teoria do delito – para verificar se é possível opor reprimenda penal ao agente.³⁵

3. Da culpabilidade como simples pressuposto para aplicação da reprimenda penal

Há, na dogmática penal brasileira, determinada posição em relação à culpabilidade, em relação à teoria do delito, que aponta, segundo seus expoentes, que o delito é constituído apenas pela tipicidade e antijuridicidade, restando, desse modo, a culpabilidade como simples requisito de aplicação da pena.³⁶ Inicialmente, na doutrina nacional, quem assumiu tal posição foi Jesus, ao expor, em seus escritos, que o delito é somente fato típico e antijurídico, ou seja, verificado sob o viés analítico, é conceituado de caráter bipartido.³⁷ Portanto, nesta concepção, a

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 153.

³⁵ Por todos, ver a rica e atualizada obra sobre a culpabilidade, na qual Tangerino conclui o seguinte: “prepondera na doutrina brasileira que a culpabilidade seja, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, uma das categorias do delito. Trata-se de um juízo de reprovabilidade dirigido contra aquele que escolheu agir em contrariedade ao ordenamento jurídico. Compõe-se da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa”. (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.)

³⁶ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19; JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 133; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

³⁷ JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 133.

culpabilidade é simples pressuposto à aplicação da pena, ou seja, elemento unicamente de reprovação ao agente que cometeu um fato típico e antijurídico.

O deslocamento da culpabilidade para fora da estrutura do delito, surge, apesar da inicial posição de Jesus, a partir dos apontamentos realizados por Dotti, ao lecionar, segundo seu entendimento, “que o delito é ação tipicamente antijurídica, não sendo necessário analisar a culpa do agente, para considerar se determinada ação pode ser considerada como criminosa ou não”.³⁸ Sem embargo, Dotti ainda menciona que,

A persistência em fazer da culpabilidade um elemento do crime releva o efeito de antiga compreensão quando se procurava separar antijuridicidade e culpabilidade mediante o critério objetivo-subjetivo. Anota Welzel que frente àquela ideia, ao injusto deveriam pertencer, exclusivamente, os caracteres externos da ação, enquanto os elementos anímicos deveriam constituir a culpabilidade. Segundo o mesmo escritor, o fundamento doutrinário dessa concepção decorria do conceito de ação causal que separava (como fatias) a ação – como simples processo causal objetivo – do conteúdo vontade. Penso que também um aspecto de natureza política tenha interferido para a montagem daquele esquema sustentado que a culpabilidade seria um elemento do delito. Tratava-se de salvaguarda a liberdade individual contra os atentados oriundos da responsabilidade objetiva. Assim, a partir do momento em que a inteligência do crime não prescinde de um requisito interno, haveria maior garantia contra o arbítrio, principalmente quando o princípio da reserva legal ainda não funcionava amplamente como critério limitador do poder estatal à punição. Atualmente não se pode mais considerar o delito em função dos segmentos propostos pelas teorias da causalidade material e moral, através das quais a ação, a tipicidade e a antijuridicidade seriam manifestações da relação física, enquanto a culpabilidade seria expressão da relação psíquica. As conexões entre a culpabilidade e a pena têm determinado várias pesquisas, notadamente quanto aos critérios da proporcionalidade e da personalidade, de maneira a justificar a conclusão de Mezger lançada há vinte anos: ‘La investigacion de todos los presupuestos subjetivos de la pena, constituye la especial misión de la teoria jurídico penal de la culpabilidad’. Também Welzel, após o estudo dos elementos da reprovabilidade, destacou um dos itens para considera-lo como um pressuposto da pena. Por outro ângulo, mas igualmente como indicação para a tese que sustento, Roxin salienta que a culpabilidade – como uma das categorias sistemáticas fundamentais – vem acunhada do ponto e vista político-criminal, pela teoria dos fins da pena. É muito importante o trecho de sua doutrina quando salienta a dificuldade em se resolver o problema das discriminantes putativas que não eram enquadradas satisfatoriamente no âmbito da teoria da ação, nem por uma estrutura do dolo e nem por outro tipo de deduções lógico-conceituais.³⁹

Seguindo esse entendimento, a própria teoria normativa pura da culpabilidade, embasada na teoria da ação finalista, de Welzel, colocaria a culpabilidade apenas como juízo de reprovação ao agente, e para a configuração do delito, não precisaria mais que a

³⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

demonstração da adequação da conduta da conduta ao tipo legal – tipicidade –, e que a conduta realização não seja abarcada por alguma das causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal).⁴⁰ Nota-se, dessa forma, que ao adotar este entendimento, refutando a teoria tripartida do delito, esta corrente dogmática entende ser prescindível a culpabilidade à existência do delito, até porque, conforme expõe Mirabete,

No conceito analítico de crime, a conduta abrange o dolo (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a culpa em sentido estrito. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como “fato típico e antijurídico”. O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houve culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena.⁴¹

Para este viés dogmático, a culpabilidade é, ao fim, apenas a contradição entre a vontade do agente e a vontade normativa, e de modo algum é característica, elemento ou aspecto inerente ao delito, mas sim, mera reprovação da conduta realizada.⁴² Nada obstante, o debate apresentado não se encerra apenas no aspecto dogmático sobre a teoria do delito, mas, ainda, estende-se consideravelmente no tocante a termos existentes no Código Penal, uma vez que, conforme este setor da doutrina, ao observar atentamente o estatuto repressivo penal, a culpabilidade resta desnecessária à configuração do delito, pois, em sendo este apenas fato típico e antijurídico, a culpabilidade serve apenas como nexo de ligação entre a punibilidade e o agente.⁴³ Para Dotti,

A proposição de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não um elemento do delito, encontra ressonância em nosso ordenamento positivo, quando o Código vigente trata de algumas causas de isenção de pena. Ao disciplinar uma face da inimputabilidade, diz o art. 22: ‘É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’. Assim também ocorre quando a lei se refere à embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, isentando de pena o sujeito que, ao tempo da conduta, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato (§1º, inc. II, art. 24). O mesmo se diz do art. 17: ‘É isento de pena

⁴⁰ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

⁴³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

quem comete o crime por erro (...)'. O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.⁴⁴

O embasamento desta concepção dogmática – culpabilidade como simples pressuposto à aplicação da pena –, está, por exemplo, no delito de recepção, formulado no artigo 180 do Código Penal. Neste viés doutrinário, quando o agente, considerado inimputável (sem culpabilidade), furta determinado objeto e repassa a terceiro, este último, se apreendido for, agiu sem culpabilidade, e sua ação (do receptor), foi apenas ilícita e antijurídica, tendo em vista que o primeiro agente (que realizou o furto) agiu abarcado pela inimputabilidade penal. A respeito disso, Dotti aponta que,

A proposição de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não um elemento do delito, encontra ressonância em nosso ordenamento positivo, quando o Código vigente trata de algumas causas de isenção de pena. Ao disciplinar uma face da inimputabilidade, diz o art. 22: 'É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento'. Assim também ocorre quando a lei se refere à embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, isentando de pena o sujeito que, ao tempo da conduta, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato (§1º, inc. II, art. 24). O mesmo se diz do art. 17: 'É isento de pena quem comete o crime por erro (...)'. O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.⁴⁵

Resultado desse entendimento, portanto, é que para o legislador, no momento de criar o Código Penal, optou-se por compreender-se o crime, em seu conceito analítico, apenas como fato típico e ilícito, não estando a culpabilidade abarcada na teoria do delito.⁴⁶ Dessa forma, o crime seria, pela adoção da teoria bipartida, apenas a soma da tipicidade com a antijuridicidade, e a culpabilidade o elemento de reprovação ao agente que agiu em desacordo com a norma penal, querendo o resultado, e não sua conduta não está abarcada por qualquer causa de antijuridicidade.⁴⁷

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 338.

⁴⁷ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 36.

4. Da culpabilidade como elemento integrante da teoria do delito

De outro lado, contrária à concepção de que a culpabilidade é simples requisito de aplicação da pena, há, na doutrina brasileira, corrente majoritária a qual compreende que o delito está formado de forma tripartida (fato típico, ilícito e culpável).⁴⁸ Para este setor da doutrina, importa compreender, antes de tudo, que o delito é uma construção analítica, realizada a partir da resposta a questionamentos, como, por exemplo, se a conduta é humana, ilícita, e ainda, se o seu autor é culpável.⁴⁹

Nesse sentido, pode-se referir que o delito será, pois, todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena, evidenciando assim, que o ilícito penal pressupõe uma censura, ou seja, o delito não pode ser outra coisa senão o fato humano contrário à lei, e que, ao ser cometido, resultará em uma sanção penal ao agente, quando verificado que este obrou com consciência da ilicitude e que podia agir de modo diverso.⁵⁰ A respeito disso, Zaffaroni e Pierangeli mencionam:

O conceito do delito como conduta típica, antijurídica e culpável – que desenvolvemos – elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si,

⁴⁸ Por todos: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 388-392.

⁴⁹ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, e houve ou não delito. Em primeiro lugar, devemos perguntar se houve conduta, porque, se falta o caráter genérico do delito, então nos encontramos diante de uma hipótese de ausência de conduta e não se deve formular qualquer outra pergunta. Em seguida, devemos indagar pelos caracteres específicos, mas também aqui devemos seguir a ordem indicada, porque, se concluímos que a conduta não está individualizada em tipo penal, não faz sentido averiguar se está permitida ou se é contrária à ordem jurídica e menos ainda se é reprovável, posto que jamais será delito, mesmo que amas as respostas sejam afirmativas. Estaremos diante de um caso de falta de tipicidade, que se denomina atipicidade (a conduta é atípica). Se estamos lidando com uma conduta típica, caberá então indagarmos se esta conduta é antijurídica, porque, em caso negativo, não tem sentido perguntar-se pela culpabilidade, visto que o direito não se ocupa da reprovabilidade das condutas que não são contrárias a ele (que está justificadas). Somente quando temos uma conduta típica e antijurídica (um injusto), é que tem sentido perguntar-se se esta conduta é reprovável ao autor, isto é, se é culpável, nos casos de inculpabilidade, o injusto não é delito. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 390-391.)

⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 281.

enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.⁵¹

A partir desse conceito, lê-se que o delito é o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que se possa aplicar a pena ao agente que comete uma conduta considerada ilícita, sendo assim, impensável construir o arcabouço do ilícito penal sem a existência de um dos seus elementos – ação típica, antijurídica e culpável.⁵² Ou seja, os elementos da teoria tripartida do delito encontram-se em constante inter-relação, uma vez que, de acordo com lição de Tavares, há uma inegável interação, visivelmente no que tange à subjetividade, não se vislumbrando aceitável ver-se qualquer dos elementos afastados, porque, acontecendo isso, caminhar-se-ia a uma postura contraditória em si mesma, ou seja, não se encontraria, portanto, o juízo de culpabilidade normativa desligada do fato, o qual recairia isoladamente sobre o sujeito.⁵³ Ademais, de acordo com Brandão, “só se pode fazer o juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade; só se pode fazer o juízo de culpabilidade se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade”.⁵⁴

Frise-se, ainda, que afastar a culpabilidade da estruturação do delito pode acarretar no esvaziamento do ilícito penal, uma vez que, de acordo com Teotônio, o direito penal trabalha com o conceito de culpa, e esse elemento é mais que necessário, é exigível para que se possa pensar em aplicar qualquer sanção penal ao agente, portanto, separar a culpabilidade da estrutura do delito pode ser o mesmo que esvaziar o conceito ilícito penal.⁵⁵ Além do mais, dizer que a culpabilidade não integra o delito é, em última análise, asseverar que o crime não pressupõe censura, possibilitando, com isso, o inconveniente de se imputar uma prática criminosa ao agente, cuja conduta realizada não é censurada pelo ordenamento jurídico.⁵⁶ É dizer, de acordo com Greco, que “o crime é, certamente, um todo unitário e indivisível”,⁵⁷

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 392.

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80-81.

⁵³ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 109.

⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 130.

⁵⁵ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁵⁶ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

portanto, “ou agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal”.⁵⁸

Dessa forma, não há fundamento para romper com a teoria tripartida do delito, retrocedendo na evolução dogmática e afastando a culpabilidade para fora da teoria do delito, porque, ocorrendo isso, o argumento se torna ilógico, tendo em vista que a análise da culpabilidade é uma consequência lógica, na sequência de questionamentos que devem ser realizados para verificar se há crime ou não.⁵⁹ Não obstante, equivocada também é a visão de que o Código penal brasileiro aponta que o delito é apenas fato típico e ilícito, nesse sentido, cabe expor a preciosa lição de Teotônio, que embora extensa, explica:

Outrossim, igualmente equivocada a ideia de que o Estatuto Penal pátrio, ao usar as expressões “não há crime” e “é isento de pena”, posicionou-se no tocante à culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena, retirando-a da teoria geral do delito. Primeiro, porque tal é função da doutrina e não do legislador. Observe-se, que em nenhum momento a nova Parte Geral do Código Penal, trazida pela Lei 7.209/84, se posicionou no tocante à culpabilidade na teoria do crime, limitando-se a acolher a teoria normativa-pura, em razão dos postulados do finalismo. Segundo, porque o Código Penal brasileiro não possui um sistema concatenado no que toca ao uso das expressões mencionadas, sendo assistemático em relação a elas. Basta, para comprovação a citação do art. 181 do *Codex*, que trata das escusas absolutórias nos crimes patrimoniais, *in tribus verbis*: “é isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal...”. Há inteiro consenso nesse caso, especialmente dos defensores de que a expressão “é isento de pena” diz respeito à exclusão da culpabilidade, que ela, culpabilidade, resta inabalada, operando-se apenas a extinção da punibilidade, à vista da escusa, que possui a mesma natureza jurídica das demais causas extintivas previstas no art. 107 e incisos do CP. Outro exemplo é encontrado na disciplina do erro jurídico penal, porquanto o Código Penal usa expressões idênticas para o tratamento logicamente diferenciado que dá para o erro de tipo e o de proibição. Confirmam-se os dispositivos do § 1º do art. 20, que diz respeito ao erro de tipo e o *caput* do art. 21, que trata do erro de proibição. Ambos usam a expressão “isenta de pena”. O erro de tipo incide sobre o fato concreto com reflexos no fato típico, operando-se, se for essencial, sua exclusão, permitindo a punição a título de culpa, se vencível, desde de que haja previsão. Já o erro de proibição versa sobre a ilicitude, contradição entre o fato e a norma, que exclui a culpabilidade por não ser possível ao agente, pelo erro, conhecer, mesmo que potencialmente, que sua conduta é proibida. Utilizou o legislador, dessa forma, expressões sinônimas para referir-se à exclusão do fato típico, tido como elemento do crime; e a culpabilidade, tida para os defensores da corrente bipartida, como pressuposto da pena. Significa tal, que o feito da lei tão-somente por usar da expressão “isento de pena” ao tratar do erro de tipo, quis dizer que o fato típico é pressuposto de aplicação da pena? E mais: ao disciplinar a coação moral irresistível e a obediência hierárquica no art. 22 do CP, não usou o legislador da expressão “isento de pena”, limitando-se a tipificar que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Porque não usou da expressão referida

⁵⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

“isento de pena”, não são os institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica excludentes da culpabilidade? Ainda, qual seria a diferença entre as expressões “não se pune” e “não é punido”? Ora, pelo crime que “não se pune” “não é punido” o autor, assim, como se o autor “não é punido” é porque “não se pune” o crime. Significam uma coisa só. Veja-se a respeito, nos casos de aborto permitido: diz o dispositivo do art. 128 do CP, *verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Caso o dispositivo fosse assim redigido: “Não é punível o médico que pratique o aborto”. Qual a distinção? Que argumento poderia ser utilizado para afirmação que a expressão “não se pune” diz respeito ao fato, enquanto que a expressão “não é punível” refere-se ao autor do fato? Em conclusão, as expressões “não há crime”, “não é punido”, “não se pune”, “é isento de pena”, diante da imprecisão terminológica do Código Penal, têm o mesmíssimo significado.⁶⁰

Outro problema na corrente diversa à apresentada neste tópico está na referência de que a culpabilidade é inerente também à ação, e não somente ao autor do fato. Ora, é nitidamente equivocado tal conceito, uma vez que, o juízo de reprovação é construído a partir do fato, que por fim, chega ao agente que o tenha praticado. Analisar a culpabilidade sob esse viés vai contra sua evolução dogmática, pois, conforme demonstrado, desde a adoção da teoria normativa pura – fruto da teoria finalista, é preciso reforçar –, deixou-se para trás a análise de elementos psicológicos na culpabilidade, pois estes, de acordo com o explicado em tópico infra, foram realocados para a tipicidade.

Além do mais, mencionar que a culpabilidade é apenas requisito à aplicação da pena – e não integrante do delito em si –, é romper com a evolução dogmática do direito penal, a qual aponta o conceito tripartido como o mais adequado para a verificação da existência do delito. Cabe mencionar, ainda, que a invocação de Welzel para defender a teoria bipartida não encontra qualquer respaldo na própria doutrina do autor, pois ele mesmo, em seus escritos, salienta que “el concepto de la culpabilidad añade al de la acción antijurídica – tanto si se trata de una acción dolosa, como de una no dolosa – un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito”.⁶¹

Assim, em conclusão ao presente tópico, vislumbra-se que este entendimento é o mais aceitável e coerente na dogmática-penal, levando em consideração, como exemplo, o mencionado por Toledo, ao referir que, “dentre as várias definições analíticas que têm sido

⁶⁰ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁶¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cereza Mir. Segunda reimpresión. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004, p. 119.

propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).⁶² Além do mais, esta concepção vai embasada, ainda, nos entendimentos de Santos,⁶³ ao referir em sua obra que o modelo de fato punível adotado é o tripartido; Zaffaroni e Pierangeli, ao mencionarem que “construímos o conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável”;⁶⁴ Callegari, ao referir que “crime é toda ação típica, ilícita e culpável”;⁶⁵ Greco, ao mencionar “para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável”;⁶⁶ Brandão, ao expor que “os três elementos gerais que formam a ideia de crime são: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”;⁶⁷ Bitencourt, por aduzir que “não acompanhamos, por obvio, o entendimento que foi dominante no Brasil, segundo o qual ‘crime é a ação típica e antijurídica’”;⁶⁸ e ainda, Pacelli, ao dizer que “crime é toda ação típica, antijurídica e culpável”;⁶⁹ e por fim, Mestieri, ao aduzir que “crime é a ação típica, ilícita e culpável”⁷⁰

5. Considerações Finais

Ao término do presente estudo, algumas considerações podem ser realizadas, mas, diga-se, *en passant*, sem a pretensão de concluir ou encerrar algo a respeito do tema da culpabilidade ou do debate trazido a lume na pesquisa. Buscou-se, em primeiro lugar, conceituar a culpabilidade e sua evolução teórica até o estágio atual, trazendo ao texto a exposição de que ela está relacionada, antes de tudo, ao princípio da culpabilidade, fruto da máxima latina *nullum crimen sine culpa*, o qual visa proteger o agente da aplicação de uma sanção penal sem culpa.

⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 201, p. 39-40.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 390.

⁶⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal: lições**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 129.

⁶⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 195.

⁷⁰ MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 106.

Ou seja, é limite ao Estado-juiz, que não pode, sem existência de culpa, aplicar qualquer reprimenda penal, ou ainda, estipular penas além da culpabilidade do agente.

No que tange ao liame histórico da culpabilidade, cabe reforçar que esta sempre foi objeto de importantes estudos dogmáticos, sobretudo, a partir do início do século passado, momento em que apresenta rompantes epistemológicos, e assim, em sua evolução teórica até o momento atual, o instituto seguiu caminho, como demonstrado no texto, pela teoria causal-naturalista, passando à teoria psicológico-normativa, posteriormente à teoria normativa pura da culpabilidade, esta última, embasada na teoria finalista de Welzel e adotada na dogmática brasileira, pois define que o instituto não possui mais elementos de cunho subjetivo (dolo e culpa, os quais foram realocados para a tipicidade), e manteve-se apenas recheada de itens normativos: imputabilidade, potencial conhecimento (ou consciência) da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Pois bem, recorde-se, agora, o problema de pesquisa trazido ao estudo, bem como as hipóteses levantadas: a culpabilidade é simples pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartida), ou integra o conceito de crime (teoria tripartida)? Para responder, cabe recordar, ainda, as hipóteses formuladas: a primeira diz respeito à possibilidade de a corrente bipartida possuir razão, sendo, portanto, a culpabilidade simples pressuposto de aplicação da pena; e a segunda, versa sobre o fato de a culpabilidade estar inter-relacionada com os demais elementos do delito, e assim, a teoria bipartida não possui respaldo axiológico frente à teoria tripartida do delito.

Com efeito, ao estudar os argumentos apresentados pelas duas correntes doutrinárias, verifica-se que a doutrina brasileira, adota, de forma majoritária, o posicionamento capitaneado pelo finalismo de Welzel, aludindo que o delito é praticamente um mosaico, uma estrutura, onde devem estar presentes, imprescindivelmente, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, considera-se que, na ausência de qualquer um dos requisitos mencionados, não há que se falar em existência de crime e aplicação de reprimenda penal, pois o delito esvazia-se na ausência de qualquer elemento, seja a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade.

Desse modo, em resposta ao problema, menciona-se que não há possibilidade de acatar os argumentos trazidos pela doutrina que defende a teoria bipartida de delito, caindo por terra, então a primeira hipótese sugerida – culpabilidade como simples pressuposto de aplicação da pena. Logo, a segunda hipótese – culpabilidade inter-relacionada com os demais elementos e

integrante da teoria do delito –, é a que encontra força na doutrina e respaldo dogmático, tendo em vista que não é possível pensar o arcabouço do ilícito penal sem a existência de um dos seus elementos – fato típico, ilícito e culpável, uma vez que todos os elementos da teoria tripartida encontram-se em constante inter-relação, e só é possível realizar um juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade, e apenas se pode fazer o juízo de culpabilidade se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade. Além do mais, separar a culpabilidade da estrutura do delito é o mesmo que esvaziar o conceito do ilícito penal, e ainda, afastar a culpabilidade é retroceder na evolução dogmática do direito penal.

Ademais disso, o entendimento apontado pela doutrina da teoria bipartida, de que o Código Penal não faz menção à culpabilidade, e por isso o delito é apenas fato típico e antijurídico, é cabalmente refutável pela dogmática que defende a teoria tripartida. Conforme explicado no texto, o fato de estar previsto no Código a expressão “isento de pena”, ao se referir à culpabilidade, não significa que a opção pelo legislador de tal expressão leva ao afastamento da culpabilidade da teoria do delito, restando o delito apenas como fato típico e ilícito, até porque, no próprio estatuto repressivo é possível verificar o afastamento de outros institutos ou características do crime, também impedindo a punibilidade do agente.

Por fim, é preciso mencionar algo, embora a conclusão da presente pesquisa seja pacífica em dizer que o delito é constituído de fato típico, antijuridicidade e culpabilidade, por conta de todo o apresentado, uma coisa é acertada em referir: a culpabilidade ainda não é um conceito dogmático fechado ou acabado e, por suposição lógica, será por longo tempo objeto de estudos e evolução na doutrina jurídico-penal.

6. Referencial bibliográfico

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Culpabilidade e a polêmica no Brasil: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cereza Mir. Segunda reimpressão. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A influência da mídia na decisão penal

L'influence des médias sur la décision pénale

Ezequiel Schuker Quister
Centro Universitário Uninter

Resumo: O presente trabalho visa discutir e refletir sobre o papel da mídia no contexto do direito penal, bem como evidenciar sua grande influência sobre a decisão penal. Como se evidencia nas páginas seguintes, o crime apresenta forte apelo social e sua veiculação pela mídia ganha status de manchete. O resultado dessa exposição midiática é a construção de um pensamento estereotipado, em nível social, que chamamos aqui de “fala do crime”, um discurso repetitivo e apelativo.

Palavras-chave: Mídia, Crimes, Processo Penal, Influência.

Résumé: Ce travail a pour but discuter et réfléchir sur le rôle des médias dans le contexte du droit pénale, bien comme démontrer sa grande influence sur décision pénale. Comme si démontre dans les pages suivantes, le crime a un appel social fort et son diffusion dans les médias obtient le statut de actualité à la une. Le résultat de cette exposition médiatique c'est la construction d'une forme de pensée stéréotypée dans le niveau social, ce que nous appelons ici de “le discours de la criminalité”, qui est répétitive et appellatif.

Mots-clés: Média; Crimes; Processus Pénal. Influence.

1. Introdução

Há influência da mídia na decisão penal? A resposta a essa indagação foi o objeto deste trabalho, cujo cerne aponta para uma influência social nem sempre direta, mas constante. Essa insistência em difundir certo tipo de discurso do crime nos mostra o grau de aceitação que o próprio cidadão, alienado (como diria Paulo Freire¹), reforça-o e justifica-o. Os exemplos de crimes aqui discutidos servem para mostrar ao leitor a maneira como a mídia trata este tipo de fato e qual suas consequências em nossa sociedade. Assim, a relevância do trabalho se dá pela forma como analisa, discute e questiona a influência da mídia na decisão penal proferida pelo juiz, o qual, inevitavelmente, mostra-se vulnerável aos apelos do clamor social - conceito este muito reforçado, senão criado pela mídia.

¹ Educação e mudança. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p.35

Como construção teórica cujo olhar recai sobre os aspectos sociais e psicológicos de nossa sociedade, este trabalho buscou nas doutrinas, teses e artigos como forma de dar suporte às considerações e afirmações aqui apresentadas. Boa parte das teorias aqui utilizadas versou sobre a análise da mídia no contexto do Direito Penal, considerando os enfoques históricos, antropológicos, técnico-comunicacionais e, principalmente, sobre o papel da mídia de massa e suas características. Mais do que fundamentar uma assertiva que parece evidente, ou seja, de que a mídia influencia os ritos do processo penal em ampla concepção, buscamos analisar a maneira sutil com que essa influência se opera. De que maneira o processo midiático pode influenciar na tomada de decisão do magistrado, ou mesmo possibilitar, mediante divulgação massiva e recorrente, mudanças nos aspectos do direito que, de outra forma, seriam obstruídos pelas burocracias ou inércia dos poderes constituídos.

Partimos do pressuposto de que a mídia influencia a sociedade e o processo penal, contudo, tentamos demonstrar algumas formas de como isso se dá, e, principalmente, como se mantém. Confirmamos, assim, que a realidade processual e a realidade da mídia são diversas.

2. A “fala do crime” como sugestão e construção midiática da realidade

A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação dos homens, também não se transforma por acaso. Se os homens são os produtores desta realidade e se esta, na “inversão da práxis”, se volta sobre eles e os condiciona, transformar a realidade opressora é tarefa histórica, é tarefa dos homens. (Pedagogia do Oprimido, Paulo Freire).

O conceito de sociedade da informação, que necessariamente envolve a ideia de um aparato técnico-econômico (WERTHEIN, 2000) tende-se a supervalorizar os aspectos que essa tecnicidade traz com relação à disseminação da informação e sua velocidade, sem, contudo, certificar-se de sua validade, qualidade do que se transmite e de sua oportunidade. O que se veicula através do aparato midiático não passa, necessariamente, pelo crivo do cidadão comum, e, por isso, evidencia as principais características das mídias de massa: sua capacidade de alienar e os “seus poderes de sugestionamento” (CALVANESE; BIANCHETTI, 2003, citado por SOUZA, 2010, p. 28). Alienar tem aqui o sentido de estereotipar, de estandardizar certo tipo de pensamento que pode ou não culminar em comportamentos estereotipados, porque “nossas respostas aos meios de comunicação, em particular e em geral, variam de indivíduo para indivíduo e nos diversos grupos sociais, segundo o sexo, idade, classe social, etnia,

nacionalidade e também no tempo” (SOUZA, 2010, p. 40). Em cenários onde predomina a ideia de que a violência é generalizada, por exemplo, é comum ouvir que a criminalidade está aumentando ou que a sociedade está cada vez mais violenta; essa é a percepção da população, que, conforme pesquisa do Ibope² de 2014, coloca a violência como o segundo maior problema do Brasil.

A mídia parece ter um interesse mórbido em reforçar tais aspectos da vida humana, reforçando, parece-nos, o lado pouco agradável de cada indivíduo; contudo, lembremo-nos das palavras de Sigmund Freud, para quem “os homens não são criaturas gentis (...), pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos, deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade”. (2010, p. 28). Ele vai mais longe e diz o seguinte:

A existência da inclinação para a agressão, que podemos detectar em nós mesmos e supor com justiça que ela está presente nos outros, constitui o fator que perturba nossos relacionamentos com o nosso próximo e força a civilização a um tão elevado dispêndio [de energia]. Em consequência dessa mútua hostilidade primária dos seres humanos, a sociedade civilizada se vê permanentemente ameaçada de desintegração (FREUD, 2010, p. 29).

É essa hostilidade citada pelo pai da psicanálise que parecer ser reforçada pela mídia. Ou, “(...) quanto mais frequentemente os telespectadores vejam representações da violência, tanto mais percebem a probabilidade de se transformarem em vítimas de ações violentas” (KURY, 2005, citado por SOUZA, 2010, p. 64). As representações de violência são reforçadas pela mídia *ad infinitum*, e a constância dessa intenção é que molda o imaginário coletivo, reforçando que o crime é quase parte inevitável de nossa existência.

A variação das repostas comportamentais e o quanto de condicionamento existe em cada indivíduo, fruto do que foi dito anteriormente sobre o papel sugestível da mídia, é difícil mensurar. O professor Artur Cesar de Souza assevera que “deve-se repudiar qualquer afirmação metafísica de que o indivíduo pudesse ser reduzido a uma mera engrenagem de um processo causal midiático” (2010, p. 40). Entretanto, é preciso delimitar e enfatizar a citação do ilustre professor e magistrado restritivamente ao aspecto metafísico por ele mencionado, já que, na realidade da vida cotidiana, a mídia exerce sim poder direto sobre as pessoas, e tal afirmativa já se faz presente desde as primeiras aparições das teorias da comunicação, como a teoria da

² http://www.sistemafindes.org.br/download/pesquisa_cni-ibope-problemas_e_prioridades_2014.pdf

agulha hipodérmica³ e da agenda *setting*⁴, tão largamente estudadas pela Escola de Frankfurt e pela Escola Americana de Comunicação, nas décadas de 40 e 60 do século passado.

Em consequência da ação dos jornais, da televisão e dos outros meios de informação, o público sabe ou ignora, presta atenção ou descarta, realça ou negligencia elementos específicos dos cenários públicos. As pessoas têm tendência para incluir ou excluir dos seus próprios conhecimentos aquilo que os *mass media* incluem ou excluem do seu próprio conteúdo. Além disso, o público tende a atribuir àquilo que esse conteúdo inclui uma importância que reflete de perto a ênfase atribuída pelos *mass media* aos acontecimentos, aos problemas, às pessoas (WOLF, 2001, p. 144).

A citação reforça principalmente dois dos veículos de comunicação que têm a maior predominância e credibilidade entre os brasileiros⁵ em relação às demais mídias de massa: a televisão e os jornais (estes podem incluir os jornais televisivos), e como tais, exercem forte influência sobre o pensamento do indivíduo:

As ideias, reflexões e conceitos da maioria das pessoas são amparados, ou melhor, são frutos de uma relação entre as ideologias presentes na sociedade e convicções pessoais. As pessoas comunicam-se e, cada vez mais, organizam seus pontos de vista, com isso muitas vezes formam suas opiniões e fazem suas escolhas com base no que lhes é informado através dos meios de comunicação (NUNES, 2008).

As mídias não apenas influenciam como ditam boa parte do comportamento social, na medida em que são as janelas pela quais muitos olham e compreendem o mundo.

(...) todos nós já sabemos há muito, ou seja, que o principal acesso dos brasileiros ao sistema de mídia se dá através da mídia eletrônica, o rádio e a televisão, indicando que pelo menos 2/3 da população obtém suas informações básicas sobre o país e o mundo através destes dois veículos (...) (AZEVEDO, 2006, p. 97).

É possível que a mídia force e reforce certos conceitos que são engendrados pela maioria, como fruto de suas próprias reflexões, mas, que na verdade, são sugestões (ainda que subliminares), das difusões midiáticas? Cremos que sim, e aquilo que se apresenta como “fala do crime” é, nada mais que um aspecto reativo da ação humana, alicerçado em um discurso

³ A mídia é vista como uma agulha, que injeta seus conteúdos diretamente no cérebro dos receptores, sem nenhum tipo de barreira ou obstáculo.

⁴ Essa teoria busca justificar que os assuntos tratados pela mídia de massa são previamente agendados. Tal agenda também é fruto da concorrência entre os proponentes do mesmo tema, cujo objetivo é obter a máxima atenção do público em um cenário de ampla divulgação.

⁵ <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/listadepesquisasquantitativasqualitativasdecontratosatuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>

nem sempre verídico, mas, verossímil, fundamentado principalmente em repetições de falas e comportamentos que justificam um jeito de ser, de pensar. É por isso que “o medo e a “fala do crime” não apenas produzem certos tipos de interpretações e explicações, habitualmente simplistas e estereotipadas, como também organizam a paisagem urbana e o espaço público” (CALDEIRA, 2000, p. 27). Se a fala organiza, segundo nos diz Tereza Pires do Rio Caldeira, ela também cria. Nesse sentido, a “fala do crime” primeiramente converte a experiência do indivíduo em um mundo organizado por valores baseados em discursos; sobre o que se diz e se replica. Por isso o que se chama aqui de “fala do crime” é um modelo de discurso que organiza todos os demais, “essas narrativas e práticas impõem separações, constroem muros, (...) segregam, diferenciam, impõe proibições (...), restringem movimentos. Em resumo, elas simplificam e encerram o mundo” (CALDEIRA, 2000, p. 28). Em suma, os acontecimentos mediados são construções e, como tais, contêm um emaranhado de condições que vão desde a forma de captação da notícia, bem como do estado de espírito daquele que a produziu. Os filtros pelos quais as informações passam transformam-nas em algo inevitavelmente parcial. Como diz Patrick Charaudeau,

Na verdade, o cidadão nunca tem acesso ao acontecimento bruto, ele sempre entra em contato com um acontecimento filtrado pela mídia. Assim, ora acontecimento bruto e acontecimento veiculado pela mídia se confundem, ora um prepondera sobre o outro, criando um círculo vicioso, como demonstra o tratamento midiático de alguns casos (2012, p. 256).

E a consequência dessa construção é uma fala que impregna o consciente coletivo com simbolismos que “criam o tecido da sociedade em nível cultural” (SOUZA, 2010, p. 87), justificando toda sorte de ações e fomentando comportamentos. A mídia passa a ter um tipo de saber que antecede aquilo que necessariamente deveria surgir da reflexão, do debate. Por fim, como disse Caldeira, “a ” fala do crime” (...) é contagiante” (2000, p. 27).

2.1. Reforço midiático do conceito de violência

Em todo homem, é claro, habita um demônio oculto: o demônio da cólera, o demônio do prazer voluptuoso frente aos gritos da vítima torturada, o demônio da luxúria sem peias. (Os Irmãos Karamazov, Dostoiévski).

Se a “fala do crime” é contagiante, por que ela o é?

A maneira como a violência hoje é apresentada deixa o espectador absorto sobre a real intensidade dela em seu cotidiano. “A imagem violenta caracteriza-se por produzir um choque *perceptivo*; a imagem da violência produz um choque *emotivo*, que não é necessariamente *perceptivo*” (JOST, 2007, p. 101). Nem toda imagem violenta demonstra atos de violência. E a vulgarização disso tampouco traz entendimento sobre o fato, pois são pobres de significação e só tem por objetivo chocar. No Brasil, “o noticiário em torno da violência raramente se faz acompanhar do necessário debate sobre possíveis soluções para o problema” (ANDI, 2001, p. 11). A mídia afeta nossos sentidos ao mesmo tempo em que sofre também as influências dessa ação, pois ela espelha, em partes, nossa visão de mundo e aquilo que entendemos por realidade.

O demônio de Dostoiévski está mais presente do que nunca. Pelo menos é o que a mídia parece querer nos mostrar. Em uma pesquisa realizada, em 1977, por A Peyrefine, citada na obra de Souza, trouxe-se à luz a informação de que onde a imprensa dedicava menos espaço aos acontecimentos delituosos, também a preocupação pela criminalidade pareceria menos significativa (CALVANESE; BIANCHETTI, 2003, citado por SOUZA, 2010, p. 78).

Ou seja, a violência é, em grande parte, uma construção midiática, com vistas a manter certa condição de tensão, que por sua natureza mantém em alerta o indivíduo, fazendo-o crer que inexoravelmente ele pode ser vítima dela. Assim, respondendo à questão que abre este capítulo, a “fala do crime” é contagiante porque “alimenta um círculo vicioso em que o medo é trabalhado e reproduzido, e no qual a violência é a um só tempo combatida e ampliada” (CALDEIRA, 2000, p. 27). A função disso, para a mídia, está no processo de alimentação e retroalimentação, já que a violência ainda está no topo das pautas, e parecer ser mais presente na mídia que no cotidiano das pessoas⁶.

Não se pode esquecer que ainda falta uma preparação específica e uma adequada deontologia profissional para alguns jornalistas. O clamor público desencadeado pela prática de um crime hediondo pode resultar da exploração distorcida dos fatos por um mal-intencionado meio de comunicação que busca mover a consciência e a vontade dos membros da sociedade numa direção predeterminada (NETTO, 2011, p.74).

⁶ O relatório da Unicef Violência e Mídia, pontua que boa parte dos entrevistados admitem que a há mais violência na televisão do que no bairro em que vivem. Fonte: http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_04.pdf

Essa deontologia citada pelo desembargador José Laurindo de Souza Netto esbarra no muro das necessidades mercadológicas, já que nesse meio nos parece que a audiência tudo justifica.

2.2. A mídia manipuladora e a sua influência nos discursos sobre criminalidade

Se você não cuidar, os jornais farão você odiar as pessoas que estão sendo oprimidas, e amar as pessoas que estão oprimindo. (Malcom X)

As empresas de comunicação são empresas e, como tais, visam o lucro. Essa condição, por si só, já torna o processo de captação da informação uma corrida pelas melhores reportagens, pelas informações mais atuais sobre determinados assuntos e, principalmente, pelo furo de reportagem. As empresas de comunicação também concorrem entre si pelo objetivo de se manterem na liderança, de ter, por assim dizer, o monopólio da informação.

Por essa lógica, cada uma delas procura ‘captar’ uma grande parte, se não a maior parte, do público. Sua atividade, que consiste em transmitir informação (...) torna-se suspeita porque sua finalidade atende a um interesse diferente do serviço da democracia (CHARAUDEAU, 2012, p. 59).

Essa condição mercadológica da informação possibilita uma luta entre as empresas com foco prioritário em tornar o cidadão um consumidor, pois “o objetivo visado por cada um dos titãs da comunicação é tornar-se o interlocutor único do cidadão” (RAMONET, 1999, p. 124). Essa meta, por assim dizer, é construída com base em aparatos tecnológicos, onde o “saber fazer” se mostra como qualidade de programação. Contudo, o processo de linguagem amparado pelo conteúdo imagético é, sem dúvida, o principal meio de influência e doutrinação de que as mídias em geral se utilizam. Como explica Patrick Charaudeau, há certos vieses estruturais para que tal objetivo seja alcançado:

Prescritiva, que consiste em “querer fazer”, isto é, querer levar o outro a agir de uma determinada maneira; a *informativa*, que consiste em querer “fazer saber”, isto é, querer transmitir um saber a quem se presume não possui-lo; a *iniciativa*, que consiste em querer “fazer crer”, isto é, querer levar o outro a pensar que o que está sendo dito é verdadeiro (ou possivelmente verdadeiro); (...) do *pathos*, que consiste em “fazer sentir”, ou seja, provocar no outro um estado emocional agradável ou desagradável (2012, p. 69, grifo nosso).

Destacamos na citação do ilustre professor da universidade de Paris os aspectos do “querer crer”, “fazer sentir”, já que são elementos que configuram uma questão que vai além dos aspectos objetivos de uma tecnicidade, mas mexem com o aspecto psicológico do indivíduo. Estes aspectos, dentro do que Charaudeau chama de iniciativa, são elementos que configuram uma forma de ação que visa à modificação de pensamento, “um processo de mutação das significações conotativas (ideológicas) da comunicação social” (SOUZA, 2010, p. 20). Ou seja, busca-se uma mudança no quadro perceptivo-emocional do receptor. E essa mudança cria um convencimento coletivo, a partir do qual os indivíduos aceitam a ideia de violência generalizada ou aumento desta. A repercussão, mais uma vez, torna verdade um fato que nem sempre é verdade.

2.3. Os julgamentos com grande repercussão social

Até que viesse uma justiça um pouco mais doida. Uma que levasse em conta que todos temos que falar por um homem que se desesperou porque neste a fala humana já falhou, ele já é tão mudo que só o bruto grito desarticulado serve de sinalização. Uma justiça prévia que se lembrasse de que nossa grande luta é a do medo, e que um homem que mata muito é porque teve muito medo. Sobretudo uma justiça que se olhasse a si própria, e que visse que nós todos, lama viva, somos escuros, e por isso nem mesmo a maldade de um homem pode ser entregue à maldade de outro homem: para que este não possa cometer livre e aprovadamente um crime de fuzilamento (Mineirinho, Clarice Lispector).

Historicamente o crime sempre teve forte apelo nos meios de comunicação. Ou melhor, não exatamente o crime, mas suas demonstrações e, pelo que vimos até aqui, suas representações. O poema utilizado no início desta seção parágrafo é um exemplo de relato real e emocionado que nos leva à reflexão, já que evidencia as mazelas de um sistema penal que pouco parece ter mudado até então. A própria Clarice Lispector em uma entrevista para o programa *Panorama*⁷, em 1977, expôs sua indignação diante da brutalidade das imagens e pela repercussão que o caso teve na época. A morte de Mineirinho⁸ foi bárbara, pois deixou à mostra um lado sombrio de uma polícia truculenta, fruto de um sistema penal diretamente ligado à

⁷ Entrevista dada pela autora ao jornalista Júlio Lerner, da **TV Cultura**, em 1977. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=zjQ5PSEOd1U> >. Acesso em 31 de maio 2016.

⁸ José Rosa Miranda, marginal condenado a mais de cem anos de prisão, que fugira do Manicômio Judiciário em 23 de abril de 1962.

repressão, reforçado por uma imprensa sensacionalista que via no caso apenas um instrumento para audiência e crítica.

Nossa história parecer ter sido pontuada, há um bom tempo, por casos de crimes que tiveram forte apelo social. Esses fatos, nas palavras de Teresa Pires do Rio Caldeira, organizam um discurso em torno do crime, criando um antes e depois que organiza certas narrativas e empresta categorias de interpretação a outros processos da vida cotidiana (2000, p. 33). O crime, como fato singular na vida de tantos, cria ou fomenta um aparato de significação que, para muitos dos que sofreram e sofrem violência, é o começo de uma vida cercada de categorizações.

Os cenários urbanos começam a ser construídos com base no material que ora se configura como natural, já que o crime passou a ser um divisor de águas em muitas vidas; ainda que não permanente, pois os crimes que geralmente chocam a opinião pública não ocorrem todos os dias. Um exemplo histórico e notório de que a disseminação da violência pelos meios de comunicação é um caso antigo, é o da “Fera de Macabu”⁹, da época do Império, que se tornou célebre pelos erros processuais e por fomentar a efetiva extinção da pena de morte no Brasil, conforme nos cita Ilton César Martins (2005, p. 84). A citação do caso “Fera de Macabu” nos mostra que, no Brasil, os crimes sempre pareceram ter acolhida jornalística, e a explicação para esse fato comporta muitos vieses, sejam sociais, antropológicos ou históricos. Contudo, pelo que foi visto até aqui, não é difícil entender o porquê: o crime gera notícia. Disso “constata-se que o interesse na publicação de material sensacionalista é meramente o de manter um negócio” (CARDOSO, 1997, p. 6), e como qualquer outro negócio, tem na distribuição e no consumo de seu produto a sua existência.

Nas duas histórias de crimes citadas anteriormente, apenas como exemplo do que se pretende justificar, o que fica em evidência é o aspecto estereotipado - criados pela mídia - em relação aos dois agentes: Mineirinho era o louco que fugiu do hospício, a besta-fera que sempre viveu à margem da lei, da sociedade. Já Manuel da Mota Coqueiro, vulgo “Fera de Macabu”, dispensa comentários, já que sua alcunha fala por si, ainda que hoje saibamos que ele não ordenou o crime pelo qual foi acusado (MARTINS, 2005, p. 84). Estes e outros exemplos atuais nos mostram características comuns aos agentes que possuem histórico de crimes: o estigma e

⁹ Crime cometido na época do Império, cujo erro processual culminou com a condenação de um inocente à morte. Este crime foi amplamente divulgado pela imprensa da época. Ver MARCHI, C. Fera de Macabu: a história e o romance de um condenado à pena de morte. Rio de Janeiro: Record, 1999.

o estereótipo. Isso vai culminar com o modelo de inimigo da sociedade, tão característico da teoria do direito penal do inimigo e da ideia de seletividade penal.

Os autores de infração penal (inimigos sociais) são tratados pelos meios de comunicação numa perspectiva maniqueísta, orientada pelo paradigma dicotômico (bom-mau – nós-eles). O criminoso seria *etiquetado*, por assim dizer, como um sujeito antropológicamente indecifrável, movido por um instinto antissocial obscuro e profundo. Sobretudo, a transmissão midiática deixa como mensagem a ilusão de que o autor da infração penal não pode ser recuperado socialmente, mas pode e deve ser apenas combatido e encarcerado (SOUZA, 2010, p. 136).

Com acerto o autor da citação em questão nos fala de “etiquetamento”, palavra que demonstra claramente o poder da mídia em criar rótulos, uma designação definidora que, normalmente, no cenário penal aqui discutido, cria um estigma no agente que mesmo o tempo não pode apagá-lo; a Fera de Macabu será sempre a Fera de Macabu.

Boa parte dessa maneira de agir da mídia é reforçada pela própria sociedade, principalmente pela classe dominante. É como nos diz Norbert Elias: “Um grupo só pode estigmatizar outro com eficácia quando está bem instalado em posições de poder das quais o grupo estigmatizado é excluído” (2000, p. 23). E isso resulta num processo de retroalimentação, na qual a sociedade mesmo cria os inimigos que tenta combater. É nisso que reside o erro em se adotar políticas criminais de repressão, sem colocar em um mesmo plano procedimentos para recuperação do infrator. Não se espera a sua reabilitação, mas trabalha-se pela sua eliminação.

(...) as hostilidades contra o agressor não estão de fato em grau de tratar as causas do crime, porque o impulso no qual se traduzem esses sentimentos concentra-se sobre a ‘eliminação do inimigo’ que ousou rebelar-se contra o sistema e não em relação à ‘reconstrução social’ (SOUZA, 2010, p. 134).

Assim se constrói o cenário a partir do qual os atores sociais se mostram em lados opostos: os que creem que os crimes são coisas alheias à sociedade, frutos de cabeças desajustadas que não pensam em outra coisa a não ser cometer crimes, e devem ser encarcerados por isso, e aqueles que querem que as coisas assim se mantenham. É por isso que os crimes de grande repercussão social invariavelmente trazem à sociedade a lembrança de que estamos à mercê de violência semelhante. Esse reforço, como já foi discutido anteriormente, legitima boa parte do sistema penal do inimigo, trazendo consigo uma gama de interpretações e comportamentos estandardizados, reflexos de um medo inconsciente que permeia a sociedade.

Não por acaso “é notório que a comunicação privilegia a anomalia, a exceção à normalidade, e que a notícia mais apetitosa é aquela com característica negativa e não positiva” (SOUZA, 2010, p. 163).

O reflexo deste cenário no âmbito do judiciário é inevitável. Pode-se confirmar pelo chamado populismo penal, cuja manifestação vem de um discurso que, grosso modo, visa manter um *status quo* ligado ao modernismo reacionário.

O discurso veiculado sistematicamente pela mídia de que a ordem pública já está naturalmente corrompida é absorvido pelos juízes, de modo que qualquer prisão se justifica para manter a ordem, já supostamente “fragilizada”. O populismo penal desencadeia, então, o medo para posteriormente justificar a violação a preceitos fundamentais pela jurisdição, que serve-se dele como “*instrumento de legitimação do discurso penal dominante*”, instaurando uma “*síndrome do colapso iminente da ordem social*” (CARDOSO, 2012, 699-700, 702, 703, citado por NETTO, 2016, p. 832).

A justificativa para as mudanças procedimentais, jurisprudenciais e legislativas se fundam neste aspecto reacionário da opinião pública, já que ela pressiona o judiciário criando *inputs* que nem sempre são frutos de reflexão prévia; algo feito no susto, no calor da discussão. “Desta forma, o populismo penal acaba por nutrir a discricionariedade, contribuindo para a configuração do Estado de Exceção” (NETTO, 2016, p. 833).

3. Pode (ou deve) o Juiz ser imparcial?

Imparcialidade é um nome pomposo para indiferença, que é um nome elegante para ignorância (The Speaker - Gilbert Chesterton)

O que é imparcialidade? O indivíduo imparcial é aquele (a):

1. Que não favorece um em detrimento de terceiro.
2. Que revela imparcialidade.
3. Que não tem partido.
4. Reto, justo.
5. Que julga como deve julgar entre interesses que se opõem¹⁰.

¹⁰ "imparcial", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/imparcial> [consultado em 22-05-2016].

Dos conceitos citados, dois deles fazem mais sentido no que será discutido a partir daqui: favorecimento e julgamento. Enfatizá-los não é excluir os demais; porém, o reforço dado aos dois é propositalmente consciente, já que a discussão aqui versa sobre a imparcialidade, e eles (os conceitos), se apresentam com mais propriedade nessa esfera que é objetiva, em certa medida, e complexamente subjetiva quando exposta a convicções de quem julga e de quem é julgado.

A fronteira entre a imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva não é hermenêutica, porque não somente a conduta de um juiz pode, do ponto de vista do observador exterior, causar dúvidas objetivamente justificadas quanto à sua imparcialidade (abordagem objetiva), mas, ela pode igualmente tocar (afetar) a questão de sua convicção pessoal (abordagem subjetiva). (FRICEO, 2013)¹¹

A utopia de que as convicções pessoais do juiz não afloram e não contribuem para o exercício de sua profissão é típica do senso comum. O fato é que “em face das inúmeras influências subjetivas e objetivas exercidas no ato de julgar, principalmente decorrente da formação ideológica, cultural, social e psicológica do magistrado” (SOUZA, 2005, p. 20), este não pode ser insensível às suas convicções.

Quando Natalie Fricero nos diz que a imparcialidade não é decorrente da hermenêutica, ela nos diz que a imparcialidade não é simplesmente um ato de interpretar a bel prazer. Antes, a interpretação é um recurso do magistrado que pode ou não conduzi-lo à imparcialidade almejada. Normalmente essa tentativa de imparcialidade esbarra nos aspectos de interpretar negativamente as situações, enfatizando questões sobre o que a lei proíbe, por exemplo, focando-se nos aspectos restritivos, proibitivos da lei, sem tentar avaliá-la como um norte, de conteúdo orientativo, preferindo indicar-lhes “os motivos ensejadores da quebra da imparcialidade do juiz” (SOUZA, 2005, p. 20). Esta concepção analisada pelo professor e juiz Artur Cesar de Souza, parte do pressuposto contrário à forma comum de dizer o que e como fazer, preferindo-se o caminho proibitivo, elencando o que não se deve fazer. É algo muito característico do sistema penal brasileiro: agir através de normas repressoras, com objetivo de tolher, limitar, reduzir e, por fim, encarcerar; quando se deveria fomentar um processo mais humanizado, não necessariamente com restrição de liberdade.

¹¹ A frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective)

Faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação e alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p. 17, citado por OLIVEIRA, 2011, pp. 3 e 4).

A intervenção mínima citada por Oliveira fica realmente no âmbito do discurso, pois

A tradição brasileira de violência social herdada de duas ditaduras faz com que a ascensão do Estado Penal seja mais intensa. Neste contexto de declínio do Estado de Bem-Estar Social pela cultura do encarceramento, arraigada no imaginário popular, o aparato repressivo estatal resta incrementado. O Poder Judiciário, ao restringir a liberdade de pessoas que não deveriam estar presas, conduz o Estado a uma posição de violador, ao invés de garantidor, de direitos fundamentais, configurando a própria negação da ideia hoje vigente de Estado democrático de direito (NETTO, 2016, p. 813).

A citação do ilustre desembargador e professor José Laurindo de Souza Netto evidencia o caráter imaginário de que o encarceramento seria a solução para os problemas sociais do Brasil. Essa noção de repressão é muito influenciada e fomentada pela mídia, conforme visto anteriormente. A repressão, em todas as suas formas, contudo, parece-nos um produto da ideologia social; de que a cadeia resolverá o problema da criminalidade; de que a repressão tudo resolveria. “Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido?” (FOUCAULT, 2014, p. 44). De que leis mais duras são a solução para problemas que estão em nossa desigualdade social? Se assim fosse, logo, como disse Zygmunt Bauman, “impõe-se também construir novas prisões, aumentar o número de delitos, de sentenças mais duras e penas longas em prol dessa atividade industrial de intensa criminalização dos problemas sociais” (FILHO, 2009, p. 8). Tudo estaria resolvido se o critério fosse assim objetivo.

A possibilidade de ser ou não imparcial é uma batalha constante. Ainda que a objetivem na própria lei, parece-nos difícil, para não dizer impossível que se alcance a imparcialidade na

forma objetiva como se espera: a partir de um juiz insensível, de apego lógico-sistêmico, alheio ao cenário social onde ele próprio está inserido. Parece-nos um tipo de juiz que deveria prescindir da humanidade para alcançar tal objetivo, conforme cita Artur César de Souza (2005, p. 25).

A objetividade que se busca na solução do conflito deve ser extraída da lei. “Objetividade, portanto, equivale à juridicidade” (SOUZA, 2005, p. 27). E se assim o é, cabe ao magistrado aplicar a lei, zelar pelo rito processual e permitir que todo o aparato judiciário seja direcionado a proporcionar tecnicidade e eficácia às causas. E a subjetividade? Esta ficaria em 2ª plano, e poderia ser definida como uma isenção de conteúdos prévios, como convicções, preconceitos, paradigmas e toda sorte de crenças cristalizadas em comportamentos estritos, limitações de ordem psicológicas e tudo aquilo que necessariamente caracteriza o ser humano: condicionamentos. A imparcialidade, neste caso, começa a tomar contornos diferenciados, já que no aspecto objetivo, “o direito ao juiz imparcial está intimamente ligado ao direito à aparência de imparcialidade que é analisada por meio de dados objetivos” (SOUZA, 2005, p. 35). Já a imparcialidade subjetiva é não mais que uma impossibilidade, já que negar tudo o que foi dito anteriormente sobre a imparcialidade subjetiva é negar o indivíduo.

3.1. O cidadão juiz e a conciliação entre dever e querer - embate entre coração e razão

O cidadão juiz é, além de um profissional aplicador do direito, um indivíduo que está inserido no contexto social sobre o qual age e decide. Suas decisões afetam a vida de seus semelhantes e a sua própria. Logo, a consciência sobre os atos que pratica é tão ou mais elevada quanto maior sua capacidade de entender que o direito é a argamassa pela qual ele constrói e solidifica o cenário social. Nesse aspecto, é interessante notar que a discricionariedade, a imparcialidade e mesmo as convicções do juiz darão forma ao tecido social circunspecto à sua jurisdição, entretanto, hoje, como o poder de difusão cada vez maior dos meios de comunicação, decisões de um lado a outro do país servem como paradigma para casos análogos. As regionalizações pesam cada vez menos para um direito que se faz ubíquo.

Neste cenário, os conteúdos de que o juiz se utiliza para construção de seu juízo de valor são difusos. A necessidade de uma técnica ou mesmo de uma nova abordagem é cada vez mais presente em tempos de aldeia global, e força o magistrado a usar toda gama de recursos para proferir uma solução equilibrada para os casos que lhe são submetidos. E “a atribuição de

poderes mais amplos no espectro cognitivo desencadeia a exigência cada vez mais intensa de racionalidade e cientificidade, como forma de afastar o arbítrio” (NETTO, 2016, p. 814). Todavia, como foi visto anteriormente, a parcialidade do juiz é algo que inevitavelmente faz parte de seu processo decisório, e suas convicções estão intrinsicamente presentes nas suas decisões.

A conciliação entre o dever - imposto ao magistrado pela natureza de sua profissão - e o querer do cidadão juiz - que ciente de sua condição social, age e modifica o seu meio - está na medida da lei e de sua consciência. O quão nobre é tal assertiva e o quão grave ela o é também, já que o equilíbrio entre o que a lei, nem sempre justa, impõe, não pode também se sobressair sobre o interesse do magistrado que, diante de certas afrontas legislativas, pode e deve usar da discricionariedade para fazer a justiça, fim último do direito. Nas mãos do magistrado a lei se torna objetivo vivo, ativo e através dele é que o direito se faz ação. O conflito que outrora desequilibrava a convivência social entre certos atores sociais encontra solução na decisão do magistrado; ainda que tal solução não abarque a completa satisfação de todos, ela vai, ao menos, tentar trazer equilíbrio. As motivações do juiz sempre encontrarão obstáculos à sua real expressão, já que as dificuldades em se fazer uma leitura do real quase sempre esbarram em definir suas formas.

Fazer uma leitura crítica da realidade exige esforço e demanda interpretação profunda, sendo certo que a aparência da realidade mais esconde do que revela, cabendo ao juiz debruçar-se sobre ela, vez que a linguagem e a ideologia enevoam a verdade dos fatos. Reside aí a razão da reafirmação da dimensão ética da motivação (NETTO, 2016, p. 815).

A realidade pode ser difícil de conceituar. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr, citado por Souza, “(...) a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos uniforme num contexto social” (SOUZA, 2005, p. 205).

3.2. As jurisprudências como reflexo do cenário social

(...) à lei não importa que uma classe qualquer da cidade passe excepcionalmente bem, mas, procura que isso aconteça à totalidade dos cidadãos (...) (A República, Platão).

No Brasil os crimes de grande repercussão midiática não criam apenas o que foi dito anteriormente como a “fala do crime”, criam também uma tensão social que, bem ou mal, ajuda

no processo legislativo e na criação/modificação de jurisprudências. Não se pode negar que certas leis que hoje nos são tão caras, são oriundas de pressão popular ou pressão midiática. Certamente essa pressão popular não é mais que um reflexo de exposição midiática de crimes que, nem por sua gravidade, mas pelo apelo das mídias, tornaram-se célebres em nossa sociedade. O que foi visto até aqui sobre a mídia fundamenta essa afirmação.

Um exemplo clássico deste fomento criacionista da mídia em relação à matéria legislativa penal, que não é recente, mas emblemático, é o da criação da Lei de Crimes Hediondos, a qual foi forçosamente aprovada após o sequestro do publicitário Roberto Medina, em 1989, e do empresário Abílio Diniz, em 1990¹². Não há dúvida de que a condição econômica de ambos e, principalmente, sua exposição nos meios de comunicação é que levaram o congresso a aprovar com urgência a lei em questão.

Outro exemplo dessa influência da mídia foi o caso Daniela Perez. A partir do assassinato dela é que sua mãe, Glória Perez, conseguiu através de emenda à constituição, mudar o aspecto da lei que, até então, não considerava o assassinato como crime hediondo. Naquela época o acusado deste tipo de crime respondia pelo crime em liberdade. Ainda que em 2006 o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, justamente o que proibia a progressão de regime, a lei foi um avanço social e permitiu tratar com mais gravidade crimes que por sua natureza merecem tratamento diferenciado.

Não poderíamos deixar de citar o caso Suzane Richthofen, o qual, assim como os demais citados acima, foi objeto de ampla divulgação midiática. Nele fica evidente o aspecto do populismo penal, cujo clamor social fez com que medidas abusivas em relação à sua prisão fossem tomadas.

Ao ter a prisão preventiva decretada, a ré apresentou-se voluntariamente ao 89º Distrito Policial do DECAP, em São Paulo, mas, mesmo assim, foi algemada e removida para outra unidade prisional, lá tendo sido mantida algemada por toda a noite e com as algemas presa a uma corrente, por sua vez presa a uma argola fixada à parede (NERY, 2010, p. 66).

Conforme cita Ariane Câmara Nery, as justificativas para tal atitude não encontram explicações lógicas nem legais, contudo, podemos inferir que pelo clamor social, a vingança

¹² <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comoco-es-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>

privada se consumou com esse ato contra a ré, que, já naquele momento certamente estava condenada pela opinião pública. Não espanta, por exemplo, o fato de que o ministro Paulo Medina, que foi um dos julgadores do Habeas Corpus 58.813-SP a respeito do caso, tenha dito que “a decisão poderia orientar toda a jurisprudência nacional, e que a publicidade abusiva em torno do caso e a força da comunicação estão a exigir de cada um (...) reflexão maior, mais consciente, mais firme” (NERY, 2010, p. 68). Eis um resumo do seu parecer:

Sabemos que o clamor público não condena ninguém, assim como o clamor público não pode prender ninguém, mas há, também, decisões que entendem que o clamor público, excepcionalmente, pode conduzir à prisão. (...) É por isso que entendo que o clamor público existe; existe sim, existe na vizinhança que não a quer, existe na sociedade que não a quer, existe na instabilidade local que não a quer, existe na comunicação que não a quer, comunicação muito criticada pela defesa, comunicação muito criticada, sutilmente, pelo Ministro-Relator. A comunicação que é indispensável, que não criou o parricídio, não criou a morte da mãe, não criou as entrevistas, comunidade que não criou nada disso. A imprensa, às vezes, cria, a imprensa, às vezes, estimula, a imprensa, às vezes, julga, condena ou absolve. Mas, neste caso, a imprensa nada mais fez senão ecoar a gravidade do crime. A imprensa nada mais fez senão estender a reação à sociedade, a imprensa nada mais fez senão ser a voz do povo que estava a exigir uma reação contra a impunidade. (...) Não que eu defenda em ser servil à sociedade. Não, não sou. Não que eu defenda medo ou temor da imprensa. Não. **A imprensa e a sociedade não têm nenhuma influência sobre mim**¹³. Mas penso que, agora, elas falam a voz da razão, falam a voz da necessidade de se preservar os aspectos que a garantem, de demonstrar que, aqui e acolá, se exigirá a reação do Poder Judiciário na prestação jurisdicional em nosso país¹⁴ (grifo nosso).

As palavras do ministro reforçam o que dissemos até aqui a respeito da influência da mídia no âmbito social e privado do indivíduo. É claro que o magistrado, conforme se avalia da citação, também é influenciado por esse complexo emaranhado de fatos que são potencializados pela mídia, ainda que não reconheça tal influência.

Esperar pela notoriedade do próximo crime parece-nos o propulsor para novas alterações, novas reconfigurações e fomento da atividade jurisprudencial e legislativa no âmbito penal. Essa atitude passiva e reativa diante do fato evidencia o “progressivo abandono do estudo científico das determinações do crime e dos processos de criminalização em favor da pesquisa estatística sobre os fatores de risco associados à criminalidade” (DIETER, 2012, p. 10). A mídia parece ter assumido a tarefa de conduzir os processos legislativos de acordo com a notoriedade

¹³ Grifo nosso

¹⁴ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=633816&num_registro=200600998520&data=20061204&formato=PDF

e interesses que lhe são próprios. Esse processo indireto de legislar exercido pela mídia é uma verdade que o próprio ministro Paulo Medina reconhece, quando disse que “a imprensa, às vezes, cria, a imprensa, às vezes, estimula, a imprensa, às vezes, julga, condena ou absolve”. Inevitavelmente o processo legislativo sofre a influência da opinião pública ora expressada pela mídia.

As alterações jurisprudenciais e legislativas não seguem o curso da mídia, mas, indiscutivelmente, alguns casos, como os discutidos anteriormente, dão azo para que certas medidas sejam agilizadas no âmbito do direito penal, seja por motivação ou pressão midiática.

O poder de influência da mídia é tamanho que invadiu até mesmo as escolhas políticas dos cidadãos, se transformando num verdadeiro vetor da política criminal. Diversas leis são promulgadas em razão da cobertura que os meios de comunicação destinam a determinados episódios (NERY, 2010, pp. 49 e 50).

Como exemplo a autora nos cita a já discutida Lei dos Crimes Hediondos, bem como a Lei de Execuções Penais, A Lei de Drogas e o Código de Processo Penal. Nestes exemplos ela nos fala sobre a “tendência do recrudescimento da intervenção penal a partir de como a mídia o veicula” (2010, p. 50).

4. Conclusão

Da análise em questão não se esperou reduzir o processo legislativo, tampouco o jurisdicional a uma mera condição de influência midiática. Nem enfatizar que a construção do juízo de convencimento do juiz sofre forte influência dos meios de comunicação, pois, “há aspectos bem mais influentes sobre o convencimento do magistrado do que aqueles produzidos eventualmente pela imprensa” (SOUZA, 2010, p. 253). Entretanto, também não se buscou ignorá-los, tratando-os como um mero processo de espetacularização inócuo, pirotecnia cujo fim não vai além da exposição midiática. A influência dos meios de comunicação, conforme estudada nos limites deste trabalho, apresenta um poder de persuasão que segue uma lógica muitas vezes imperceptível ao indivíduo comum. Nossas convicções e nossa visão de mundo estão sob influência constante dos *mass medias*.

É por isso que a “fala do crime” se tornou algo corriqueiro e típico de nossa realidade social, amparada pelo reforço midiático e sua característica manipuladora. Em uma sociedade

globalizada como a nossa, tais meios de comunicação já não se limitam a mediar e difundir, mas alcançaram um patamar que cada vez mais fundamenta a alcunha de quarto poder¹⁵ que lhes é atribuída, já que se tornam parte, ainda que indiretamente, do processo legislativo e jurisdicional, conforme dito anteriormente. Sua pressão sob esses meios garante, em certa medida, a constante manifestação e uma forma de vigilância das instituições democráticas. E, se esse poder vem em benefício da sociedade, que seja bem-vindo, já que

(...) a publicidade é a alma da justiça, não só porque é a mais eficaz garantia dos testemunhos, mas principalmente porque favorece a probidade dos juízes, servindo como freio a um poder que se torna facilmente alvo de abusos, além de assegurar a confiança do público em seus juízes (SOUZA, 2010, p. 256).

As mudanças jurisprudenciais não são o objetivo da mídia, mas inegavelmente por elas são fomentadas. O ambiente jurídico-penal é sem dúvida uma seara que fortemente se vê forçada a atender aos apelos do clamor público e dos movimentos sociais. Neste aspecto é que se discutiu a impossibilidade ou dificuldade do magistrado em alcançar a imparcialidade em seus julgamentos, já que o cidadão juiz não é imune à influência da mídia. Contudo, a conciliação entre o dever e querer deste ator social é sem dúvida um embate entre coração e razão, conforme visto em parágrafos anteriores.

No Brasil, ficou evidente que o papel da mídia na repercussão dos crimes segue um esforço que, ao mesmo tempo em que busca uma resposta dos poderes constituídos, uma resposta à sociedade, preocupa-se também em espetacularizar tais eventos, já que a notícia segue a ótica perversa do capitalismo, onde tudo se transforma em produtos, e como tal, tem na propaganda a garantia de seu consumo.

5. Bibliografia

ANDI - Agência de Notícias dos Direitos da Infância. **Balas perdidas: um olhar sobre o comportamento da imprensa brasileira quando a criança e o adolescente estão na pauta da violência.** Brasília, 2001. Disponível em: < <http://www.andi.org.br/sites/default/files/BalasPerdidas.pdf>>. Acesso em 24 de maio 2016.

AZEVEDO, Fernando Antonio. **Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político.** Universidade Federal de São Carlos. 2006. <disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v12n1/29399.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

¹⁵ Ver Paulo Henrique Amorim, O Quarto Poder: Uma Outra História. Editora Hedra. 2015.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. 1ª ed. São Paulo: Edusp, 2000.

CARDOSO, Sirley. **Pretos Pobres e Putas** - Os Pês do Preconceito na Ética do Jornalismo Policial. 1998. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/text/o/ea000494.pdf>>. Acesso em 31 de maio 2016.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. Tradução Angela S. M. Corrêa. 2ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2012.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**. A Criminologia do fim da história. Tese de doutorado. UFPR. 2012. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGE MANN%20DIETER.pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGE%20MANN%20DIETER.pdf?sequence=1)>. Acesso em 07 de jun. 2016.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FILHO, Oscar Mellim. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. Tese de doutorado. 2009. PUC-SCP. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp100908.pdf>>. Acesso em 22 de maio 2016

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 28ª ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização e outros textos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FRICERO, Natalie. **Récusation et abstention des juges: analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité**. - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 40 (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC) - juin 2013. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-40/recusation-et-abstention-des-juges-analyse-comparative-de-l-exigence-commune-d-impartialite.137428.html>>. Acesso em 22 de maio 2016.

JOST, François. **Compreender a Televisão**. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MARTINS, Ilton César. **Veredicto Culpado: a pena de morte enquanto instrumento de regulação social em Castro-PR**. Dissertação de mestrado. UFPR. 2005. Disponível em: <http://www.poshistoria.ufpr.br/documentos/2005/Iltoncesarmartins.pdf>>. Acesso em 23 de maio 2016.

NERY, Arianne Câmara. **Considerações Sobre o Papel da Mídia no Processo Penal**. Monografia de conclusão de curso. Pontifícia Universidade Católica-PUC. 2010. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16733/16733.PDF>>. Acesso em 07 de jun. 2016.

NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção.** In : *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 3. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0811_0842.pdf>. Acesso em 23 de maio 2016.

NETTO, José Laurindo de Souza. **A Solução do Conflito entre a Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade Diante da Pretensão de Incensurabilidade Prévia da Imprensa.** In : *REVISTA Escola da Magistratura do Paraná / Medeiros, Marco André (Org.)*. Curitiba : M.Medeiros Editora, 2011

NUNES, Poliana Rollo. **Jornalismo de Revista:** Análise dos critérios de noticiabilidade das capas da revista Época. Monografia de Conclusão de Curso - bacharelado e comunicação social – habilitação em jornalismo. Centro Universitário de Belo Horizonte UNI-BH. Belo Horizonte, 2008.<Disponível em: < http://convergencia.jor.br/bancomonos/2008/poliana_nunes.pdf> acessado em: 18 de maio 2016.

OLIVEIRA, Carolina Dias Aidar de. **A falácia do direito penal repressivo.** 2011. Disponível em: em http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Carolina_Dias_Aidar_de_Oliveira.pdf. Acesso em 22 de maio 2016.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação.** 5ª ed. São Paulo: Editora Vozes, 2007.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia.** Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz e o justo processo penal.** Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da racionalidade do outro. Tese de doutorado. UFPR. 2005. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp002549.pdf>>. Acesso em 3 de junho 2016.

UNICEF. **Violência na Mídia.** Disponível em:<http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_04.pdf>. Acesso em 24 de maio 2016.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios.** Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em 17 maio 2016.

WOLF, Mauro. **Teorias da Comunicação.** 6.ed. Lisboa: Presença, 2001.

Fenomenologia e crimes contra a humanidade

Phenomenology and crimes against humanity

RODRIGO CERVEIRA CITTADINO

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente artigo visa a estudar os crimes contra a humanidade à luz de uma perspectiva fenomenológica, subárea da filosofia que busca a essência definidora de conceitos e de fenômenos sociais. Nesse sentido, apresentar-se-ão algumas das teorias que têm se dedicado a apontar quais são as características que singularizam os crimes contra a humanidade, isto é, que os diferenciam de qualquer outra noção, jurídica ou extrajurídica, que com eles possa confundir-se. Para tanto, este trabalho é dividido em três partes. Na primeira, esboça-se um histórico da terminologia e das normas referentes aos crimes contra a humanidade, não só porque uma análise jurídica desses tipos delitivos exige que se conheçam os vários instrumentos internacionais em que estão inscritos, mas também porque uma investigação filosófica dos sentidos atribuídos a esse conceito pode extrair inspiração de um relato de como ele tem sido usada ao longo do tempo. Na segunda parte, aborda-se o conteúdo técnico-jurídico dos crimes contra a humanidade, enumerando-se seus elementos normativos, conforme as convenções internacionais pertinentes e a jurisprudência dos tribunais internacionais. A terceira e última parte lida com o estudo fenomenológico dos crimes mencionados, que é o objetivo deste artigo.

Palavras-chave: Crimes contra a humanidade. Direito internacional penal. Fenomenologia. Filosofia do direito. Humanidade

Abstract: The present article aims to study crimes against humanity from a phenomenological perspective, which refers to a philosophical movement that looks for the defining essence of social concepts and phenomena. In this regard, we expose some theories which have addressed the characteristics that singularize crimes against humanity, or, in other words, that differentiate them from any other legal or extralegal notion which may seem indistinguishable from them. In order to achieve this outcome, this work is divided into three parts. Firstly, we draft a brief history of crimes-against-humanity terminology and corresponding rules, not only because an analysis of these criminal norms requires knowing the various international instruments which address them, but also because a philosophical investigation about the meanings conferred to this concept may get inspiration from an inquiry about how it has been used over time. Secondly, we examine the legal content of crimes against humanity, enumerating their normative elements according to the relevant international treaties and international tribunals' jurisprudence. Thirdly and lastly, we deal with the phenomenological approach to the abovementioned crimes, which is the purpose of this article.

Keywords: Crimes against humanity. International criminal law. Phenomenology. Philosophy of law. Humanity

1. Introdução

Every murder or other injury, no matter for what cause, committed or inflicted on another is a crime against humanity.

— GANDHI, Mahatma. *All Men are Brothers*. p. 81

O que é um crime contra a humanidade? Na literatura que tem se acumulado ao longo de mais de meio século, é lugar-comum reconhecer que o conteúdo normativo e a própria definição dessa ideia permanecem nebulosos. Na obra *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt comenta que os juízes reunidos em Nuremberg para julgar os derrotados da Segunda Guerra Mundial deixaram os crimes contra a humanidade, previstos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg – Acordo de Londres (1945) – “em um estado de ambiguidade ainda mais tormentoso” (Arendt, 1964, tradução livre). Com efeito, à primeira vista, o conceito sob exame encerra uma carga de moralidade abstrata demais para que seja satisfatoriamente operacional do ponto de vista jurídico, já que “a esfera da moral e da lógica não pode ser perfeitamente traduzida para uma fórmula expressa em termos legais” (Bassiouni, 2011, p. viii, tradução livre).

Desde o Acordo de Londres, a gramática e a retórica dos crimes contra a humanidade passaram a desfrutar de ampla repercussão na consciência dos povos, tendo sido acolhidas globalmente, o que se pode constatar até mesmo por seu emprego constante e disseminado nas linguagens midiática e cotidiana. Conquanto muitas controvérsias ainda permeiem o tema, é inegável que, ao menos nos planos lexical e conceitual, a fórmula adotada por esses delitos ostenta, hoje, aceitação quase universal (Bassiouni, 2011, p. 42).

Em sua origem, a noção de crimes contra a humanidade consistia basicamente em uma extensão do direito que regia a condução das hostilidades no curso de uma guerra, o chamado direito internacional humanitário, ou *jus in bello*. Essas normas têm raízes históricas antigas e visam a limitar a devastação provocada pelos conflitos armados mediante, entre outros métodos, a criminalização de certos atos perpetrados pelos nacionais de um Estado contra os nacionais de outro. Em contrapartida, os crimes cometidos dentro das fronteiras de um país figuravam, até mais ou menos recentemente, fora do escopo do direito internacional. Foram necessárias duas guerras totais e os horrores do Holocausto para que se impulsionasse o desenvolvimento dos direitos humanos e do direito penal na seara extra estatal.

Embora os estatutos da maioria dos tribunais internacionais ou internacionalizados, tanto os *ad hoc* quanto o permanente, o Tribunal Penal Internacional, com sede na Haia e instituído em 2002 pelo Tratado de Roma (1998), contenham tipificações desses crimes, notam-se diferenças significativas entre elas. Outrossim, a especificação de seus pormenores pela jurisprudência internacional não tem sido linear, de maneira que definições posteriores são ora mais expansivas, ora mais estreitas do que as predecessoras. As dúvidas que essa multiplicidade de entendimentos pode suscitar fragilizam um valor de suprema importância no âmbito do direito penal: o princípio da legalidade, particularmente em sua vertente *lex certa*¹.

Para além do dissenso quanto a seus elementos normativos, o conceito de crimes contra a humanidade também tem desafiado análises filosóficas dentro e fora do direito. Inúmeras teorias têm sido formuladas no intuito de esclarecer minimamente os significados e as ideias que a expressão evoca. Nesse passo, cabe tecer indagações acerca do que constitui a “humanidade” a que se referem esses delitos, bem como, em um nível mais profundo de investigação, acerca do que caracteriza o ser humano ou a condição humana. Inobstante a validade dessa pesquisa, é evidente que, se uma ou outra tese a respeito pode ser posta em relevo devido a seu maior poder de convencimento, oriundo da coerência e da consistência da argumentação apresentada, ao fim e ao cabo inexistem critérios objetivos que permitam afirmar que qualquer delas enuncia uma verdade definitiva. Afinal, quando se cuida de termos tão polissêmicos quanto humanidade e outros correlatos, as preferências e as escolhas do pesquisador acabam orientando sobremaneira as conclusões de seu estudo, que, em consequência, pode ser tachado de parcial. Sem embargo, isso não implica que uma abordagem fenomenológica dos crimes contra a humanidade – *i.e.*, perquirir sua essência² – seja

¹ “Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de *indeterminação*, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente ‘conceitos que necessitam de complementação valorativa’, isto é, não descrevem efetivamente a *conduta proibida*, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os *conceitos valorativos*, expostos como *cláusulas gerais*, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo...” (Bitencourt, 2008, p. 10-11)

² “O mundo da vida é o lugar da percepção. E perceber é descrever os dados hyléticos, ou seja, o aparecer da sensibilidade frente às coisas. E a partir da percepção, compreender e interpretar o mundo no seu caráter de horizontalidade. Toda percepção de objetos singulares nos mostra um horizonte do mundo. (...) Mundo é a totalidade dos objetos. E somente a partir desse mundo podemos interrogar sobre fundamentos. E fundamento diz

despicienda. Pelo contrário: um exame desse feito poderia oferecer um liame unificador para todos os requisitos típicos que têm sido incorporados a esses delitos, a servir de ponto de referência que justifique a inclusão de alguns desses elementos normativos e a exclusão de outros. Igualmente, conforme salienta Christopher Macleod, sem um escrutínio filosófico da natureza desses crimes, não seria possível alcançar o objetivo de estabelecer vínculos entre categorias morais e jurídicas (Macleod, 2010, p. 282). É certo que se pode contestar a utilidade de semelhante empreitada; todavia, recordando-se a forte conotação moral que o conceito em tela carrega, opinamos que seria proveitoso e benfazejo guiarmo-nos por essa finalidade³.

O presente trabalho será dividido em três partes. Na primeira, buscaremos esboçar um histórico da terminologia e das normas referentes aos crimes contra a humanidade, não só porque uma análise jurídica desses tipos delitivos exige que se conheçam os vários instrumentos internacionais em que estão inscritos, mas também porque uma investigação filosófica dos sentidos atribuídos a essa noção pode extrair inspiração de um relato de como ela tem sido usada ao longo do tempo. Na segunda seção, abordaremos o conteúdo técnico-jurídico dos crimes contra a humanidade, enumerando seus elementos normativos, à luz das convenções internacionais pertinentes e da jurisprudência dos tribunais internacionais; como nossa preocupação se foca na definição dessas figuras típicas, não nos aprofundaremos em questões processuais – por exemplo, acerca da atuação do Tribunal Penal Internacional, ou o debate sobre o reconhecimento de uma jurisdição universal na persecução e na punição desses delitos. Na terceira parte, exporemos algumas das teorias que se têm dedicado a apontar a essência dos crimes contra a humanidade, ou seja, aqueles aspectos que os singularizam, que os distinguem de qualquer outro conceito; não nos sentimos seguros para propor uma tese própria a respeito e admitimos que seria demasiada ousadia intentá-lo sem antes realizarmos pesquisas e reflexões mais exaustivas, que não têm lugar em um artigo de pretensões mais modestas.

não somente da proveniência, do enraizamento, mas também da essência, do sentido, daquilo que caracteriza originariamente o ser das coisas. O simples perceber o mundo na sua horizontalidade, pela via da intenção perceptiva, nos convida a uma atitude de descrição das essências do percebido. É essa a atitude fenomenológica.” (Guimarães, 2007. p. 71-72)

³ “The combination of legal realism with humanism is neither inconsistent nor contradictory. It is, however, a question of how accurately the law can articulate the social values and goals sought to be achieved, and how precise its terms could be formulated to provide unambiguous notice to all.” (Bassiouni, 2011, p. 43)

2. Uma história dos crimes contra a humanidade

Conforme relata Norman Geras, a primeira vez em que se utilizou a expressão “crimes contra a humanidade” foi em uma carta de 1890, escrita pelo afro-americano George Washington Willians para o então Secretário de Estado norte-americano James G. Blaine. Nela, o autor descreve sua visita ao Congo Belga, oficialmente colônia da Bélgica, na prática propriedade pessoal de Leopoldo II, rei dos belgas, denunciando as atrocidades que ali testemunhara: “o Estado do Congo não merece, de maneira nenhuma, sua confiança ou seu auxílio. Ele está ativamente engajado no tráfico de escravos e é acusado de muitos crimes contra a humanidade” (apud Geras, 2011, p. 4). Alguns anos depois, em 1906, em artigo de autoria de Robert Lansing, renomado advogado norte-americano, a pirataria é qualificada como “crime contra o mundo”, enquanto o tráfico de escravos é tachado de “crime contra a humanidade” (Geras, 2011, p. 4-5).

À parte esses antecedentes, a posição majoritária é que a gênese da proibição dos crimes contra a humanidade no direito internacional remonta aos princípios humanitários reguladores dos conflitos armados. A primeira alusão às chamadas “leis da humanidade” pode ser encontrada nos Preâmbulos da I e da IV Convenções da Haia relativas às Leis e aos Costumes das Guerras Terrestres, datadas de 1899 e de 1907, respectivamente (DeGuzman, 2011, p. 5). Em seu parágrafo preambular, que viria a ser conhecido como “Cláusula Martens”, em homenagem ao autor do projeto⁴, constava que, nos casos não abrangidos pelo tratado:

os habitantes e os beligerantes permanecem sob a proteção e o regime dos princípios do direito das nações, porque eles decorrem dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das *leis da humanidade* e dos ditames da consciência pública⁵.

Com essas palavras, tencionava-se prover um amparo mais moral do que jurídico para aquelas violações que não constassem do direito positivo (Bassiouni, 2011, p. 87). Inobstante esse precedente, sabe-se que o rótulo de crimes contra a humanidade foi empregado pela

⁴ Com essa cláusula, Fyodor Martens, diplomata e jurista russo, pretendia cobrir possíveis omissões ou deficiências na tipificação dos crimes de guerra enunciada nas Convenções. Aparentemente, a proposta de um dispositivo de tamanha abrangência teria consistido em um movimento diplomático destinado a superar o impasse que se instaurara na Conferência de Paz da Haia de 1899 (Geras, 2011, p. 6-7).

⁵ Tradução livre. Eis o original em inglês: “the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience” (ICRC, 2015a, grifos nossos).

primeira vez para categorizar crimes internacionais em 1915, durante a Primeira Guerra Mundial. À época, os governos da França, da Grã-Bretanha e da Rússia emitiram uma declaração conjunta denunciando a Turquia – mais acertadamente, o Império Otomano – pelo massacre da população armênia que vivia em território turco, designando essas atrocidades “crimes contra a civilização e a humanidade” e clamando que “todos os membros do Governo Turco serão responsabilizados, em conjunto com os agentes implicados nos massacres” (Schwelb apud DeGuzman, 2011, p. 5, tradução livre). O pronunciamento foi inócuo. Quatro anos depois, no Tratado de Versalhes, que selou a paz entre os Aliados e as Potências Centrais, não se fez menção a esses crimes, contrariando a recomendação da Comissão sobre as Responsabilidades dos Autores da Guerra e sobre a Execução das Penas pelas Violações das Leis e dos Costumes da Guerra; o art. 228 do acordo estabelecia o julgamento de militares alemães pelo cometimento de crimes de guerra (Bassiouni, 2011, p. 88-89)⁶.

Como resultado, apenas após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, reconheceu-se formalmente que certos atos praticados durante o conflito configuravam crimes contra a humanidade⁷. Nos termos do Acordo de Londres, que delineava a competência do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, esses delitos eram assim expressos em seu art. 6º (c):

⁶ A exclusão do trecho “crimes contra a civilização e a humanidade” ocorreu por força da oposição dos Estados Unidos da América (EUA), que argumentavam que a expressão “leis da humanidade” não podia ser definida com precisão, uma vez que se fundamentava no direito natural e não no direito internacional positivo. O Japão fez eco à opinião estadunidense, e ambos os países, que eram membros da Comissão, rejeitaram o Relatório Final (Bassiouni, 2011, p. 89). Sem embargo, no texto original, afirmava-se que “[t]he war (...) carried on by the Central Empires together with their allies, Turkey and Bulgaria was conducted by barbarous or illegitimate methods in violation of the established laws and customs of war and the elementary laws of humanity” (apud Bassiouni, 2011, p. 90). Ainda, buscou-se orientar que o Alto Tribunal instituído para julgar os combatentes vencidos adotasse como direito aplicável “the principles of the law of nations as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and from the dictates of public conscience” (apud Bassiouni, 2011, p. 91), ou seja, a Cláusula Martens. No entanto novamente os representantes dos EUA discordaram da proposta, alegando que as referidas “leis da humanidade” eram vagas demais para respaldar condenações, sem esquecer as dificuldades inerentes à determinação de um padrão de humanidade supostamente universal (Bassiouni, 2011, p. 91).

⁷ Bassiouni (2011, p. 92-94) relata que, no primeiro acordo de paz celebrado com a Turquia no pós-Segunda Guerra, o Tratado de Sèvres, os Aliados fizeram constar dispositivos que determinavam o julgamento e a punição dos responsáveis pelo genocídio dos armênios, tido como um exemplo dos “crimes contra a civilização e a humanidade”. Não obstante, o Tratado de Sèvres não chegou a ser ratificado, tendo sido substituído pelo Tratado de Lausanne, que não replicava as normas do anterior acerca dos crimes contra a humanidade. O motivo dessa omissão residia na Declaração de Anistia para todas as ofensas cometidas entre 1914 e 1922, concessão feita pelos Aliados à Turquia como parte do ajuste político que redundou na entrada em vigor do Tratado de Lausanne. Esse desfecho, contudo, não alterava o fato de que a responsabilidade do governo turco e de seus agentes havia sido reconhecida, na medida em que, obviamente, uma anistia só podia referir-se à prática de um crime. Embora não tenha sobrevivido o cumprimento de pena, isso não implicava a inexistência jurídica do delito.

homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos cometidos contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou, ainda, perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas, perpetradas para levar a cabo qualquer dos crimes dentro da jurisdição do Tribunal, ou em conexão com qualquer desses crimes, mesmo que não constituam violação do direito doméstico do Estado onde se deu a prática criminosa⁸.

Ao tempo do Estatuto de Nuremberg, o arcabouço normativo que vedava os crimes cometidos no curso de uma guerra não compreendia violações de caráter não internacional, decorrentes de conflitos internos, ou de perseguições comandadas por um Estado contra seus nacionais, como se verificara com o Holocausto. Dessa maneira, como o direito internacional não cogitava punir delitos perpetrados em hostilidades puramente domésticas, os crimes contra a humanidade tais como enunciados no Acordo de Londres nasceram conectados ao contexto de uma guerra entre Estados, vale dizer, para que lhes fosse conferida a qualidade de crimes *internacionais*, foi preciso vinculá-los aos crimes de guerra, que, segundo a concepção vigente à época, não podiam acontecer em situação de conflito interno (Bassiouni, 2011, p. 112). A responsabilidade criminal por ofensas dirigidas contra a população civil independentemente da nacionalidade foi, portanto, afirmada, mas sob a condição de que esses atos reprováveis estivessem associados à deflagração ou à condução de uma guerra. Sem embargo, esse requisito de conexão bélica não tardaria a ser suprimido dos crimes contra a humanidade (Bassiouni, 2011, p. 137).

Definições similares à do Acordo de Londres foram incluídas nos instrumentos concebidos para processar os nazistas nas várias zonas ocupadas pelos Aliados na Alemanha⁹,

⁸ Tradução livre. Eis o original em inglês: “murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country were perpetrated” (Charter, 2015).

⁹ Trata-se da Lei do Conselho de Controle n. 10, Punição das Pessoas Culpadas por Crimes de Guerra, Crimes contra a Paz e Crimes contra a Humanidade (*Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*), de dezembro de 1945 e cujo art. 2º (1, c) previa: “[crimes] against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated” (Control, 2015). Como ressalta Margaret M. DeGuzman (2000, p. 348), a definição constante da Lei do Conselho de Controle n. 10 difere em alguns aspectos da presente no Estatuto de Nuremberg: em primeiro lugar, o rol de atos puníveis foi alargado; em segundo lugar, o texto esclarece que essa enumeração é meramente exemplificativa e não exaustiva; e, finalmente, eliminou-se o requisito de que os crimes contra a humanidade estivessem vinculados a uma situação de guerra.

bem como para julgar os japoneses¹⁰. Os julgamentos por crimes contra a humanidade que se seguiram, tanto em Nuremberg quanto em Tóquio, foram severamente criticados por violarem o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), em sua forma *lex praevia*. Quando os advogados de defesa levantaram esse argumento, entretanto, as cortes rejeitaram-no sem hesitar, à exceção de um juiz do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, que atentou para a evidente intenção dos vencedores da Segunda Guerra de utilizar o processo penal para fins de vingança (DeGuzman, 2011, p. 6). O consenso entre os Aliados era que a noção de crimes contra a humanidade não era nova no direito internacional e sim que estava firmemente alicerçada em princípios gerais de direito e no costume internacional (DeGuzman, 2000, p. 345), mesmo porque, como explicado mais acima, esses delitos ainda eram entendidos como uma derivação dos crimes de guerra, proscritos pelo direito internacional humanitário, devidamente positivado em convenções internacionais (Bassiouni, 2011, p. 112).

A jurisprudência produzida em Nuremberg travou poucas discussões acerca dos contornos jurídicos dos crimes contra a humanidade. Com frequência esses delitos eram abordados em conjunto com os crimes de guerra, de sorte que se evitava distinguir os dois gêneros delitivos. Ao analisar a culpabilidade dos réus, só em dois casos o Tribunal Militar Internacional não mesclou a apreciação de ambas as figuras típicas, contudo, mesmo nessas ocasiões, é difícil extrair conclusões elucidativas a respeito da definição dos crimes contra a humanidade. Não obstante, o Acordo de Londres representou o primeiro esforço de conceituar esses delitos, pelo que serviria de modelo para formulações subsequentes (DeGuzman, 2000, p. 347).

Entre os avanços do período pós-Nuremberg, merecem realce os trabalhos de codificação empreendidos pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1947, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) atribuiu à CDI os encargos de “formular os princípios de direito internacional reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e de preparar um projeto de código de ofensas contra a paz e a segurança da humanidade” (UN, 2015a, tradução livre). Como decorrência, foram elaborados

¹⁰ Cf. art. 5º (c) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (1946): “[crimes] against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders” organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any or the foregoing crimes are responsible for all ‘acts performed by any person in execution of such plan” (International, 2015).

o Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, de 1954, e dois Projetos de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, de 1991 e de 1996, respectivamente. Embora esses documentos não sejam vinculantes, eles têm sido encarados como prova da existência de um costume internacional, ou como reflexo de princípios gerais de direito, aduzindo-se que, ocasionalmente, os tribunais internacionais os mencionam em seus julgados (DeGuzman, 2000, p. 349-350). O Projeto de 1996 inspirou-se na redação do Estatuto de Nuremberg e em desenvolvimentos posteriores do direito internacional em matéria de crimes contra a humanidade, inovando em quatro pontos: a) eliminação da exigência de nexos entre o cometimento desses delitos e um contexto de guerra; b) substancial ampliação da lista de atos descritos nos tipos penais; c) adição do requisito de que os fatos típicos devem ser praticados de maneira sistemática, ou em larga escala; e d) acréscimo da necessidade de que a ação seja instigada ou conduzida por um governo, ou por uma organização, ou por um grupo (UN, 1996, p. 47).

Na sequência, os estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia (1993), proveniente dos massacres sucedidos nos Bálcãs, e para Ruanda (1994), oriundo do genocídio levado a cabo por hutus contra tutsis e hutus moderados, importaram em novas mudanças nos elementos dos crimes contra a humanidade, especialmente em razão da natureza doméstica dos conflitos em que foram perpetrados os delitos sob a competência desses órgãos judiciais. O primeiro instrumento conceitua os crimes contra a humanidade como qualquer ato inumano “cometido em um conflito armado, seja ele de caráter internacional ou interno, e direcionado contra qualquer população civil” (ICTY, 2009, tradução livre). Outrossim, expande-se o rol de atos passíveis de punição, comparativamente com os termos do Acordo de Londres. Por sua vez, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda afasta o liame entre os crimes contra a humanidade e a guerra, mas estabelece, como requisito adicional, que os delitos devem ser “cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, com base em razões de nacionalidade, políticas, étnicas, raciais ou religiosas” (ICTR, 2010, tradução livre). Com isso, no contexto ruandês, não somente o crime de perseguição, mas sim *todos* os atos inumanos passaram a demandar a comprovação de uma lógica ou de um viés discriminatório para que constituíssem crimes contra a humanidade, consignando visível regressão no delineamento dessas figuras típicas (DeGuzman, 2000, p. 351).

Em julho de 1998, em conferência sob os auspícios da ONU, foi acolhido o Tratado de Roma, instrumento que instituiu pela primeira vez na história um Tribunal Penal Internacional (TPI) de vocação permanente. A entrada em vigor da convenção decorreu de uma votação de 120 votos a favor, de 21 abstenções – entre as quais a do México – e de sete votos contra – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar (Coalition, 2015). Pelo art. 7º, o Estatuto reconhece ao TPI competência para apreciar o cometimento de crimes contra a humanidade, assim definidos:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
 - a) Homicídio;
 - b) Extermínio;
 - c) Escravidão;
 - d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
 - e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
 - f) Tortura;
 - g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
 - h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
 - i) Desaparecimento forçado de pessoas;
 - j) Crime de *apartheid*;
 - k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.
2. Para efeitos do parágrafo 1º:
 - a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política...

Conquanto essa definição seja vinculante apenas para o TPI, ela também consagra evidência do direito internacional consuetudinário na matéria, na medida em que foi aprovada por expressivo número de Estados, tanto durante a conferência de 1998 quanto após, pelo processo de ratificação (UN, 2015b). Entre as modificações mais importantes, cabe citar: a) a supressão do nexu bélico e do requisito da intenção discriminatória; b) a ampliação do elenco de atos típicos, com destaque para as ofensas à dignidade sexual, para a inclusão do gênero como um dos motivos do crime de perseguição e para os delitos de desaparecimento forçado e

de *apartheid*; c) a reiteração da exigência de que os fatos típicos sejam cometidos “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”, o que exclui a penalização de atrocidades isoladas; e d) a manutenção da necessidade de que a prática delitiva seja fruto da “política de um Estado ou de uma organização”.

Curiosamente, as cortes internacionais surgidas após o Tratado de Roma não se contentaram em simplesmente seguir a conceituação de crimes contra a humanidade por ele fornecida. Desse modo, no âmbito da Corte Especial para Serra Leoa, por exemplo, excluiu-se o requisito de que os atos puníveis integrassem uma política estatal, estabelecendo-se apenas que devem ser perpetrados “como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil” (RSCSL, 2015). Já no que concerne às Câmaras Extraordinárias das Cortes do Camboja, competentes para julgar os massacres cometidos durante o período democrático, também foi rechaçado o aspecto governamental, mas reintroduziu-se a exigência de discriminação, na linha do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ECCC, 2004). Por fim, vale ressaltar que, apesar das pretensões uniformizadoras do Tratado de Roma, a positivação dos crimes contra a humanidade nos ordenamentos domésticos dos Estados tem igualmente originado definições plurais (DeGuzman, 2011, p. 8).

Narrada a evolução normativa dos crimes contra a humanidade à luz dos instrumentos internacionais pertinentes, passaremos à exposição de seus elementos constitutivos segundo a jurisprudência e a doutrina.

3. Os contornos jurídicos dos crimes contra a humanidade

O preciso delineamento do conteúdo normativo dos crimes contra a humanidade clarifica os valores morais que devem ser respeitados e promovidos internacionalmente. A quantidade de requisitos típicos e seu rigor não podem ser de tal ordem que implique uma restrição excessiva da aplicabilidade das normas. Se esses delitos fossem limitados a situações que envolvessem uma política estatal, o efeito seria deixar de fora da proibição atrocidades cometidas por atores não governamentais. Similarmente, confinar a incidência desses crimes a um contexto de conflito internacional impediria que se penalizassem os abusos praticados no curso de uma guerra civil, por exemplo. Nesse sentido, embora M. Cherif Bassiouni (2011, p. 10) defenda que o principal elemento que converte os atos típicos dos crimes contra a humanidade – homicídio, tortura, agressão sexual, entre outros –, todos eles fatos puníveis

ordinariamente pelo direito interno de vários países, em abusos condenados pelo direito internacional é o aspecto governamental, a saber, a exigência de instigação ou de direção da conduta delitiva por um Estado¹¹, a jurisprudência dos tribunais internacionais têm flexibilizado esse e outros requisitos. Margaret M. DeGuzman (2000, p. 340) propõe que, em face dos desafios percebidos no cenário internacional contemporâneo, os vários constrangimentos normativos a um maior alcance dos crimes contra a humanidade sejam rechaçados, para que a comunidade internacional fique habilitada a condenar e a punir pura e simplesmente todo ato inumano perpetrado de forma generalizada ou sistemática. Mais adiante, quando tratarmos da fenomenologia dos crimes contra a humanidade, veremos que determinadas teorias filosóficas sobre esse conceito podem legitimar um alargamento desmedido de seu escopo, mas, ao contrário, justamente aquelas perspectivas que consideramos mais convincentes desautorizam que assim se proceda.

Nesta parte, estudaremos um a um dos elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade.

3.1. O nexu bélico

Conforme expusemos acima, no Estatuto de Nuremberg, requeria-se que os crimes contra a humanidade estivessem conectados com a deflagração ou com a condução de uma guerra entre Estados (Charter, 2015). Essa exigência foi replicada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, com a diferença de que, nesse caso, bastava que se cuidasse de conflito interno (ICTY, 2009). Não obstante, tem-se entendido que esse elemento constitutivo não mais compõe a definição de crime contra a humanidade consagrada pelo costume internacional. Efetivamente, tão cedo quanto em 1945, na Lei do Conselho de Controle n. 10, aplicável às zonas ocupadas pelos Aliados na Alemanha no pós-Segunda Guerra, o nexu bélico já havia sido suprimido (Control, 2015). Esse fato seria inclusive levado em conta pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia ao formular a seguinte conclusão em sua sentença no caso *Tadić*, de 1997:

¹¹ “[The] abuse of state power transforms a domestic crime or series of crimes into an international crime. Furthermore, it is not the quantum of the resulting harm that controls, but the potentiality of large-scale harm that could derive from a state’s abuse of power.” (Bassiouni, 2011, p. 10) Em contrapartida, recorde-se que o Tratado de Roma se refere a uma política promovida não só por um Estado, mas também por uma organização.

a inclusão do requisito de um nexo bélico não se coaduna com o desenvolvimento da doutrina posterior ao Estatuto de Nuremberg, iniciada com a Lei do Conselho de Controle n. 10, que não mais conecta o conceito de crimes contra a humanidade com um conflito armado¹².

3.2. Ataque generalizado ou sistemático e política governamental

Como traço distintivo dos crimes contra a humanidade com relação àqueles tipos penais do direito interno que descrevem as mesmas condutas proibidas, tem-se que os atos inumanos devem ser cometidos como parte de um ataque mais abrangente. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda elenca expressamente esse requisito e demanda que se verifique uma conexão entre a ação individual levada a cabo pelo autor do delito e uma agressão de maior escala, seja porque generalizada – fere muitas vítimas –, seja porque sistemática – organizada e prolongada (ICTR, 2010). Por seu turno, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia interpretou seu estatuto no sentido de aduzir esse elemento constitutivo, não constante do texto (ICTY, 2000a, § 202).

O Estatuto do TPI conceitua o termo ataque como “a prática múltipla de atos (...) de acordo com a política de um Estado ou de uma organização”, contudo esse entendimento não é pacífico, e a jurisprudência internacional tem oscilado em suas posições. O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia definiu ataque como “um curso de conduta envolvendo o cometimento de atos de violência” (ICTY, 2001a, § 415, tradução livre). Em contraste, uma das câmaras do Tribunal Penal Internacional para Ruanda considerou que essa palavra significava apenas qualquer das ações enumeradas em seu estatuto, que poderia mesmo prescindir de violência física, como na hipótese da implementação de um regime de *apartheid* (ICTR, 1998, § 581). Outra câmara da mesma corte asseverou que a ideia de ataque excluía dos crimes contra a humanidade “atos levados a cabo puramente por motivos pessoais, bem como aqueles que estivessem fora de uma política ou de um plano mais abrangente” (ICTR, 1999a, § 122, tradução livre). A Corte Especial para Serra Leoa adotou concepção menos rigorosa,

¹² Tradução livre. Eis o original em inglês: “the inclusion of the requirement of an armed conflict deviates from the development of the doctrine after the Nürnberg Charter, beginning with Control Council Law No. 10, which no longer links the concept of crimes against humanity with an armed conflict” (ICTY, 1997, § 627). Em fase anterior desse mesmo processo, a corte asseverou que era uma “settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict”; em seguida, apontou-se que talvez os delitos em tela não necessitassem apresentar *nenhum* elo com qualquer conflito armado (ICTY, 1995, § 141).

esclarecendo que o termo denotaria “uma campanha, uma operação ou um curso de conduta (...) não limitado ao uso da força armada, mas abarcando também quaisquer maus-tratos contra a população civil” (SCSL, 2007, tradução livre). Adicionalmente, tem-se compreendido que o ataque não precisaria estender-se por uma área geográfica demasiado vasta. O consenso mínimo acerca do conceito é que uma sucessão de atos isolados, contra vítimas desconexas, estaria fora de seu escopo (DeGuzman, 2011, p. 11). Quanto à presença de uma intenção discriminatória, sabe-se que é desnecessária, salvo nos âmbitos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, 2010) e das Câmaras Extraordinárias das Cortes do Camboja (ECCC, 2004), por enunciação explícita em seus estatutos.

Discute-se se os adjetivos generalizado e sistemático seriam cumulativos (ligados pelo conectivo “e”) ou alternativos (ligados pelo conectivo “ou”). Durante a Conferência de Roma de 1998, quando o Estatuto do TPI foi submetido à assinatura dos Estados, ambas as óticas contaram com representantes: a segunda recebeu o apoio da maioria, mas a primeira era defendida pelos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), entre outros países. O compromisso que emergiu estaria refletido nas exigências de multiplicidade de atos e da “política de um Estado ou de uma organização”, o que, para alguns autores, teria transformado o critério alternativo, afinal vitorioso, em critério cumulativo, devido à correspondência entre, de um lado, o adjetivo generalizado e a multiplicidade de atos e, de outro, o adjetivo sistemático e a política estatal ou organizacional. Margaret M. DeGuzman assinala que o costume internacional não chancela essa interpretação restritiva: a tendência jurisprudencial tem sido equivaler a generalidade à escala da vitimização¹³ – mesmo que um só ato seja praticado, contanto que redunde em elevado número de vítimas (DeGuzman, 2011, p. 12) – e, no que tange à sistematicidade, afastar o requisito da política governamental ou de uma organização:

[ao] contrário do que os apelantes propugnaram, nem o ataque, nem as ações dos acusados precisam ser avalizados por qualquer forma de “política” ou de “plano”. Não há nada no Estatuto ou no direito internacional costumeiro ao tempo do cometimento

¹³ Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia assentou que o adjetivo generalizado refere-se à escala dos atos perpetrados e ao número de vítimas e que um único ato inumano de extraordinária magnitude pode satisfazer esses requisitos (ICTY, 2000b, § 206). O Tribunal Penal Internacional para Ruanda definiu o termo como “massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims” (ICTR, 1998, § 580). Igualmente, para a Corte Especial para Serra Leoa, o importante é a natureza de larga escala do ataque e o número de vítimas (SCSL, 2007, § 112).

dos atos que requeresse a prova da existência de um plano ou de uma política voltada para a perpetração desses crimes. Como indicado acima, os elementos jurídicos do tipo penal são a prova de que o ataque foi direcionado contra uma população civil, bem como a necessidade de que esse ataque tenha sido generalizado ou sistemático. Mas, para provar esses elementos, é dispensável mostrar que eles decorreram de uma política ou de um plano (...). Por conseguinte, a existência de uma política ou de um plano pode ser considerada relevante como evidência, mas não constitui elemento jurídico do crime¹⁴.

Em consequência, tem-se admitido que atores não estatais também podem praticar crimes contra a humanidade, sendo irrelevante para o amoldamento dos fatos às figuras típicas a ocorrência, *e.g.*, de uma política de extermínio em curso. M. Cherif Bassiouni (2011, p. 22) é crítico ferrenho dessa perspectiva, propugnando que o elemento da política estatal seria imprescindível para a caracterização dos crimes contra a humanidade¹⁵. Para ele, nem mesmo se pode cogitar da política de uma organização estranha ao Estado, na medida em que o art. 7º (2) do Estatuto do TPI, ao aludir a essa possibilidade, estaria na verdade fazendo referência a organizações internas ao aparato governamental, como um segmento das Forças Armadas, dos serviços de inteligência, ou da polícia (Bassiouni, 2011, p. 24). Ora, o problema é que, mesmo que se incluam entidades não estatais entre as organizações mencionadas pelo Tratado de Roma, ainda há que determiná-las com mais precisão.

De toda sorte, na prática, os traços da generalidade e da sistematicidade dos atos perpetrados não têm imposto grandes dificuldades em sede probatória às cortes internacionais

¹⁴ Tradução livre. Eis o original em inglês: “[contrary] to the Appellants’ submissions, neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of ‘policy’ or ‘plan’. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. (...) Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime” (ICTY, 2002, § 98). Outrossim, no caso *Tadić*, explicou-se que: “[the] traditional conception was, in fact, not only that a policy must be present but that the policy must be that of a State, as was the case in Nazi Germany. The prevailing opinion was, as explained by one commentator, that crimes against humanity, as crimes of a collective nature, require a State policy ‘because their commission requires the use of the state’s institutions, personnel and resources in order to commit, or refrain from preventing the commission of, the specified crimes described in Article 6(c) [of the Nurnberg Charter].’ While this may have been the case during the Second World War, and thus the jurisprudence followed by courts adjudicating charges of crimes against humanity based on events alleged to have occurred during this period, this is no longer the case” (ICTY, 1997, § 654). Para uma excelente compilação da jurisprudência a respeito, v. Bassiouni (2011, p. 24-28).

¹⁵ “State policy can be based on a decision by the head of state, or a common design agreed to by senior officials, who rely on the state’s powers and resources, in whole or in part, to carry out such a policy, or when the conduct of low-ranking public officials relying on state powers and resources is committed with the connivance or knowledge of higher-ranking public officials, or when such higher-ranking officials fail to carry out their obligation to prevent the conduct in question or fail to punish the perpetrators when the conduct is discovered or reasonably discoverable.” (Bassiouni, 2011, p. 22)

ad hoc: a existência dos dois elementos têm sido razoavelmente fácil de comprovar-se (DeGuzman, 2011, p. 14). Por fim, sublinhe-se que talvez a única certeza seja a desnecessidade de que o ataque, para ser generalizado ou sistemático, aconteça em contexto de conflito armado, devido à caducidade do nexu bélico, como visto.

3.3. Agressão dirigida contra uma população civil

O alvo primário dos crimes contra a humanidade precisa ser uma população civil (ICTY, 2001a, §421), não importando se nacional ou estrangeira. A palavra população tem sido interpretada como significando tão somente uma vitimização em larga escala, distinta da que se verifica na prática de crimes isolados (ICTY, 2002, § 90). Não se requer alvejar em sua inteireza o núcleo populacional de uma área geográfica específica e sim basta que a quantidade de vítimas seja substantiva e que se demonstre alguma conexão entre elas (ICTR, 2004, § 669). Com isso, ao que parece, o termo população tem meramente reiterado o elemento da generalidade do ataque.

Quanto a quais indivíduos ou grupos constituem civis, os tribunais internacionais têm-se baseado no direito internacional humanitário, que rege os conflitos armados, no intuito de proteger todas as pessoas que não estejam ativamente engajadas nas hostilidades (ICTR, 1999b, § 72). Os critérios que diferenciam combatentes e não combatentes têm sido alargados para alocar entre esses últimos movimentos de resistência e todos aqueles que deixaram de participar da movimentação bélica. Essa categorização tem-se valido tanto do perfil dos sujeitos envolvidos quanto de caracteres situacionais, referentes ao contexto em que essas pessoas se encontravam quando do cometimento dos crimes. Para finalizar, observe-se que a presença de combatentes em meio a uma população predominantemente civil não altera o caráter dessa última (ICTY, 2000a, § 214).

Por um lado, é de lamentar-se que os crimes contra a humanidade, que não mais se vinculam ao nexu bélico, de maneira que também podem ocorrer em períodos de paz, se pautem na definição de civil própria dos crimes de guerra. Disso resulta que o pessoal militar, *e.g.*, acaba sendo excluído do conjunto de vítimas potenciais desses delitos, uma limitação que, consoante Antonio Cassese, contraria a finalidade do direito internacional dos direitos humanos

e do direito internacional humanitário¹⁶. Não obstante, visto que a maioria dos crimes contra a humanidade tem sido cometida efetivamente durante conflitos armados, há pouca jurisprudência concernente ao *status* da população civil em tempos de paz (DeGuzman, 2011, p. 15). Um dos raros exemplos foi a manifestação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda no caso *Kayishema* (1999) no sentido de que, na ausência de uma situação bélica, todas as pessoas são civis, exceto as que tiverem o dever de manter a ordem pública, porque podem servir-se legitimamente do uso da força (ICTR, 1999a, § 128). Apesar desse pronunciamento, talvez a melhor postura seja concluir que, na paz, qualquer distinção perde relevância, pelo que todo indivíduo desarmado é civil no que respeita aos crimes contra a humanidade (DeGuzman, 2011, p. 16).

3.4. Elementos objetivo e subjetivo

A fim de que configure um crime contra a humanidade, o ato individual praticado deve, por sua natureza ou por suas consequências, fazer parte de um ataque generalizado ou sistemático (ICTY, 2002, § 99). Esse elo objetivo não exige, no entanto, que a conduta tenha sido realizada em meio ao ataque, ou seja, o delito existe mesmo se o ato individual distanciar-se temporal ou geograficamente da agressão maior, desde que esteja conectado a ela de alguma forma (ICTY, 2002, § 100). Remanesce sem resposta se a ação atribuída ao autor deve, *por si só*, ser suficiente para satisfazer os critérios de generalidade e de sistematicidade, ou se, ao contrário, esses requisitos podem ser preenchidos se o ato individual for considerado *no conjunto* do ataque dirigido contra uma população civil (DeGuzman, 2011, p. 16).

Paralelamente, o elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade consiste na ciência do sujeito ativo de que sua ação integra uma agressão generalizada ou sistemática. É o que se extrai sem empecilho do art. 7º (1) do Tratado de Roma, bem como é esse o entendimento prevalente na jurisprudência¹⁷ (ICTY, 2000a, §§ 251-257). Em certas ocasiões, as cortes internacionais flexibilizaram ainda mais o nível de conhecimento que se espera do autor: em

¹⁶ “Generally speaking, it would be contrary to the whole spirit and logic of modern international human rights law and humanitarian law to limit to civilians (especially in time of peace) the international protection of individuals against horrendous and large-scale atrocities.” (Cassese, 2006, p. 949)

¹⁷ Em decisão mais antiga, no caso *Tadić*, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia foi mais rigoroso, ao determinar que, além de saber do ataque, o autor devia agir com a intenção ou com o propósito de contribuir para essa agressão de maior escala (ICTY, 1997, § 627).

lugar de estar ciente do ataque, bastaria que ele, pelas circunstâncias, devesse estar ciente – *i.e.*, que tivesse razões para tanto (SCSL, 2007, § 121) –, ou que assumisse o risco de que seu ato fizesse parte de um quadro de violência mais abrangente – *i.e.*, verifica-se a presença de dolo eventual (ICTY, 2001a, § 434; ICTY, 2000a, § 254). Sem embargo, o Estatuto de TPI não parece contemplar essa última hipótese, visto que, no art. 30 (3), define conhecimento como “a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos”¹⁸. Ainda, assinala-se que, segundo as explicações consolidadas no texto *Elementos dos crimes*, adotado pela Assembleia dos Estados partes no Tratado de Roma, ter ciência do ataque não implica conhecer todas suas características nem cada detalhe da política estatal ou organizacional em andamento, mas o perpetrador há de ter *algum* conhecimento a respeito (ICC, 2011, p. 5).

Os motivos do perpetrador são irrelevantes para a avaliação do elemento subjetivo (ICTY, 1999, § 271-272). Tampouco é necessário que esteja presente qualquer intento discriminatório, exceto no crime de perseguição (ICTY, 1999, § 305). A propósito, é justamente a dispensabilidade desse aspecto psicológico especial que estrema os crimes contra a humanidade do crime de genocídio, que se singulariza pela intenção de destruir determinado grupo.

3.5. O rol de atos típicos

Em geral, à parte a adição dos crimes de desaparecimento forçado e de *apartheid*, a lista de atos inumanos insculpida no Estatuto do TPI resgata as enumerações feitas em outros instrumentos internacionais, pelo que se pode dizer que ela reflete o direito internacional costumeiro acerca da matéria (DeGuzman, 2011, p. 18).

Cabe dedicar atenção particular ao crime de perseguição, descrito no art. 7 (1, h) do Tratado de Roma. A intenção discriminatória é indispensável para que o tipo se aperfeiçoe, todavia, afora esse aspecto, seus reais contornos são nebulosos. Os tribunais internacionais têm

¹⁸ Em contraste, no documento *Elementos dos crimes*, que reproduz os comentários ao Estatuto do TPI, submetidos à aprovação da Assembleia dos Estados partes em 2002, os parâmetros para a aferição do conhecimento do autor do delito são mais exigentes: quando seus atos integrarem um “ataque generalizado ou sistemático em formação” (*emerging widespread or systematic attack*), não é suficiente que tenha ciência dessa agressão maior; é preciso, mais do que isso, que tenha a intenção de fazer o ataque progredir. O texto não esclarece o que seria um “ataque generalizado ou sistemático em formação”, contudo (ICC, 2011, p. 5).

multiplicado o número de atos que se enquadram nesse rótulo, incluindo, entre outros, o assédio – *harassment* –, a humilhação, o abuso psicológico (ICTY, 2001b, § 186-192), a destruição de propriedade (ICTY, 2000a, § 227) e a propagação de discurso de ódio – *hate speech* (ICTR, 2003, § 1072). Para esse delito atingir uma gravidade que demande a intervenção do direito penal internacional, requer-se que seja cometido em conjunto com “qualquer [outro] crime da competência do Tribunal”, o que sugere que ele ostenta natureza subsidiária.

Em função da inconstância da jurisprudência e das controvérsias que a definição de crimes contra a humanidade constante do Estatuto do TPI tem suscitado¹⁹, não causa espanto que, já na década de 1990, M. Cherif Bassiouni (1994) atentasse para a necessidade de uma convenção específica tipificando esses delitos. Em julho de 2014, a Comissão de Direito Internacional da ONU designou o professor Sean D. Murphy como Relator Especial encarregado de elaborar um Primeiro Relatório para um Projeto de Artigos, dando início ao processo de codificação (Sadat, 2014).

4. Uma leitura fenomenológica dos crimes contra a humanidade

A expressão crimes contra a humanidade denota que sua *raison d'être* é que eles afrontam ou ameaçam a “humanidade”, para além de suas vítimas imediatas. Logo, para que possamos discernir a essência desse conceito – ou, melhor, para que possamos expor algumas das possíveis leituras dessa essência –, urge perquirirmos o que o significado de humanidade, ou da condição humana. “A maneira como se lê a palavra ‘humanidade’ parece ser indicativa do que se considera a essência do referido crime.” (Macleod, 2010, p. 283, tradução livre)

Antes de prosseguirmos, porém, é válido confrontarmos uma potencial objeção à presente pesquisa. Talvez se possa argumentar que, ao tentarmos identificar os aspectos que singularizam a noção de crimes contra a humanidade, terminaríamos por privá-la de sua força

¹⁹ Na síntese de Margaret M. DeGuzman: “[the] current definitions of crimes against humanity in various international instruments and decisions fail to address adequately these normative questions. Instead, they reflect a rather incoherent combination of normative perspectives. The Nuremberg and ICTY definitions view crimes against humanity through the lens of peace and security by linking these crimes to armed conflict. The Rome Statute and some of the jurisprudence of the ad hoc tribunals incorporate the focus on State action or policy while other statutes and cases, such as those of the SCSL, place significant reliance on the gravity of the crimes. Finally, the ICTR and ECCC emphasize group-based harm by incorporating a discrimination requirement among the contextual elements. In sum, the failure of the international community to adopt a more coherent normative framework for crimes against humanity has led to significant inconsistencies in this body of international criminal law” (DeGuzman, 2011, p. 23).

moral. É que se pode pensar que boa parte do misticismo que o conceito evoca deriva exatamente de sua indeterminação: a intuição moral que nos leva a repudiar sem hesitação qualquer ato que seja qualificado como crime contra a humanidade, bem como a vontade que impele a comunidade internacional a condenar atrocidades, ou mesmo a intervir para fazê-las cessar – ambos os sentimentos só se manifestam de maneira desimpedida quando não se procura racionalizar a noção objeto do ultraje pessoal e coletivo. Assim é que Martti Koskenniemi propõe que o “argumento racional contesta e tabu (...) e, em consequência, inesperadamente, torna mais fácil contemplá-lo” (Koskenniemi, 1997, p. 154, tradução livre). Similarmente, Costas Douzinas (2009, p. 379-380) pugna que a ideia de direitos humanos encontra seu fim quando – incorporada em declarações, em tratados e em constituições durante os séculos XX e XXI – é apropriada por diplomatas e por juristas, que acabam por subsumi-la em debates e em negócios técnico-burocráticos. Ora, assim como a positivação e a juridicização dos direitos humanos tolhem sua carga política, ocasionando a perda de seu caráter revolucionário, de *standards* negativos que servem para avaliar (e para criticar) um *status quo* insatisfatório, a investigação da essência dos crimes contra a humanidade pode limitar sua aptidão para denunciar o cometimento de atrocidades e para incentivar a mobilização internacional para combatê-las. O contra-argumento é que, como assevera Christopher Macleod, não resta cabalmente demonstrado que refletir acerca de um fenômeno *necessariamente* resulta em inação: pode-se simultaneamente pensar, sentir e agir – e tendemos a concordar com essa conclusão. Daí se deduz a validade da análise que empreenderemos.

Para respondermos à questão de o que é um crime contra a humanidade, perguntaremos, portanto, o que é a humanidade que eles vulneram.

4.1. A humanidade como entidade metafísica

Para Xunwu Chen (2013, p. 25), o conceito de crimes contra a humanidade carrega consigo o espírito de nossa época. O autor entende que esses delitos, mais do que uma perversidade moral, representam a antítese jurídica da humanidade. A humanidade é definida como a identidade, concomitantemente metafísica e prática, que interliga todos os seres humanos, entretanto não se limita a isso. Mais do que um sinônimo de espécie humana e mais do que um valor existencial supremo, ela é investida de caráter normativo, pois o crime contra a humanidade – que, como delito, consiste na transgressão de normas jurídicas – pressupõe que

se possa falar em um direito da humanidade (Chen, 2013, p. 26-27). A tese, contudo, não se aprofunda e, na realidade, contém inúmeras impropriedades. Ao partir da premissa de que a ideia de humanidade seria dotada de juridicidade, Chen (2013, p. 28) enuncia várias deduções ousadas e de pouca consistência, *e.g.*, que a humanidade seria um sujeito jurídico, a que seriam devidas obrigações, ou que a humanidade seria uma vítima indireta de um crime contra a humanidade. Segundo o autor, esse delito transcenderia a vitimização de indivíduos ou de grupos para, por extensão, vitimar a própria humanidade enquanto entidade abstrata. Daí a asserção, constantemente reiterada, de que os crimes contra a humanidade chocam a consciência humana, na medida em que denegam a suas vítimas o *status* de seres humanos (Chen, 2013, p. 28-29).

Os problemas dessa teoria são evidentes. O primeiro refere-se a sua superficialidade: para conceituar humanidade, o autor recorre a uma série de abstrações – “identidade metafísica”, “consciência intersubjetiva da comunidade global de seres humanos”, entre outras (Chen, 2013, p. 35) –; mesmo a proposição de que a humanidade seria uma noção normativa aparenta ser bastante vazia de sentido. A segunda complicação é que não se discerne nenhum aspecto que singularize os crimes contra a humanidade, que os estreme de qualquer outro gênero delitivo. Afinal, pode-se propugnar que, no limite, todo crime ofende a humanidade de suas vítimas. A frase de Gandhi em epígrafe neste artigo, “[todo] assassinato ou qualquer outra ofensa cometida ou infligida contra outrem, independentemente de sua causa, é um crime contra a humanidade” (tradução livre), se não deixa de ser bela pela lição que transmite e pelo sentimento que encerra, não tem muita serventia para um estudo fenomenológico.

Por isso, avançaremos elencando as variadas acepções que se costumam atribuir ao termo humanidade tal como presente no conceito de crimes contra a humanidade.

4.2. As várias acepções do termo humanidade

A ambiguidade fundamental que a palavra humanidade expressa – e que é facilmente perceptível – é esta: de um lado, ela pode corresponder ao agregado de seres humanos em sua totalidade (*humankind*); de outro, equivale à qualidade do ser humano, àquele conjunto de traços que diferencia uma pessoa dos demais seres vivos (*humanness*). Pela primeira acepção, a ênfase recai sobre o valor que o delito viola: assim como o crime internacional de agressão afronta a paz enquanto um valor a ser protegido, o crime contra a humanidade ataca a

humanidade enquanto um valor a ser protegido. A segunda acepção teria sido levada em conta por Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém*, ao explicar que o Holocausto constituiria um novo crime: “o crime contra a humanidade – no sentido de um crime ‘contra o *status* humano’, ou contra a própria natureza do ser humano” (Arendt, 1964, tradução livre). David Luban (2004, p. 86-90) discorre sobre esses dois significados de humanidade e adverte que as questões centrais a serem respondidas são *como* esses atos ultrajam a condição humana (*i.e.*, a qualidade do ser humano) e *por que* ofendem toda a espécie humana.

Christopher Macleod parte dessa ambiguidade para enumerar as diversas formas em que, dentro da noção de crimes contra a humanidade, o termo humanidade tem sido empregado. A primeira delas compreende esses delitos como afrontas à condição humana do *autor* do fato típico. Essa interpretação ter-se-ia popularizado devido à cláusula geral inserida na definição enunciada pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (“e outros atos inumanos”), que seria replicada em outros instrumentos internacionais, inclusive no Estatuto do TPI (art. 7º, 1, k: “[outros] atos desumanos”, conforme a tradução oficial brasileira). Por essa acepção, ao praticar um crime contra a humanidade, o sujeito ativo fracassa em satisfazer sua natureza humana: comporta-se de maneira tal, que ignora ser ele mesmo um ser humano, pelo que sua ação seria subumana (Macleod, 2010, p. 283-285).

Pelo segundo sentido, já mencionado, os delitos ofendem a condição humana da *vítima*, uma vez que importam em grave humilhação ou degradação física e/ou moral. A terceira acepção descreve esse tipo de crime como um *agir* contrário à natureza. Como quarto sentido, resgata-se a ideia de que o gênero delitivo choca a consciência da humanidade, por ultrajar o conjunto de todos os seres humanos (Macleod, 2010, p. 285-286)²⁰, por fragilizar a paz e a segurança da humanidade (Bassiouni, 2011, p. 9)²¹, ou por remissão a certo trecho da Cláusula Martens – “das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública” (ICRC, 2015a) –, antecedente importante da positivação dos crimes contra a humanidade; ainda, Margaret M. DeGuzman (2011, p. 22) observa que, para muitos, o aspecto chocante desses delitos residiria

²⁰ Não obstante, como bem ressalta Norman Geras, remarcar que esses crimes chocam a consciência da humanidade não basta, pois uma nova questão se impõe: “in virtue of what about such acts are human beings so shocked, shamed or offended? Or what is it about such acts that carries them across the threshold to where our most important values are located? Unless we have an answer to these questions, underpinning the shocked conscience of humanity, conscience could come to take in – or, rather, rule out – far too much under the heading of crimes against humanity” (Geras, 2011, p. 49).

²¹ Margaret M. DeGuzman (2011, p. 21) recorda que a associação entre a ideia de humanidade e os valores da paz e da segurança internacionais fica evidente nas resoluções do CSNU que invocam o Capítulo VII da Carta da ONU, pois elas frequentemente narram que as atrocidades a que visam combater chocam a consciência mundial.

no requisito de que façam parte de um *ataque generalizado ou sistemático*. O quinto significado é que o gênero delitivo ameaça a ordem pública da humanidade. Em sua sexta acepção, tem-se que esses delitos aviltam a humanidade como um todo: em razão de sua seriedade, eles representariam uma mácula para todos nós (Macleod, 2010, p. 286), “pelo simples fato de que, quando um ser humano comete ou intenta cometer um desses crimes, todos os integrantes da humanidade veem-se degradados” (Geras, 2011, p. 41, tradução livre). O sétimo e último sentido foi o divisado por Xunwu Chen (2013): o crime contra a humanidade, para além de seus alvos diretos, vitima a totalidade dos seres humanos (Macleod, 2010, p. 287).

Christopher Macleod (2010, p. 290-292) examina cada uma dessas acepções no intuito de identificar a mais apropriada. As três primeiras – delitos que resultam em uma afronta à condição humana do sujeito ativo, ou da vítima, ou que revelam uma conduta contrária à natureza humana – são rejeitadas, porque incorrem no problema da confusão entre os crimes contra a humanidade e todos os demais crimes: essas essências não permitem que se estabeleça uma distinção, já que se pode considerar que todo e qualquer delito ofende a condição humana de seu autor, ou da pessoa vitimada, ou que denota um agir inumado. Os quatro sentidos seguintes são tidos como mais promissores. Todos eles baseiam-se em uma personificação da humanidade. De acordo com cada um deles, ou a consciência dela é chocada, ou então seu interesse na manutenção da ordem pública global é violado, ou, ainda, ela é aviltada e maculada, ou, finalmente, é vítima indireta desses crimes (Macleod, 2010, p. 295-296). Reconhece-se a dificuldade em atribuir-se agência a um ente que, ao fim e ao cabo, é universal: é que, em função do entendimento de que a identidade de qualquer ser constrói-se dialeticamente, a partir do momento em que o Eu autoconsciente se diferencia de um Outro, se percebe que a humanidade, por ser única, não teria, a princípio, como afirmar sua alteridade. Christopher Macleod (2010, p. 298) argumenta que essa complicação é apenas aparente: para ele, os Outros da humanidade seriam justamente aqueles que, de certo modo, teriam sido expulsos da comunidade humana devido à vileza dos atos que cometeram – os perpetradores dos crimes contra a humanidade. Ao final, o acadêmico sustenta que a sétima definição é a mais conveniente, visto que estaria em consonância com institutos normalmente associados a esses delitos: a possibilidade de intervenção humanitária e a jurisdição universal para perseguir e para punir os responsáveis; afinal, se se compreende que um crime contra a humanidade vitima indiretamente todas as pessoas, justifica-se o interesse de todos em fazer cessar as violações e em reprimi-las (Macleod, 2010, p. 299-302).

A crítica que podemos dirigir à teoria de Christopher Macleod é que ela subordina a investigação da essência dos crimes contra a humanidade a elementos que não necessariamente lhes são intrínsecos, mas sim marginais, formais, quais sejam: a possibilidade de intervenção humanitária e a jurisdição universal. Ademais, pode-se alegar que esses dois institutos não são específicos dos delitos sob exame, porque também tendem a ser atrelados aos crimes de genocídio²² e de guerra²³.

Uma alternativa para aprofundarmos o estudo fenomenológico dos crimes contra a humanidade é trabalharmos não com o significado de humanidade utilizado até aqui – ou seja, humanidade como o conjunto de todos os seres humanos – e sim com a acepção que Christopher Macleod deixou para trás: humanidade como sinônimo de condição ou de natureza humana. Mesmo que à primeira vista se creia que esse valor semântico não oferece uma via muito segura para estremar os crimes contra a humanidade de todos os demais crimes, temos para nós que essa impressão não é insuperável. Dependendo de qual atributo da condição humana realcemos, torna-se efetivamente possível singularizar os crimes contra a humanidade com base nessa essência.

4.3. Uma primeira leitura da condição humana: o indivíduo e o cidadão livres

Crimes contra a humanidade são tidos como crimes contra o *status* ou a condição humana; contra a pessoa ou a personalidade humana; contra a natureza ou a essência do que é ser humano; contra os atributos ou os direitos essenciais dos seres humanos. São atos “destrutivos da humanidade de uma pessoa”.²⁴

Se o crime contra a humanidade é destrutivo da condição humana, é preciso responder à pergunta: o que é a condição humana? Qual é sua essência? Uma primeira possibilidade é a divisada por Aquiles Côrtes Guimarães (2007, p. 70-71) ao empreender uma análise fenomenológica do conceito de direitos humanos. Toma-se como premissa que essa expressão abriga não um sistema de regras e sim um feixe de princípios, e buscar a natureza de princípios

²² “It was held that despite the terms of the Convention, exercise of universal jurisdiction was authorized by customary international law.” (Schabas, 2015)

²³ “States have the right to vest universal jurisdiction in their national courts over war crimes.” (ICRC, 2015b)

²⁴ Tradução livre. Eis o original em inglês: “[crimes] against humanity are said to be crimes against the human *status* or condition; against the human person or personality; against the nature or the essence of mankind; against the essential attributes or essential rights of human beings. They are acts ‘destructive of a person’s humanity’” (Geras, 2011, p. 53).

implica interrogar sobre seus fundamentos. Ao desenvolver seu raciocínio, o filósofo desvela que os direitos objeto de seu estudo se enraízam na “naturalidade da pessoa humana”, que teria por essência a liberdade (Guimarães, 2007, p. 65). Como a liberdade somente existe em relação à pessoa humana que a exerce, ela é desprovida de qualquer base antecedente a ser identificada: a essência da liberdade seria a própria liberdade (Guimarães, 2007, p. 72-73). Para completar a tríade essencial dos direitos humanos, Aquiles Côrtes Guimarães acrescenta os valores da igualdade e da vida ao lado da liberdade, muita embora essa última persista sendo a mais fundamental, não só porque serve de alicerce para a primeira²⁵ e para a segunda²⁶, mas também porque “[a] essência da pessoa humana é a sua existência, fundada em uma essência mais evidente que é a liberdade” (Guimarães, 2007, p. 75). E a melhor maneira de apreender-se o conteúdo das noções de liberdade, de igualdade e de vida é via suas formas de expressão, já que “compreender e interpretar os direitos humanos significa compreender e interpretar o humano nas suas múltiplas projeções decorrentes de vontades, interesses, e necessidades que se desenvolvem no amplo universo das expressões da vida” (Guimarães, 2007, p. 70).

A nosso ver, é admissível adotar essa leitura como parâmetro para conceituar-se a condição humana. Mesmo assim, firmar essa última no trinômio liberdade-igualdade-vida pode ser uma via acertada para uma pesquisa fenomenológica dos direitos humanos, como procede Aquiles Côrtes Guimarães, todavia é menos adequada para uma fenomenologia dos crimes contra a humanidade. Assentar os direitos humanos nesses três valores equivale a dizer que eles remetem a todas as possíveis manifestações da existência humana, tanto as ligadas à vida privada – o homem enquanto indivíduo – quanto as ligadas à vida pública – o homem enquanto integrante da sociedade e enquanto cidadão. O problema é que transpor essa essência para o conceito de crimes contra a humanidade produziria resultados abrangentes demais. Explica-se: se se entende humanidade como condição humana, e se a condição humana consiste na tríade

²⁵ “[A] história da igualdade não vai além do nascimento da pessoa humana, com caracteres comuns aos seres humanos... Por aí se vê que a essência da igualdade está enraizada na natureza. Por natureza todos somos iguais. E aí começa a epopeia da realização da igualdade pela via da cultura. (...) A igualdade é uma criação espiritual da humanidade para atenuar os sofrimentos decorrentes das naturais desigualdades. Ou seja, o princípio da igualdade é uma invenção humana decorrente do drama que espera a existência humana ao iniciar os seus primeiros passos na existência. (...) E cada um escolhe o que fazer da sua existência. Assim, a essência da igualdade se revela na absoluta liberdade de todos os seres humanos.” (Guimarães, 2007, p. 76-77)

²⁶ “Qual é a essência da vida? Podemos descrever os seus infinitos modos de manifestação nas ciências, nas artes, na filosofia, na religião e em tantos outros modos de expressão da vida, mas a essência da vida permanece inatingível, porque a sua origem, a sua proveniência estará sempre envolta na imaginação conjectural. (...) Por aí se vê que só podemos realizar uma ideação em torno da essência da vida, ou seja, descrever os seus modos de expressão.” (Guimarães, 2007, p. 77-78)

liberdade-igualdade-vida, então um crime contra a humanidade corresponderia a uma transgressão a qualquer um desses três valores; logo, em última instância, estar-se-ia afirmando que todo crime é crime contra a humanidade, uma complicação com que já nos deparamos acima. O ponto é que, intuitivamente, se sabe que os delitos sob exame se distinguem pela excepcional gravidade dos atos cometidos. Nesse sentido, se se pretende abordar fenomenologicamente os crimes contra a humanidade partindo-se da ideia de que *humanidade é sinônimo de condição humana*, urge definir essa última noção *mais restritivamente*, a fim de que se singularize o fenômeno. É o que avançaremos a seguir.

4.4. Uma segunda leitura da condição humana: o homem como animal político

Os crimes contra a humanidade são os que ofendem a condição humana, porém fazem-no com tamanha intensidade, que demarcam uma linha entre a conduta civilizada e a incivilizada, consubstanciando atrocidades e humilhações que, devido a sua magnitude, reviram nossos estômagos, “e não existe nenhum princípio [moral ou jurídico] que explique o que revira nossos estômagos” (Luban, 2004, p. 102, tradução livre). Por que é válido alegar que esses delitos internacionais causam mais repulsa do que as figuras típicas ordinariamente previstas no direito penal doméstico? A resposta é: porque eles agridem a condição humana de um jeito singular. É essa especial seriedade das afrontas ora estudadas que constitui a primeira fonte de inspiração para a teoria de David Luban acerca da essência dos crimes contra a humanidade. A segunda é o conjunto de elementos normativos que enumeramos no tópico 2, mais especificamente os três principais: a) ataque generalizado ou sistemático; b) política estatal ou de uma organização²⁷; e c) agressão dirigida contra uma população civil. A definição proposta por David Luban considera esses três aspectos:

Crimes contra a humanidade são crimes internacionais cometidos por *grupos politicamente organizados agindo sob a orientação de determinada política*, consistindo nos atos *mais graves e mais abomináveis* de violência e de perseguição, infligidos contra as vítimas pelo fato de que elas *integram uma população ou um grupo específico*, e não em razão de suas características individuais²⁸.

²⁷ Ainda que, como visto, a jurisprudência venha compreendendo que esse elemento não é necessário para a configuração dos crimes contra a humanidade.

²⁸ Tradução livre. Eis o original em inglês: “[crimes] against humanity are international crimes committed by *politically organized groups acting under color of policy*, consisting of the *most severe and abominable* acts of

O jurista adverte que, como muitas e variadas são as teses que se debruçam sobre a ideia de condição humana, e como, a princípio, nenhuma delas pode ser encarada como superior às demais, o melhor caminho é deixar de lado a investigação metafísica e adotar como referência o rol de categorias presente na definição normativa desses delitos. “Ou seja, é preciso enxergar a imagem da condição humana tal como refletida na lei.” (Luban, 2004, p. 109, tradução livre)

Ao longo dos séculos, os filósofos têm assinalado diversos aspectos como centrais à condição humana: racionalidade, uso da linguagem, habilidade para transformar a natureza, autonomia e livre-arbítrio, individualidade, percepção da própria mortalidade e mesmo características incidentais, como ludicidade e capacidade de rir e de chorar. O traço que David Luban seleciona como mais apropriado para descrever a condição humana tal como incorporada no conceito de crimes contra a humanidade é a ideia de que o homem é um animal político – em contraste com sua caracterização como animal social. É que a sociabilidade humana não é instintiva como a que se verifica em outros animais, a exemplo das abelhas: ela é, a um só tempo, uma necessidade e um motor de conflito, dadas as constantes tensões entre a identidade individual e as exigências da solidariedade coletiva (Luban, 2004, p. 110-113). “Somente indivíduos dotados de natureza sociável precisam estar ligados por laços políticos, em vez de meramente naturais.” (Luban, 2004, p. 113, tradução livre) Vale comparar: explicar a condição humana com base no pensamento de Aquiles Côrtes Guimarães, *supra*, abrange todas as possíveis manifestações da existência humana, tanto as da vida privada quanto as da vida em sociedade; por seu turno, a proposta de David Luban enfoca apenas a existência humana em sua vertente pública, política (em sentido que remete à *pólis* grega), concernente às relações entre o ser humano e a coletividade.

Na sequência, o autor contesta os entendimentos de Hannah Arendt e de Michael Ignatieff acerca da natureza humana. Como característica central do ser humano, ambos enfatizam a diversidade. Em contrapartida, David Luban sustenta que esse aspecto consigna apenas metade da identidade das pessoas. É verdade que um dos fatos mais importantes sobre os grupos humanos é sua pluralidade, pois se agregam em famílias, em comunidades, em etnias, em confissões religiosas, em sociedades, etc. Também não é menos verdade que esses grupos

violence and persecution, and *inflicted on victims because of their membership in a population or group rather than their individual characteristics*” (Luban, 2004, p. 108, grifos nossos).

variam largamente em sua forma e em seu conteúdo. Mas o ponto é que a diversidade não é uma decorrência lógica da pluralidade. É que, ao lado dessa variedade coletiva, o homem é igualmente marcado pela individualidade, que engendra a diversidade individual. A pluralidade dos grupos humanos e a individualidade são intrinsecamente diferentes: não são simplesmente duas formas diferentes de diversidade. É que, como indivíduos, os seres humanos não se diferenciam pela raça, pela etnia, pela religião, ou por qualquer outro critério social: antes disso, cada um é distinto de *todos* os demais indivíduos. Segundo David Luban, Arendt e Ignatieff põem em relevo o aspecto humano da diversidade de grupo porque querem estabelecer não a essência dos crimes contra a humanidade, como erroneamente supõem, e sim a essência do crime de genocídio (Luban, 2004, p. 114-116). “A diversidade entre grupos é um aspecto da humanidade, e o genocídio é um crime contra esse aspecto específico da humanidade.” (Luban, 2004, p. 116, tradução livre)

Os crimes contra a humanidade, ao contrário, vulnerariam a dupla feição do homem enquanto animal político: de um lado, a identidade do ser humano que participa do grupo em que está inserido; e, de outro, a individualidade do ser humano que resiste às pressões da coletividade. Daí esses delitos não se direcionarem contra indivíduos *per se* e sim contra indivíduos enquanto membros de um grupo: afinal, eles consagram uma agressão contra uma *população* civil e são perpetrados de acordo com uma política estatal ou de uma organização. Vê-se, portanto, que o caráter grupal, coletivo, está presente tanto na vítima quanto no sujeito ativo desse gênero delitivo. E é justamente aí que reside a excepcional gravidade dos crimes contra a humanidade: não basta que seus atos de violência ostentem máxima crueldade nem que seus atos de perseguição revelem máxima humilhação e indiferença; é preciso que, ademais, consignem atrocidades cometidas entre grupos, ou então uma agressão de um grupo contra si mesmo, no caso de um Estado que vitima os próprios nacionais (Luban, 2004, p. 116-120). “Os crimes contra a humanidade não são apenas crimes horríveis; eles são crimes *políticos* horríveis, crimes que representam o momento em que a política se torna cancerígena.” (Luban, 2004, p. 117, tradução livre). Desse modo, o traço distintivo desses delitos não é de natureza moral e sim política.

5. Conclusão

De Nuremberg a Roma, a definição dos crimes contra a humanidade passou por múltiplos ajustes, alguns louváveis, outros alvos de críticas. A jurisprudência permanece oscilante, mas, basicamente, podem-se sintetizar assim os principais elementos constitutivos desses delitos: a) ausência do nexu bélico que era exigido à época da gênese desse gênero delitivo; b) ataque generalizado ou sistemático; c) contra uma população civil; e d) desnecessidade de que esteja sendo seguida uma política estatal ou de uma organização, apesar de parte da doutrina posicionar-se em sentido contrário.

No que tange à essência dos crimes contra a humanidade, o ensaio fenomenológico que se intentou realizar neste artigo se debruçou sobre a noção de “humanidade” a que esses delitos se referem. Se entendido como o conjunto de todos os seres humanos, tem-se que, para além das vítimas imediatas, esse gênero delitivo vitima indiretamente a humanidade como um todo. O problema dessa concepção é que ela ainda contém elevado grau de abstração, pelo que não satisfaz em nível de profundidade. Daí porque consideramos mais interessante recorrer à segunda acepção de humanidade: humanidade como sinônimo de condição humana. Restava identificar o atributo essencial da existência humana, portanto. A complicação que encontramos foi que, se optássemos por um critério demasiado abrangente para conceituar condição humana – a exemplo da tríade liberdade-igualdade-vida –, os crimes contra a humanidade acabariam não se distinguindo de qualquer outro crime. Por esse motivo, endossamos a tese de David Luban, que se dedicou a discernir o aspecto central da natureza humana tomando como ponto de partida os próprios elementos constitutivos da definição normativa dos crimes contra a humanidade. Para ele, a condição humana estaria ligada à ideia do homem como animal político – e esse aspecto político seria o que singularizaria os delitos sob exame. Conclui-se que uma possível leitura fenomenológica dos crimes contra a humanidade aponta como sua essência o fato de que eles corrompem o curso saudável da vida política.

A política salutar é aquela que tem êxito em conter as ameaças que visam a deturpá-la. Em contrapartida, a política pervertida, ou a política que se tornou cancerígena, intensifica essas ameaças e, nesse aspecto, realmente equivale a um crime contra a condição humana.²⁹

²⁹ Tradução livre. Eis o original em inglês: “[healthy] politics is politics that succeeds in containing the threat. Perverted politics, or politics gone cancerous, intensifies the threat and in that respect truly counts as a crime against the human status” (Luban, 2004, p. 119).

6. Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*. Revised and enlarged edition. New York: The Viking Press, 1964.

BASSIOUNI, M. Cherif. "Crimes Against Humanity": The Need for a Specialized Convention. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 31, p. 457-494, 1994.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSESE, Antonio. The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 4, issue 5, p. 933-958, 2006.

CHARTER of the International Military Tribunal. *The Avalon Project*, Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CHEN, Xunwu. The concept of crimes against humanity and the spirit of our time. *Journal of East-West Thought*, v. 2, n. 3, p. 25-43, 2013.

COALITION for the International Criminal Court. History of the ICC. *About the Court*. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/?mod=icchistory>>. Acesso em: 21 out. 2015.

CONTROL Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity. *The Avalon Project*, Nuremberg Trials Final Report Appendix D. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>. Acesso em: 20 out. 2015.

DEGUZMAN, Margaret M. Crimes against humanity. *Research Handbook of International Criminal Law*, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2010-9, p. 1-25, January 21, 2011.

DEGUZMAN, Margaret McAuliffe. The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity. *Human Rights Quarterly*, v. 22, p. 335-403, 2000.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ECCC. The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of the Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of democratic Kampuchea, with inclusion of amendments. *Law on ECC*. 27 October 2004. Disponível em: <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

GERAS, Norman. *Crimes against humanity: birth of a concept*. Manchester/New York: Manchester University Press, 2011.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ICC. *Elements of Crimes*. 2011. p. 5. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

ICRC. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. *Treaties and Documents*. Disponível em: <<https://www.icrc.org/ihl/INTRO/195>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ICRC. Rule 157. Jurisdiction over War Crimes. *Rules*. Disponível em: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter44_rule157>. Acesso em: 23 out. 2015.

ICTR. *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4, Judgement, Sept. 2, 1998.

ICTR. *Prosecutor v. Kamuhanda*, Case No. ICTR-95-54A-T, Judgment, Jan. 22, 2004.

ICTR. *Prosecutor v. Kayishema*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, May 21, 1999.

ICTR. *Prosecutor v. Nahimana*, Case No. ICTR-99-52-T, Dec. 3, 2003.

ICTR. *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, Judgement & Sentence, Dec. 6, 1999.

ICTR. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda*. 31 January 2010. Disponível em: <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

ICTY. *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, Mar. 3, 2000.

ICTY. *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber Judgement, Mar. 3, 2000.

ICTY. *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23, Judgement, Feb. 22, 2001.

ICTY. *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23/1-A, Appeals Judgement, Jun. 12, 2002.

ICTY. *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgement, Nov. 2, 2001.

ICTY. *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Oct. 2, 1995.

ICTY. *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1, Judgment, May 7, 1997.

ICTY. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. September 2009. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

INTERNATIONAL Military Tribunal for the Far East. *Treaties and Other International Acts Series 1589*. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0020.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

KOSKENNIEMI, Martti. Faith, Identity and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons. *Leiden Journal of International Law*, v. 10, p. 137-162, 1997.

LUBAN, David. A Theory of Crimes Against Humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004.

MACLEOD, Christopher. Towards a philosophical account of crimes against humanity. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 281-302, 2010.

RSCSL. Agreement between the United Nations and the government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court for Sierra Leone. *Basic RSCSL Documents*. Disponível em: <<http://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/law-on-eccc>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SADAT, Leila Nadya. Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity. *Blog of the European Journal of International Law*, August 5, 2014.

SCHABAS, William A. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *Audiovisual Library of International Law*. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/cppcg/cppcg.html>>. Acesso em: 23 out. 2015.

SCSL. *Prosecutor v. Fofana & Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-T-785, Judgement, Aug. 2, 2007.

UN. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 1996.

UN. Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. *General Assembly, Resolution 177 (II) – U.N. Doc. A/519*, adopted in 21 Nov. 1947. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/2/ares2.htm>>. Acesso em: 20 out. 2015.

UN. Ratification status of the Rome Statute. *United Nations Treaty Collection*. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en>. Acesso em: 21 out. 2015.

LIMITAÇÕES A DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS SENTENCES GUIDELINES COMO FONTE DE PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

LIMITATIONS ON DISCRETIONARITY IN BRAZILIAN CRIMINAL JURISDICTION: LAW AS INTEGRITY AND THE SENTENCES GUIDELINES AS SOURCE OF FORECASTING AND LEGAL SAFETY

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS

Centro Universitário Internacional - UNINTER

Resumo: Este artigo tem o foco de discorrer sobre a possibilidade de limitação da ampla discricionariedade judicial no Brasil, através da doutrina do *direito como integridade* e *romance em cadeia* propostos por Ronald Dworkin, bem como apresentar uma análise sobre as *sentencing guidelines* na jurisdição criminal no sistema *Common Law*. Diante tais possibilidades, tem-se a propositura de hipóteses para o maior balizamento das sentenças em matéria criminal, com ênfase na coerência, respeito aos precedentes e transparência na aplicação de pena. Desta forma, a segurança jurídica emanada da jurisdição criminal tem seus reflexos na sociedade através do respeito ao sistema judiciário, emergindo no cidadão a certeza da justa retribuição do Estado perante o injusto e da aplicação proporcional da consequente penalidade, em respeito ao precedente outrora pacificado.

Palavras-chave: Direito Penal. Segurança Jurídica. Discricionariedade da Jurisdição.

Abstract: This article focuses on the possibility of limiting the wide discretion in criminal jurisdiction in Brazil, through the doctrine of the *law as integrity* and the *romance chain* proposed by Ronald Dworkin, as well as to present an analysis on the *sentencing guidelines* in the criminal jurisdiction in the Common Law system. Faced with such possibilities, the hypothesis has been proposed for the greater focus of judgments in criminal matters, with emphasis on consistency, respect for precedents and transparency in the application of punishment. In this way, legal certainty emanating from the criminal jurisdiction has its repercussions in society through respect for the judicial system, giving rise to the citizen's certainty of the State's fair return to the unjust and the proportional application of the consequent penalty, in respect to the previously pacified precedent.

Keywords: Criminal Law. Legal Security. Discretion of Jurisdiction.

1. Introdução

Na contemporaneidade, uma pergunta vem à tona: qual quantidade de discricionariedade devem ter os julgadores em suas sentenças criminais e na aplicação da pena? Se imaginarmos a jurisdição criminal com uma ampla liberdade decisória, a disparidade e falta

de coerência será inevitável. Por outro turno, se criamos uma justiça sem o mínimo de discricionariedade, surgirá a injustiça.

Não se pretende aqui uma ode à limitação da cognição do julgador, impondo balizas intransponíveis na sua forma de proferir sentenças criminais e na sua dosimetria. Impensável é a figura do magistrado como sendo um juiz-funcionário¹, seguidor cego de precedentes e súmulas, robotizado na sua maneira de decidir. Mesmo aquele que detém a pretensão acusatória e punitiva, em certo momento, deseja a coerência e respeito as diretrizes estabelecidas em precedentes, como forma de segurança jurídica e culminando na prevenção geral da criminalidade.

De outro vértice, aqueles que prezam pelo *garantismo* e o valor do princípio da legalidade, também sonham com um direito coeso, dotado de previsibilidade como forma de ampla defesa e segurança jurídica nas decisões emanadas pela jurisdição criminal. Passa longe a pretensão de ceifar o conhecimento do julgador no momento de confecção da sua sentença. Como, hipótese, tem-se que a estruturação da discricionariedade judicial através de *diretrizes*, *coerência* e *previsibilidade* pode ser uma forma de promover a ampla justiça para a sociedade, conforme se verá adiante através da obra de Ronald Dworkin.

O objetivo deste artigo é propor que o *direito como integridade*, forma pensada por Dworkin para a uma justiça previsível e as *sentences guidelines* dos países de sistema *Common Law*, especialmente a Inglaterra e País de Gales, são formas de abordagens alternativas na tentativa de limitação da ampla discricionariedade na jurisdição criminal brasileira, promovendo consistência nas sentenças judiciais e na aplicação da pena, gerando previsibilidade e segurança jurídica.

Como se verá nas linhas futuras, a insegurança jurídica perpetuada ao longo do tempo nas decisões conflitantes oriundas da jurisdição criminal, acarreta a desconfiança da sociedade e falta de respeitabilidade para com a jurisdição, deixando esta, de promover a efetiva garantia da aplicação da justiça para os cidadãos.

¹ “O risco é a exacerbação de um nível de abstração que chegue a ferir o núcleo concernente à singularidade humana (...) o formalismo judicial perpassou dos textos legais às súmulas, com um magistrado similar a um juiz-funcionário.” Em SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena, p. 19.

2. A jurisdição criminal brasileira e sua discricionariedade.

A maneira pela qual um Estado organiza sua *jurisdição criminal*, clarifica os objetivos a serem alcançados através da aplicação das normas jurídicas. Acreditava-se que a pena tinha seu caráter exclusivamente retributivo, isto é, o Estado valia-se da pena como retribuição às violações das normas jurídicas.

Tratar o estudo do direito penal como mero “*propulsor da aplicação da penalidade, da retribuição, castigo e sofrimento*”, é uma concepção que tem se mostrado um tanto quanto equivocada² na atualidade, onde se atribui a pena caráter restaurativo e ressocializador. Este entendimento se mostrou ineficaz diante a verificação da eficácia da pena como prevenção geral. Empiricamente, validou-se o entendimento que nenhum agente deixa de cometer uma afronta jurídica pelo motivo de haver um “livro de leis escrito, o qual dispõe o castigo a ser aplicado diante a contrariedade da norma”.

Deste modo, pode-se pensar em no estudo do *direito criminal*, voltado ao estudo do crime e criminalidade e a função da pena como caráter restaurativo e ressocializador. Assumindo o direito penal como um direito exclusivamente voltado à aplicação de sanções é atestar que a penalidade e o castigo são as únicas respostas jurídicas ao ilícito.

Desta forma, pode emergir um *direito penal ressocializador*, em análise do perfil da pena e sua eficácia na restauração do agente criminoso. Paulo César Busato³ afirma que se deve buscar alternativas à pena de prisão e a própria configuração atual das medidas de segurança. O autor continua no sentido que “*vive-se hoje um momento de transição em que já se constatarem os defeitos que tem a prisão, em especial seu efeito dessocializador, e estamos na etapa de construção de modos alternativos viáveis para responder adequadamente ao delito*”⁴.

No Brasil, a jurisdição criminal possui larga discricionariedade, sendo a fonte das sanções penais que se amoldam na busca da efetividade judicial e a ideia de justiça. Com isto, a ampla discricionariedade atribuída à jurisdição criminal brasileira confere aos julgadores a

² Neste sentido, autores como Paulo César Busato, Juarez Cirino dos Santos e Cezar Roberto Bitencourt aduzem a forma ressocializadora da sanção penal como manifestação democrática e legítima para o enfrentamento da latente criminalidade.

³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 25

⁴ BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p. 26

liberdade de proferir suas sentenças de modo único, desapegado ao respeito aos precedentes e de um direito íntegro, emergindo a insegurança jurídica e proporcionando a livre interpretação do texto normativo. Há, assim, o perigoso movimento de, em casos semelhantes, serem aplicadas sentenças judiciais em desequilíbrio e diferenças latentes, afogando a jurisdição em um desastroso e egoístico *decisionismo*, conceituado por Estefânia Barboza⁵ como a liberdade dos juízes para decidirem em um caso difícil de forma discricionária e sem necessária coerência com a visão do direito apresentado nas decisões anteriores.

Este conceito encontra seu lugar na atualidade jurídica brasileira, principalmente na jurisdição criminal, onde nota-se um movimento punitivista, voltado para as vontades intrínsecas dos julgadores. Ronald Dworkin (2010, p. 192) ao se referir aos juízes e suas decisões, afirmou que estes, acima de tudo, devem ter o cuidado de não tomar mais decisões do que já precisam tomar em determinado momento.

A elástica discricionariedade nas decisões judiciais no âmbito criminal traduz-se na insegurança jurídica, trazendo a superfície o perigoso pensamento que haja um desejo jurisdicional pelo punitivismo e desrespeito a norma e aos precedentes, abrindo o leque das decisões individuais desprovidas do pleno atendimento da função jurisdicional na esfera criminal, ou seja, a desejável restauração do agente e a prevenção da prática do crime.

Discricionariedade, afirmou Dworkin⁶ como sendo o buraco em uma rosquinha, não existe, exceto como uma área deixada aberta por uma limitação circundante. Por conseguinte, é um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “*discricionariedade de acordo com que parâmetros? Ou “discricionariedade de que autoridade?”*

Há de ser enfrentada a problemática da falta de previsibilidade nas decisões judiciais, em especial as criminais, como forma de prover a efetiva prestação jurisdicional. Desta forma, poderá o cidadão ter o receio da enérgica aplicação previsível da normativa criminal, ao passo que, assim, a prevenção do crime possa se mostrar efetiva.

Não se nega que a jurisdição criminal possa possuir seu caráter discricionário como forma de aplicação das normativas abstratas e genéricas, podendo impor seus valores e sentidos as leis. Como apontado por Dworkin⁷, há divergência entre os juízes, não apenas sobre questões

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32

⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1978, p. 32

⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 56

fáticas – isto é, se algum fato ou evento relatado efetivamente ocorreu – mas também sobre qual o sentido das normas jurídicas⁸.

O problema da discricionariedade judicial envolve, como mostra Richard Posner⁹, o uso de fontes não jurídicas para decidir litígios judiciais e essa abordagem pode degenerar no hábito de julgar por “reação instintiva”. Estaria, desta forma, o jurisdicionado preso a valores morais intrínsecos dos julgadores.

Luigi Ferrajoli pondera que as funções legislativas e judiciárias não devem se aglutinar. O interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas. Se à maioria – por meio da mediação governamental, parlamentar, ou até por meio de formas de democracia judiciária direta – fosse confiado o Poder Judiciário, judicante e/ou inquiridor, as liberdades dos discordantes e seus legítimos espaços de *desviação* seriam postos em grave perigo.¹⁰

Tudo isso significa que no direito penal, continua Ferrajoli, uma vez que a principal garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e portanto a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte de legitimação formal proveniente da *máxima submissão do juiz à lei*, tal como resulta assegurada pela estrita legalidade e portanto pela *estrita submissão à jurisdição penal*.

A grande discricionariedade conferida aos julgadores na jurisdição brasileira poderá ter sua problemática no principal fator quando da abordagem de um conceito para o direito. Robert Alexy¹¹ delimita a polêmica entre direito e moral, passando a afirmar que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. Sobre o direito e a moral, Immanuel Kant¹² afirma que a vinculação e o respeito a normas morais e a normas jurídicas não

⁸ Posner aponta sua crítica para Dworkin. Para ele, “Dworkin é uma racionalista excelso com pouco tino para os fatos. Quer que os juizes leiam Kant e Rawls, reflitam profundamente sobre os princípios morais e procurem integrar essa leitura e essa reflexão ao seu processo de tomada de decisões.” POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica, p. 400.

⁹ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 404

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, p. 438.

¹¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 03

¹² Em A metafísica dos costumes, 2003.

têm distinção do ponto de vista interno (intenção do agente), mas do ponto de vista externo, uma vez que apenas as normas jurídicas são dotadas de coercibilidade.¹³

Não se nega que a discricionariedade é uma das questões mais polêmicas na jurisdição contemporânea, principalmente na justiça criminal. Entende-se que os atos discricionários são vistos negativamente quando da afronta do princípio da legalidade e o fomento de atos de disparidade, discriminação e rótulo de agentes transgressores (*labeling approach*).

Um bom juiz, nas palavras de Dworkin¹⁴, verá “naturalmente” e sem “novas reflexões” que faz parte de seu trabalho ser autoconsciente e auto-crítico, perguntar quais são, realmente, suas obrigações, que “*evidência é, de fato, evidência*”. A discricionariedade na jurisdição criminal quando da conjugação da lei com o toque sensível do caso concreto (realismo jurídico), pode ter o efeito desejado da prevenção geral e previsibilidade jurídica, tornando objetiva a tomada de decisão em detrimento de disparidades latentes.

3. O direito como integridade e a possibilidade da aplicação nas decisões da jurisdição criminal

Quando se visa a uniformidade no direito em atenção ao respeito aos precedentes judiciais como forma de promover a segurança jurídica, desenha-se um direito íntegro, o qual poderá atender aos anseios da sociedade moderna. Podemos atribuir, através do pensamento de Dworkin, que há um ideal importante, superior, talvez, ao de tratar casos iguais de maneira igual (*treat like cases alike*).¹⁵ Nota-se uma concepção ambiciosa, maior que o princípio da igualdade. É justamente essa concepção ideal proposta que se atribui a *integridade no direito*. No momento em que se promove uma análise da obra de Ronald Dworkin, resta claro sua

¹³ Por exemplo, Richard Posner afirma que “o direito usa termos morais em parte por causa de suas origens, em parte para impressionar, em parte para falar uma língua que os leigos, a quem se dirigem os comandos da lei, tem mais probabilidade de entender – e em parte, admito, porque de fato o direito e a moral se sobrepõem em uma medida considerável.” Em A problemática da teoria moral e jurídica, p. 172-173.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 69

¹⁵ Nesse sentido, e em clara contraposição a Dworkin, H. L. A. HART apresenta alguns apontamentos: “Assim, considera-se tradicionalmente que a justiça mantém ou restaura um equilíbrio ou proporção, e seu princípio condutor frequentemente se formula com a frase se “Devem-se tratar os casos iguais de forma igual”; embora precisemos acrescentar “e tratem-se os casos diferentes de forma diferente”. Em O conceito de direito, p. 206. “A estrutura da ideia de justiça tem, portanto, certa complexidade. Podemos dizer que compreende duas partes: uma característica uniforme ou constante, resumida no conceito “Tratem-se igualmente os casos iguais”, e um critério cambiante ou variável, usado para determinar quando os casos devem ser considerados semelhantes ou diferentes para determinado objetivo.”, p. 207.

inquietação para com as decisões judiciais e o conceito de justiça. A justiça, por sua vez, preocupa-se com a substância das decisões, tendo seu significado como uma preocupação de que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável.

A integridade é, por definição, uma questão de princípio. Na concepção do *direito como integridade*, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

O que se busca com a ótica do *direito como integridade*, é a garantia da coerência e identificação de princípios, aliada ao respeito dos precedentes do passado. Essa aglutinação da “coerência – princípios justificadores das leis – precedentes” acaba por se tornar uma fonte válida do direito.

A coerência de princípios permite que os cidadãos tenham direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente reconhecidos através de princípios que justificam as decisões pretéritas.

O direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado (DWORKIN, 1999, p. 164).

Portanto, no *direito como integridade*¹⁶, os atores da sociedade possuem direitos que possam ter origem – explícita ou implicitamente – dos princípios que apresentam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. É a partir desse fluxo analítico que Dworkin apresenta o desenho de um *romance em cadeia* para apresentar de maneira exemplificada o modo como o direito deve ser interpretado. Os juízes são autores. Ao interpretarem um caso

¹⁶ A referida doutrina “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.” DWORKIN, Ronald. Levando direitos a sério. p. 137.

concreto, introduzem um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros – como um novo capítulo de um livro de romance.¹⁷

É exatamente o que ocorre no *romance em cadeia*. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Busca-se, assim, a melhor interpretação possível com vistas a continuidade do romance, como se todo o sistema jurídico fosse obra de apenas um autor. A liberdade criativa do romancista (*juiz*) fica bastante limitada (*possível limitação da discricionariedade*). É com essa proposta apresentada por Dworkin que se vislumbra uma das hipóteses de limitação à discricionariedade na jurisdição criminal brasileira. O respeito ao precedente e a integridade do direito são propostas balizadoras ao grande poder decisório da jurisdição criminal. Não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentam.¹⁸

O alto grau de liberdade conferida aos juízes criminais em suas sentenças, assume um papel central no desequilíbrio entre *jurisdição-jurisdicionado*. A discricionariedade ilimitada pode até mesmo remeter à um estado sem legislações firmes e dotada de falta de respeitabilidade.¹⁹ A uniformidade das decisões é possível quando do respeito aos precedentes e verificação da unidade e integridade do direito. Apresentar uma limitação à discricionariedade judicial, especialmente no campo criminal, é pensar na possibilidade de se dar atenção ao problema da falta de previsibilidade de resultados das sentenças oriundas da jurisdição criminal.

Tratando os casos iguais de maneira igual e que casos diferentes não recebam sentenças iguais, demonstra a integridade e consistência do direito. Gabriel Campos²⁰ afirma que a

¹⁷ Richard Posner se posiciona no sentido que “os juízes não precisam tomar partido nas questões morais nem pelo fato de a rejeição do positivismo jurídico criar essa necessidade, nem porque há continuidade entre o direito e a moral, nem porque a aplicação da lei moral foi prescrita à magistratura. As considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas protencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questão de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes) – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha.” POSNER, Richard. A. A problemática da teoria moral e jurídica. p.177-178.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 139.

¹⁹ GABRIEL S. DE Q. CAMPOS, em seu artigo “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 201, traz que, em 1971, o norte-americano MARVIN E. FRANKEL, feroz crítico dos poderes concedidos aos juízes na aplicação da pena nos EUA da época, dizia que discricionariedade ilimitada é algo comprável a um estado de “ausência de lei” na sentença.

²⁰ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 200.

disparidade reflete a ideia oposta, resultando em casos recebendo tratamento e solução distintos com base em fatores extralegais, tais como a identidade do juiz, o local em que o crime se consumou e onde está sendo julgado, raça, gênero e religião, orientação sexual ou a classe social do réu. A disparidade pode ser descrita como inconsistência. A atividade judicial, na visão de Posner²¹, é uma atividade normativa; toda vez que o juiz vai além da simples interpretação do direito positivado – e isso, como Dworkin demonstrou, ocorre com frequência –, o problema de passar do “ser” ao “dever ser” levanta sua cabeça e, de repente, pode-se ter a impressão de que o magistrado está mergulhado no domínio da teoria moral.

Neste mesmo pensamento, Alexy²² afirma que a tese de que um conceito não positivista de direito não teria efeito algum contra a injustiça legal, pode ser aguçada com a afirmação de que, além de não promover o combate da justiça, esse conceito chega a dificultá-lo. O positivismo, com sua rígida separação entre direito e moral, favoreceria uma postura crítica perante o direito. O perigo da larga discricionariedade na jurisdição criminal tem seu ápice quando do aceite na contemporaneidade de sentenças sem o lastro legal, dotadas de sentimentos internos egoísticos (como definiu Kelsen, ao se referir aos valores morais na sua *Reine Rechtslehre*) e motivos pessoais. Hart²³ já alertara para o choque entre direito e moral, onde o primeiro exige comportamento externos, sendo indiferente aos motivos, intenções ou outros comportamentos “internos” do comportamento.

Ninguém tem o direito de julgar se por "julgar" se entende uma atividade autoritária e não puramente cognitiva: essa não é só uma máxima da ética cristã, mas a regra laica do moderno Estado de direito. Com base nesse duplo nexo entre razão e liberdade, *podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva*, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isto supõe obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção dos delitos, mas também, como *técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito*.²⁴

²¹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 176

²² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56.

²³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 223

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 438-439.

A objeção ao *decisionismo* e o respeito aos precedentes judiciais são maneiras de limitação ao amplo poder da jurisdição criminal e seu alto grau de discricionariedade. Trata-se de um argumento contra o conceito não positivista de direito, que pode, de certa forma, colocar a segurança jurídica em risco. Como afirma Otto Pfersmann²⁵, o direito pode, então, atribuir poderes, mas é incapaz de delimitar o seu “exercício normativo” entrando na cabeça dos juízes para controlá-los.

O exemplo oriundo do sistema *Common Law* se faz pertinente neste estudo. As *sentencing guidelines* promovem um esforço à transparência e coerência nas decisões judiciais, traduzido em segurança jurídica nas decisões emanadas pela jurisdição criminal.

4. O exemplo das *sentencing guidelines* no sistema *Common Law*.

A teoria do direito de Dworkin ao método *Common Law* pode ser verificada quando o autor fala de um *direito como integridade* formado por uma comunidade de princípios, para além do texto escrito na Constituição²⁶. Com este entendimento, podemos pensar no sistema criminal aplicado ao *Common Law*, através de suas *sentencing guidelines*, como forma de busca à segurança jurídica e limitações ao poder discricionário na jurisdição penal brasileira.

Ao analisar a aplicação da pena na Inglaterra e País de Gales²⁷, verificou-se que os juízes detinham o mais amplo poder discricionário, ao passo que não dispunham de regras norteadoras para as sentenças criminais. A partir de 1990, conforme apresenta Gabriel Campos²⁸, órgãos voltados à regulamentação das sentenças foram criados por lei, passando a desenvolver diretrizes (*sentencing guidelines*) a serem seguidas pelos juízes na tarefa de individualização da pena. Atualmente, o Conselho de Sentença para a Inglaterra e País de Gales é o órgão encarregado de editar tais diretrizes.

²⁵ PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. [tradutor, organizador e introdução de Alexandre Coutinho Pagliarini]. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131

²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira, p. 247.

²⁷ Criminal offences in England and Wales are very broadly defined and can have different levels of seriousness. Guidelines help to ensure that courts across England and Wales are consistent in their approach to sentencing. Em <http://www.sentencingcouncil.org.uk>

²⁸ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 223.

A experiência em países com *guidelines* pode trazer lições para jurisdições onde juízes e tribunais exercem grande discricionariedade na fase de sentença e determinação da pena, com apenas uma orientação vinda dos tribunais superiores. Uma nação que considere a introdução de uma maior estrutura na aplicação da pena tem uma gama de opções a partir das quais escolher, desde tabelas relativamente restritivas usadas nos Estados Unidos da América, como aquelas encontradas na China, Uganda, etc²⁹.

O Conselho de Sentença (*Sentencing Council*) para a Inglaterra e País de Gales foi criado em 2009 através do *Coroners and Justice Act*³⁰, e é o órgão responsável pela criação e edição das *sentences guidelines*. Este novo Conselho de Sentença substituiu duas organizações anteriores existentes: o Painel Consultivo de Sentença, criado em 1998 e o Conselho de Diretrizes de Sentença, em 2003. Antes de serem substituídos pelo atual Conselho, expõe Roberts³¹, tais órgãos já haviam emitido uma série de *guidelines* definitivas para uma série de delitos, as quais permanecem em vigor até que o atual Conselho as revise ou reedite.

A primeira *guideline* emitida pelo novo Conselho foi publicada em março de 2011, com uma estrutura diferenciada e específica para alguns delitos, bem como uma matriz genérica, aplicável para casos de concursos de crimes³². A diretriz mais recente versa sobre as sentenças envolvendo crianças e jovens, em vigor desde junho de 2017.

A diretriz para sentenças envolvendo crianças e jovens (*Sentencing children and young people*) possui orientação aos juízes quanto a uma possível avaliação quanto a culpabilidade do agente no cometimento do crime – *no caso aqui a ser demonstrado, o crime de roubo*. Desta forma, visa orientar o julgador para que tenha parâmetros pré-estabelecidos para determinação da pena.

²⁹ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 366

³⁰ Section 125(1) of the Coroners and Justice Act 2009 provides that when sentencing offences committed after 6 April 2010: “Every court : (a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case, and (b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so” Em: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf, p. 02

³¹ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 372

³² Para roubo; crimes ambientais; crimes de drogas; furto; princípio da totalidade e delitos levados em consideração; uso da pena privativa de liberdade e outras disposições; delitos sexuais; crimes envolvendo cachorros perigosos. ROBERTS, Julian A., p. 272.

O primeiro passo para determinar a sentença é avaliar a gravidade da ocorrência. Esta avaliação é feita considerando a natureza da infração e quaisquer fatores agravantes e atenuantes relacionados à própria infração. Assim, a diretriz fornece ao julgador parâmetros a serem seguidos, dando coerência e unidade na decisão a ser proferida. A diretriz fornece subsídios para que a penalidade tenha o pilar da equidade como forma de promover o senso do justo.

As figuras abaixo fornecem exemplos do tipo de fatores de culpa e danos causados pelo ofensor, além da natureza da ofensa:

STEP ONE Offence Seriousness – Nature of the offence The boxes below give examples of the type of culpability and harm factors that may indicate that a particular threshold of sentence has been crossed. A non-custodial sentence* may be the most suitable disposal where one or more of the following factors apply: Threat or use of minimal force Little or no physical or psychological harm caused to the victim Involved through coercion, intimidation or exploitation A custodial sentence or youth rehabilitation order with intensive supervision and surveillance* or fostering* may be justified where one or more of the following factors apply: Use of very significant force Threat or use of a bladed article, firearm or imitation firearm (where produced) Significant physical or psychological harm caused to the victim * Where the child or young person appears in the magistrates' court, and the conditions for a compulsory referral order apply, a referral order must be imposed unless the court is considering imposing a discharge, hospital order or custody.
--

Figura 1. Fonte: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf/, p. 42

Na figura 1, acima exposta, há uma demonstração de fatores (uso da força, dano físico e psicológico causado na vítima, uso de objetos cortantes e lâminas, força excessiva, entre outros) que devem ser considerados pelo julgador no momento da análise do caso concreto. Nota-se que, desta forma, a sentença será proferida exatamente de acordo com o caso concreto e após a aplicação dos fatores atenuantes ou agravantes dispostos na *guideline*. Conforme a

diretriz, se a criança/jovem infrator for primário e confessar culpa, o Pedido de Reabilitação de Jovens (*Youth Rehabilitation Order - YRO*) poderá ser utilizado para balizamento da sentença.

A tabela a seguir (figura 2) apresenta os diferentes níveis de intensidade que estão disponíveis sob um Pedido de YRO. O nível de intensidade e o conteúdo da ordem dependerão da avaliação da gravidade pelo tribunal.

		Requirements of order
Standard	Low likelihood of re-offending and a low risk of serious harm	Primarily seek to repair harm caused through, for example: • reparation; • unpaid work; • supervision; and/or • attendance centre.
Enhanced	Medium likelihood of re-offending or a medium risk of serious harm	Seek to repair harm caused and to enable help or change through, for example: • supervision; • reparation; • requirement to address behaviour e.g. drug treatment, offending behaviour programme, education programme; and/or • a combination of the above.
Intensive	High likelihood of re-offending or a very high risk of serious harm	Seek to ensure the control of and enable help or change for the child or young person through, for example: • supervision; • reparation; • requirement to address behaviour; • requirement to monitor or restrict movement, e.g. prohibited activity, curfew, exclusion or electronic monitoring; and/or • a combination of the above.

Figura 2. Fonte: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf, p. 45-46.

Para que uma pena privativa de liberdade seja imposta, em contrariedade ao disposto na *guideline*, tribunal deve declarar os motivos para se certificar de que a situação é tão séria que nenhuma outra sanção seria apropriada e, em particular, por que um YRO não poderia ser justificado. As *sentencing guidelines*³³ oferecem aos juízes orientação para a confecção de suas sentenças. Assim, torna-se uma maneira de limitar e dar um norteamento a discricionariedade judicial. A rigor, não existe uma obrigação legal na Inglaterra e País de Gales para que os juízes

³³ **What guidelines do:** Guidelines provide guidance on factors the court should take into account that may affect the sentence given. They set out different levels of sentence based on the harm caused to the victim and how blameworthy the offender is. Offences happen in many different ways with many different results. For example, assault offences can range from an argument where someone pushes someone else causing no injury, up to a carefully-planned gang attack that causes life-changing injuries. It is therefore necessary to have a range of sentences that appropriately reflect the seriousness of each individual offence. Em: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/about-guidelines/>

estejam limitados à aplicação de pena dentro do estabelecido pelas diretrizes, entretanto qualquer desvio na aplicação deve sempre ser fundamentada de maneira a respeitar os limites máximo e mínimo estabelecidos.

Alguns comparativos acerca das *guidelines* são pertinentes: as presumivelmente vinculativas, em forma de tabela (Minnesota, Pensilvânia, Oregon, nos Estados Unidos da América); diretrizes específicas por delito, que permitem discricionariedade judicial considerável dentro da *guideline* (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Nova Zelândia, Coréia do Sul); e regras gerais sobre aplicação de pena que identificam princípios importantes a serem seguidos pelos juízes em suas sentenças (Suécia, Finlândia, Israel).³⁴

Não obstante esta diversidade de abordagens, afirma Roberts³⁵, objetivos comuns de todas as iniciativas e diretrizes incluem o seguinte:

- promover maior *consistência* na aplicação da pena;
- promover penas mais *proporcionais*;
- promover maior *transparência* e previsibilidade; e
- promover maior *confiança* do público na tarefa judicial da aplicação da pena.

O sistema inglês de *guidelines*, ao definir faixas de apenamento e pontos de partida, revela sua preocupação, ao menos em certa medida, com a *previsibilidade de resultados na aplicação da penalidade* (consistência-previsibilidade), além de, obviamente, possuir uma metodologia clara a ser seguida por juízes e tribunais (consistência-metodologia)³⁶.

Portanto, acredita-se que quando da confecção das *sentencing guidelines* pelo Conselho de Sentença, permitindo aos juízes certa margem de flexibilidade ao estabelecer um máximo e mínimo na valoração da pena, como no caso da Inglaterra e País de Gales, buscou-se atingir o maior número possível de adesão e obediência por parte de juízes e tribunais. Sugerem um impacto positivo na consistência entre juízes e a aplicação das *guidelines* específicas para cada crime. Uma explicação remete à própria estrutura da *guideline*, que exige que os juízes e tribunais considerem individualmente uma série de fatores relevantes à aplicação da pena. O juiz, ao sentenciar o réu sem os recursos da *guideline*, terá apenas petições e arrazoados feitos pelos advogados das partes a orientar a aplicação da pena e a consideração das causas atenuantes

³⁴ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 365

³⁵ ROBERTS, Julian A. op. cit. p. 365

³⁶ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 231.

e agravantes. Em contrapartida, as diretrizes exigem que os juízes perpassem todas as etapas de sua metodologia. Este requisito pode sensibilizar os juízes para as diferenças importantes entre os casos – resultando em um maior número de resultados únicos. A fazer isto, os juízes e tribunais devem ajustar a pena provisória para refletir cada fator atenuante ou agravante relevante. Esta abordagem metódica e sequencial encoraja os juízes a fazer distinções mais sofisticadas entre os casos, uma vez que a pena provisória é ajustada para refletir todos os fatores relevantes atenuantes e agravantes. A consequência é que um maior número de penas distintas é empregado para refletir tais distinções.³⁷

Ao exigir dos juízes e tribunais que considerem as *guidelines* e considerar as listagens de atenuantes e agravantes, surge um exame completo e aprofundado do caso concreto, haja vista o magistrado ter o dever de se debruçar sobre a diretriz, gerando uma análise pormenorizada dos fatos, gerando singularidade entre as decisões. As *guidelines* transmitem um efeito positivo na promoção da consistência e da proporcionalidade da aplicação de pena. Ainda, apresenta a confiabilidade na jurisdição criminal, traduzida na transparência nas sentenças. A necessidade de formas de sistemas de diretrizes no Brasil, onde o juiz tem poder absoluto na resolução do caso concreto, se amolda como uma hipótese, traduzido na forma de segurança e previsibilidade jurídica.³⁸

5. Conclusões

Por uma limitação da discricionariedade judicial como segurança e previsibilidade jurídica, mostra-se plausível que os magistrados da jurisdição criminal brasileira adotem o

³⁷ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 376

³⁸ Em sentido oposto, o juiz de direito Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, em seu artigo “As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena”, mostra sua inquietude: “As súmulas (vinculantes ou não), as repercussões gerais e os precedentes judiciais se tornaram verdadeiros fetiches na práxis judiciária, sem os quais o senso comum teórico não consegue obter uma resposta para as questões que surgem, em razão da abordagem dogmática, repetitiva, maquinal e acrítica. E o mais grave de tudo: quem conhece um pouco a realidade dos tribunais superiores sabe bem que lá se julga por remissão. A demanda é tão alta que não há tempo para se dedicar aos casos com a atenção que eles merecem. Termina havendo o que chamamos de “efeito fórmula pronta”: busca-se apressadamente uns precedentes e, pronto, caso resolvido. Resolvido? Queremos mostrar que há outro caminho”. “Falta, ainda, a efetiva compreensão do direito como um sistema de regras e princípios que possui a Constituição como topos normativo-argumentativo. Essa ignorância faz com que usualmente o ator jurídico pense estar desincumbido de interpretar os fatos sob a ótica da Constituição somente porque algum tribunal emitiu alguma súmula ou precedente! Para que pensar? O oráculo já emitiu a palavra autorizada, já disse a verdade.” p. 02-03

trinômio “coerência – princípios justificadores das leis – precedentes”, em plena consonância ao direito como integridade, assistindo ao jurisdicionado a segurança jurídica e previsibilidade das sentenças proferidas.

Neste fluxo de análise, as *sentencing guidelines* demonstram promover parâmetros para a aplicação da pena, gerando a transparência e confiabilidade na sentença criminal e na dosimetria da pena. Desta forma, o direito penal deve, conforme aduz Paulo César Busato³⁹, *estar orientado para as consequências sociais que provoca*, instigando na sociedade o senso de justiça e sua consequente respeitabilidade.

A mera discussão criminológica não terá a plena efetividade no *realismo jurídico-penal da contemporaneidade*, se o conjunto de atores que deveriam levar o discurso à prática atuarem de forma díspare aos anseios das garantias criminais. Como já previa Zaffaroni⁴⁰, enquanto o discurso jurídico penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas – os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa.

O lapso de previsibilidade e segurança jurídica nas decisões oriundas da jurisdição criminal tem levado os criminosos à tomada de decisões racionais – *nos moldes dos estudos da análise econômica do direito*⁴¹ – onde, segundo Cooter⁴², os crimes podem ser planejados e premeditados. Neste entendimento, o modelo econômico pode ser entendido como um indivíduo (criminoso) que passa a ter raciocínio real do ato pretendido, ou seja, os criminosos agem sopesando os riscos e benefícios no cometimento do ilícito, haja vista a certeza da insegurança jurídica e falta de coerência nas sentenças.

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 13.

⁴¹ Para aprofundar o entendimento, consideramos adentrar no campo da **Análise Econômica do Direito** e valemos da visão dos estudiosos da Economia: “Os economistas normalmente descrevem o modelo da tomada de decisões como uma história sobre comportamentos, não sobre processos de raciocínio subjetivos. Assim, diz-se que os consumidores agem como se estivessem calculando a utilidade marginal. Da mesma maneira, diz-se que os criminosos agem como se estivessem comparando os benefícios marginais do crime e as penas esperadas. O consentimento da maioria dos crimes, no entanto, exige intenção criminosa. Para cometer um crime, não basta que o indivíduo aja como se tivesse a intenção criminosa, é preciso realmente tê-la. Assim, o direito penal trata de motivos, não apenas comportamentos. COOTER, Robert. *Direito e Economia* / Robert Cooter, Thomas Ulen, p. 481.

⁴² COOTER, Robert. **Direito e Economia**/Robert Cooter, Thomas Ulen. 5. ed. – Porto Alegre: Bookmann, 2010, p. 481.

No presente estudo, há a pretensão do alerta para o fato da insegurança jurídica ser um fator decisivo na conduta do agente criminoso, o qual detém a certeza que as decisões emanadas da jurisdição criminal não possuem coerência e previsibilidade e, neste passo, tem a possibilidade de trabalhar com risco da incerteza, ou seja, jogar com a sorte no cometimento do crime, amparado por decisões que não transparecem uma voz uníssona oriunda do poder judiciário.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARBOZA, E. M. de Q.. **Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, P. C.. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, G. S. de Q. Discrecionalidade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In CAMPOS, G. S. de Q; JUNIOR, A. B. (Org.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 197-249

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. – Porto Alegre: Bookmann, 2010

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes 2002

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1978

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru. Edipro. 2003

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. [tradutor, organizador e introdução de Alexandre Coutinho Pagliarini]. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012

ROBERTS, Julian A. Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales. In CAMPOS, G. S. de Q; JUNIOR, A. B. (Org.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 365-380.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena**. Revista dos Tribunais. vol. 908. p. 233-262. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL AOS DELITOS IMPUTADOS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

THE APPLICATION OF THE REDUCTION OF THE PRESCRIPTION PERIOD TO THE CRIMES IMPUTED TO LEGAL PERSONS

ROBERTO ÍTALLO MOURÃO

Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA

Resumo: Cuida-se de afirmação da tese de que as pessoas jurídicas têm direito à redução do prazo prescricional pela metade em relação aos fatos delituosos que lhes são imputados, à semelhança do que é permitido às pessoas naturais, por força do artigo 115 do Código Penal Brasileiro. Para isso, dissertamos sobre a recente promoção das entidades coletivas à figuração no polo passivo das ações penais e propomos uma nova forma de interpretação do dispositivo legal referido para atualização do Direito Penal, embasada em pensamento doutrinário e manifestação jurisprudencial.

Palavras-chave: Artigo 115 do CPB. Pessoa jurídica. Admissibilidade. Interpretação sistemática e extensiva. *In dubio pro reo*.

Abstract: It is affirmation of thesis that legal persons have the right to reduction of the prescription period by half in relation to the criminal facts that are imputed to them, in the same way as natural persons are permitted, pursuant to article 115 of the Brazilian Penal Code. For this, we have discussed the recent promotion of legal entities to the figuration in the passive pole of criminal actions and propose a new form of interpretation of the legal device referred to update the Criminal Law, based on doctrinal thinking and jurisprudential manifestation.

Keywords: Article 115 of CPB. Legal person. Admissibility. Systematic and extensive interpretation. *In dubio pro reo*.

1. Introdução

O Direito Penal, por sua natureza de ciência humana, possui a característica de estar em constante mudança, em movimento provocado pelas variações das relações entre os cidadãos que compõem a sociedade ao decorrer do tempo. Uma das mais recentes e controversas atualizações na ciência criminal foi a afirmação da possibilidade de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Apesar de existir no Direito Civil há muito tempo a ideia de diferenciação entre os atos jurídicos praticados pelas entidades coletivas e as pessoas

naturais que elas constituem, no âmbito penal essa tendência só veio a ser positivada há pouco menos de trinta anos, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, a seguir transcrito:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dez anos depois, com a aprovação da Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605/1998), o dispositivo constitucional foi regulamentado através da norma infralegal para perfectibilizar a responsabilização criminal das entidades coletivas em infrações de caráter ambiental:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Evidente, portanto, que é bastante nova a admissibilidade da presença da pessoa jurídica no polo passivo de ações penais, sendo natural que a legislação, a doutrina e a jurisprudência ainda estejam regulando as relações inerentes a essa perspectiva de forma trôpega, com lacunas pendentes de adequado e necessário preenchimento.

Vasculhando o ordenamento penal, foi possível verificar uma especial situação que não encontra previsão legal específica, tampouco reflexão doutrinária mais aprofundada ou jurisprudência consolidada sobre o tema: a possibilidade de aplicação da redução dos prazos de prescrição penal, prevista no artigo 115 do Código Penal Brasileiro (CPB)¹, nas ações em que se apurem condutas criminais atribuídas às entidades coletivas.

¹ “Redução dos prazos de prescrição. Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

Diante desse aparente vácuo e da necessidade de dispensar às pessoas jurídicas tratamento penal semelhante ao que se volta às pessoas naturais, cumpre-nos, adiante, tentar preencher esse espaço.

2. A prescrição no âmbito penal

O instituto da prescrição tem previsão legal no Código Penal, entre os artigos 109 e 119. Ela representa uma limitação temporal ao poder punitivo do Estado em face do cidadão, evitando, na imensa maioria dos casos², a perpetuidade da persecução penal (pretensão punitiva) ou execução da pena (pretensão executória), acarretando a sua ocorrência em causa de extinção da punibilidade do fato atribuído ao agente (artigo 107, IV, do CP).

Raúl Zaffaroni³, em aprofundada análise sobre o Direito Penal Brasileiro, discorre sobre o instituto da forma precisa e didática que lhe é peculiar:

“Muito embora o mero decurso do tempo sobre a prática de um fato não seja motivo suficiente para que tudo se apague, considera-se, todavia, que em determinadas condições, o transcurso do tempo, sem que a pena seja executada, faz com que cesse a coerção penal, ou seja, o decurso do tempo leva o Estado a renunciar ao seu poder-dever de punir, do mesmo modo como se extingue a ação penal que não chega à sentença. Conquanto se trate de prescrição distinta, pode-se sustentar que, embora de direito material, ou substantivo, o seu fundamento é análogo ao da decadência e perempção das ações processuais. Decadência é a perda do direito de ação pelo decurso do prazo fixado em lei (seis meses). Perempção é a perda do direito ao prosseguimento na ação penal privada genuína (art. 107, IV, do CP). Sobre elas iremos nos manifestar com detalhes futuramente. Como já assinalado, o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à "teoria da pena", ou seja, sobre o seu conceito de direito penal. Por todas essas razões, *"a limitação temporal da perseguibilidade do fato ou da execução da sanção liga-se a exigências político-criminais claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade"* (Figueiredo Dias).”

Os “fundamentos da prescrição”, referidos no excerto acima, foram elencados por Cézar Roberto Bitencourt⁴, que justifica a existência da previsão legal da supressão do poder punitivo

² Temos, no Brasil, duas hipóteses de crimes imprescritíveis previstas na Constituição Federal de 1988: racismo (artigo 5º, XLII) e delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88)

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henique Pierangeli. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. Página 645.

⁴ BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Páginas 875/876.

do Estado sob as seguintes premissas: 1) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; 2) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; 3) o Estado deve arcar com sua inércia; e 4) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.

O Código Penal regula o instituto de forma bastante detalhada. Contudo, para os fins deste trabalho, cumpre-nos destacar apenas os prazos previstos para a ocorrência da prescrição e a peculiaridade da admissão de sua redução à metade em situações especiais.

2.1. Dos prazos para contagem da prescrição

O legislador teve o zelo de atribuir prazos diversos para a ocorrência da prescrição penal de acordo com a gravidade do delito imputado ao agente, homenageando, dessa forma, o princípio da isonomia. Afora os dois casos acima destacados, acobertados pela imprescritibilidade, o Estado deve obedecer aos seguintes lapsos temporais para exercer o *jus puniendi*, por força do artigo 109 do CPB:

- I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
- II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
- III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
- IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
- V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Sublinhe-se que havendo condenação transitada em julgado o prazo será contado observando a pena definitiva imposta (artigo 110 do CPB). Para adequado entendimento da aplicação do instituto, adotemos a seguinte hipótese: um indivíduo é preso em flagrante por suposto cometimento do crime de furto simples (artigo 155, caput, do CPB), sendo instaurado inquérito policial para apuração desse fato. A partir da consumação do delito, considerando que a pena máxima atribuída a esse tipo penal é de quatro anos, o Estado-Juiz tem o prazo de oito anos (artigo 109, IV, do CPB) para julgar os fatos imputados ao autor do crime, desconsideradas eventuais causas de suspensão ou interrupção. Do contrário, o evento criminoso estará acobertado pela prescrição e, por consequência, extinta a sua punibilidade.

Agora, admitamos que, dentro do prazo da prescrição punitiva, esse inquérito policial tenha sido remetido ao Ministério Público e, instaurada a devida ação penal através de denúncia, o réu tenha sido processado e condenado a uma reprimenda de um ano e seis meses de reclusão. Nesse caso, transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição para o Estado impor o cumprimento integral da sanção anunciada ocorre em quatro anos (artigo 109, V, CP). Destaque-se, por fim, que além dos prazos dispostos no estatuto repressivo, há previsão nesse sentido na legislação esparsa, a exemplo do artigo 30 da Lei de Tóxicos (lei nº 11.343/06), em relação ao delito de posse ilegal de drogas para consumo pessoal – artigo 28:

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

2.2. Redução do prazo prescricional (artigo 115 do Código Penal)

Dispõe o artigo 115 do Código Penal:

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Mais uma vez lanço mão dos ensinamentos do nobre penalista argentino⁵ para dar maior clareza à interpretação da norma:

Os prazos prescricionais são reduzidos de metade quando "o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos" (art. 115). É a chamada prescrição etária ou de redução do prazo prescricional em virtude da idade. O dispositivo é aplicável a todas as formas de prescrição: da pretensão punitiva, com base na pena *in abstracto*; da pretensão punitiva com base na pena *in concreto* (retroativa ou não) e na pretensão executória (seja reincidente ou não o condenado). Razões de política criminal e adesão à corrente jurisprudencial mais liberal levaram o Código a dispor que, em se tratando de agente menor de vinte e um anos, considera-se a data do tempo do crime, ou seja, a data da ação. Ao contrário, quando o agente for maior de setenta anos, considera-se a data da sentença. Em ambas as hipóteses, houve a opção pela solução mais favorável ao agente.

Impende ressaltar que tal redução de prazo da prescrição representa previsão legal sem paridade nos sistemas penais do direito comparado. De fato, analisando os Códigos Penais

⁵ Op. cit. Páginas 649-650.

alemão, espanhol, italiano, argentino e uruguaio, que mantêm linhas principiológica e teleológica assemelhadas ao nosso ordenamento legal, não se encontra norma com esse benefício, embora esses diplomas tragam em seu bojo tópicos reservados à prescrição de forma bem delineados.

Outrossim, a origem da “prescrição etária” remonta ainda a período anterior à 1984, data da atualização do código atualmente em vigor. É o que destaca o icônico jurista Nélon Hungria⁶ em sua atemporal obra:

O dispositivo supra tem dois antecedentes legislativos, um, próximo, o dec. federal nº 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, e outro, mais afastado, o dec. federal nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores. A originalidade está na extensão do benefício aos velhos. O Cód. de Menores (dec. nº 17.943-A), determinando processo especial para o maior de catorze anos e menor de dezoito, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção (art. 69), estabelecia em seu favor a redução de metade do prazo da prescrição da ação penal (art. 83). O reconhecimento da prescrição não era, entretanto, imperativo legal, mas faculdade ao juiz.

Um detalhe do texto do artigo 115 do Código Penal nos é mais relevante para o presente trabalho do que qualquer outro: o uso da expressão “criminoso”. É pela ocorrência dessa palavra que entendemos ser possível a aplicação do benefício às pessoas jurídicas, pois o legislador não o direcionou especificamente à pessoa natural, muito em razão do fato de que à época da sua redação não havia sido admitida a imputação de responsabilidade penal às entidades coletivas, fato que atualmente está consolidado e, por conseguinte, exige a adequada atualização da interpretação do dispositivo.

Nesse passo, cabe-nos analisar quais as posições solidificadas e quais as controvérsias que giram em torno da relação pessoa jurídica-Direito Penal.

3. A pessoa jurídica como sujeito passivo em demandas criminais

Os dispositivos destacados na introdução deste trabalho demonstram que está inequivocamente positivada a possibilidade de imposição de sanção penal à pessoa jurídica.

⁶ HUNGRIA, Nélon; CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**, volume IV, arts. 102 ao 120.. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. Página 413.

Malgrado a existência de lei clara nesse sentido, grande tem sido a celeuma em torno desse tema. Rogério Sanches Cunha⁷ destaca a existência de três correntes nessa seara:

(...) 1ª CORRENTE: a pessoa jurídica não pode praticar crimes (*societas delinquere non potest*), nem ser responsabilizada penalmente. (...) a pessoa física pode ser responsabilizada administrativa, tributária, civil e penalmente; a pessoa jurídica, administrativa, tributária e civilmente (jamais penal, pois não pratica crime).

2ª CORRENTE: apenas pessoa física pratica crime. Entretanto, nos crimes ambientais, havendo relação objetiva entre o autor do fato típico e ilícito e a empresa (infração cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade), admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Conclusão: apesar de somente a pessoa física praticar crimes, ela e a jurídica serão responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente.

3ª CORRENTE: a pessoa jurídica é um ente autônomo e distinto dos seus membros, dotado de vontade própria. Pode cometer crimes ambientais e sofrer pena. (...) tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica praticam crimes (ambientais), podendo ambas ser responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente.

A terceira posição prevalece na jurisprudência, sendo tese já consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da nossa Corte Maior, o Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Constitucional admite não só a possibilidade de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica, mas a sua ocorrência independentemente da concomitante presença de pessoa natural. Confira-se:

É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma, por maioria, conheceu, em parte, de recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido. Neste, a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas (Lei 9.605/98, art. 54) teria sido excluída e, por isso, trancada a ação penal relativamente à pessoa jurídica.

(...)

No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabeleceria por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao extraordinário. Afirmavam que o art. 225, § 3º, da CF não teria criado a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para o Min. Luiz Fux, a mencionada regra constitucional, ao afirmar que os ilícitos ambientais sujeitariam “os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”, teria apenas imposto sanções administrativas às pessoas jurídicas.

⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** I Rogério Sanches Cunha - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016. Páginas 155/156.

Discorria, ainda, que o art. 5º, XLV, da CF teria trazido o princípio da personalidade da pena, o que vedaria qualquer exegese a implicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por fim, reputava que a pena visaria à ressocialização, o que tornaria impossível o seu alcance em relação às pessoas jurídicas. (STF. RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 6.8.2013. Informativo 714, 1ª Turma)

A doutrina que sustenta essa posição, embora minoritária, encontra nomes como Fernando Capez, Sérgio Salomão Shecaira e Guilherme de Souza Nucci⁸, este destacando que “adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica atualmente, além do Brasil: Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália, Cuba, México, China, Japão, Holanda, Portugal, Escócia, França, Áustria e Dinamarca. Note-se o disposto no Código Penal do Alabama (EUA), disciplinando o conceito de sujeito ativo do crime: “um ser humano, e, onde for apropriado, uma empresa pública ou privada, uma associação, uma sociedade, um governo ou uma instituição governamental (art. 13 A, 1- 2)”.

Não se pode deixar de pontuar a posição doutrinária dominante, no sentido da impossibilidade de os entes morais figurarem no polo passivo de ações penais, sob os argumentos, por exemplo, da inexistência de conduta, do ferimento ao princípio da intervenção mínima e impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, característica maior do Direito Penal.

Confira-se como se posiciona o sempre lembrado jurista Luiz Régis Prado⁹:

Ainda que seja *matéria polêmica*, e levando em conta o avanço ocorrido nos últimos anos em relação ao agasalho da responsabilidade criminal do ente coletivo, em especial por influência do Direito anglo-saxônico, uma visão jurídica de ordem pragmática, tem-se amplamente dominante, desde há muito, no Direito Penal brasileiro, a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso quer dizer que os crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica só podem ser imputados criminalmente às pessoas naturais na qualidade de autores ou partícipes.

(...)

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a cominação de sanções penais e administrativas, conforme o caso, aos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) que eventualmente causem lesão ao ambiente. Dispõe o art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Embora ambíguo o texto, não há falar aqui, porém, em previsão de responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela refere-se, claramente, à conduta/atividade e, em sequência, à pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Páginas 389/390.

⁹ PRADO, Luiz Régis, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. Páginas 398 a 400.

O renomado penalista, firme em sua posição de contrariedade, direciona severas críticas ao entendimento externada pelo STF no RE 548.181/PR, acima destacado:

Tal decisão - dotada de argumentação débil e confusa - em nada convence. Muito ao contrário. É ela retrato de uma postura simplista de mera opção política criminal que privilegia o fim em detrimento do meio. Aliás, muito em voga em sede legislativa na atualidade. Vale dizer: punir de qualquer maneira independentemente da consistência e validade de seus fundamentos, custos e efeitos outros - a pessoa jurídica através do Direito Penal. Diante disso, resta manter com mais força a diretriz exposta em vários trabalhos e predominante na melhor doutrina penal, no sentido de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, anunciada na Lei 9605/1998, além de ser desnecessária, é incoerente com um Direito Penal de filiação romano-germânica e seus princípios, sendo, portanto, inconstitucional. (401 - op. cit.)

Outros notórios nomes que defendem a impossibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica são: Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Vicente Cernichiaro e René Ariel Dotti. Em que pese a posição contrária, que, admita-se, apresenta convincentes argumentos, o fato é que a lei, fonte formal imediata em matéria criminal, impõe a persecução penal de delitos que sejam de autoria das entidades coletivas, restritos, a bem da verdade, ainda a crimes de ordem ambiental, eis que só a lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) prevê tal hipótese, não se podendo estendê-la a outros delitos sob pena de ferimento do princípio da legalidade¹⁰.

4. A interpretação do artigo 115 do código penal e sua adequação aos fatos delituosos imputados à pessoa jurídica

A doutrina penalista elenca várias classificações quando o assunto é a interpretação da lei penal. Malgrado isso, nos interessa destacar apenas aquelas que são referentes ao método lançado na leitura da norma e aos efeitos atingidos.

¹⁰ Guilherme de Souza Nucci defende o avanço do ordenamento legal pátrio no sentido de admitir a persecução penal contra a pessoa jurídica em relação a outros delitos: “E vamos mais além: seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º, CF). Depende, no entanto, da edição de lei a respeito. No mais, é preciso lembrar que, historicamente, o Tribunal de Nuremberg chegou a condenar, por crimes de guerra contra a humanidade, não somente pessoas físicas, mas corporações inteiras, como a Gestapo e as tropas da SS.” (Op. cit).

Quanto aos meios, destacam-se as seguintes técnicas: *a) interpretação gramatical (literal)*: procura o sentido da lei através do significado dos vocábulos que constituem a norma. Para muitos doutrinadores, a exemplo de Bitencourt (181 - op. cit.), na escala hierárquica dos métodos é a que possui o menor grau de relevância; *b) interpretação histórica*: o intérprete analisa o contexto histórico em que a lei foi debatida para desvendar os objetivos almejados pelo legislador com a sua aprovação; *c) interpretação sistemática (lógico-sistemática)*: a visão do intérprete é ampliada para além do microssistema em que situada a norma analisada, compreendo que está é apenas parte de um todo maior e contextualizando-a no ordenamento jurídico global. Noz dizeres de Luiz Régis Prado (152 – op. cit.), “o critério lógico-sistemático se revela importante instrumento de garantia da unidade conceitual do ordenamento”; *d) interpretação hermenêutica*: o intérprete deve buscar a vontade da lei, aquilo a que ela se destina a regular. De acordo com alguns doutrinadores, o objeto da norma pode variar ao longo de sua vigência, implicando em diversificação do seu alcance, naquilo a que alguns nominam de *interpretação evolutiva*.

No que toca aos efeitos obtidos pelo intérprete, adotamos a seguinte classificação: *a) interpretação declarativa*: o texto da lei alcança exatamente aquilo está expresso; *b) interpretação restritiva*: consiste na redução do alcance da lei, atribuindo-lhe interpretação que limita o significado das palavras para adequá-las à vontade do legislador; *c) interpretação extensiva*: a lei disse menos do que se propôs (*minus dixit quam voluit*), impondo-se a ampliação do seu alcance.

Expostas as diversas formas e resultados relacionados com a interpretação dos textos legais, voltemo-nos para o objeto deste trabalho. Nessa senda, de forma propositadamente repetitiva, transcrevo o artigo 115 do Código Penal, objetivando reforçar o ponto nodal da presente tese:

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Uma visão teleológica do dispositivo nos leva à conclusão de que o benefício só pode ser aplicado às pessoas naturais, pois evidencia o abrandamento do poder punitivo do Estado em relação a sujeitos dotados de maior fragilidade, quer porque o tempo ainda não foi capaz de provocar o total conhecimento do mundo e as consequências de suas ações (menor de 21 anos),

quer porque não possuem opulência física e mental de acompanhar um longo processo criminal, quanto menos a execução de penas corporais (maior de 70 anos).

Foi exatamente essa a interpretação dada ao instituto, com melhores palavras, por Néelson Hungria:

Um sentimento de justiça social e benignidade parece ter ditado aos governantes de então esse ato legislativo, que vem encontrar, agora, consagração definitiva no Código. Por outro lado, apresentava-se a concessão como medida de política criminal, completando “a série das constantes da legislação revolucionária, notadamente dos decretos ns. 19.445, de 1 de dezembro de 1930, e 21.946, de 12 de outubro de 1932”. (...)

Argumentava o legislador de 1933 que ao abrandamento do rigor de punição dos menores deve corresponder, logicamente, um encurtamento dos lapsos de prescrição da ação e da pena. Corolário do tratamento especial que as legislações penais, em regra, recomendam e adotam para os delinquentes jovens, a uns, dispensando, a outros, minorando a pena, sempre em razão de seu insuficiente desenvolvimento mental e moral, esse ato, segundo justificado, atendia ao dever do Estado de proporcionar “ao indivíduo em plena maioridade libertar-se mais depressa das más consequências da infração da lei, por ele praticada na menoridade, quando era fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos; e assim, não fazendo durar a punibilidade muito além da menoridade, lhe oferece oportunidade de se reabilitar mais cedo e integrar-se na vida social. Tal justificativa subsiste, para o preceito do Código de 40. É incontestável a conveniência de facilitar ao egresso da sociedade, culpado de um crime em que atuaram contingências peculiares da idade curta, o mais breve reingresso na coletividade social, para o trabalho lícito e prestante, a que o habilitam, mais do que nunca, as suas energias moças. Os mesmos motivos de ordem fisiológica e psicológica procedem em relação ao delinquente idoso. Por isso, o Código iguala a idade, pelos seus extremos, na fruição do mesmo benefício, como já os havia equiparado, atribuindo-lhes valor de atenuante da penalidade (art. 48, nº I).

Não tem sido outra a interpretação lançada pelos doutrinadores em plena atividade intelectual, aqui representados pelo pensamento de Juarez Cirino Dos Santos¹¹:

(...) o fundamento da redução dos prazos de prescrição é o insuficiente desenvolvimento psicossocial de agente menor de 21 anos, na data do fato, ou a degeneração psíquica de agente maior de 70 anos, na data da sentença.

Em contraponto às posições acima expostas, defendemos neste trabalho a revisão dessa hermenêutica, afirmando que a norma exige leitura sob os primas sistemático e extensivo.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I** - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014. Página 658.

4.1. Interpretação sistemática da norma

Consoante explanação em tópico anterior, está legalmente prevista na Lei dos Crimes Ambientais a possibilidade de imputação de fatos típicos às pessoas jurídicas. Nessa legislação ainda está disposta, no artigo 79, a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Em decorrência disso, faz-se necessário que a análise do estatuto repressivo seja feita considerando as peculiaridades dessas entidades, ensejando uma revisão dos conceitos que foram se petrificando ao longo dos anos pela obrigatoriedade de só se admitir pessoas naturais como agentes na prática de delitos. É preciso que os operadores do direito dissociem a imagem do autor do crime de um sujeito, com cabeça, tronco e membros, para visualizá-lo, também, na forma de uma microempresa individual, de uma sociedade anônima, de uma autarquia, etc. Assim, segue uma simplória demonstração da nova leitura recomendada do Código Penal Brasileiro:

Art. 23 - Não há crime quando o agente (*pessoa natural ou jurídica*) pratica o fato:
I - em estado de necessidade;

(...)

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...) II – o réu (*pessoa natural ou jurídica*) não for reincidente em crime doloso;
(...)

Art. 46. § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (*pessoa natural ou jurídica*).

(...)

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso (*pessoa natural ou jurídica*) era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

No caso específico do artigo 115 do Código Penal, há a peculiaridade da associação do benefício à limites de faixa etária, sendo, por esse motivo, necessária a atribuição de efeito extensivo ao texto legal.

4.2. Interpretação extensiva da norma

A interpretação extensiva se alicerça no brocardo *lex minus dixit quam voluit*. Significa dizer que o intérprete precisa alargar o alcance da norma para que situações jurídicas a ela obrigatoriamente vinculadas não deixem de ser reguladas apenas por sintetismo do legislador

ordinário. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 235 do CPB¹², que pune a *bigamia*, ou seja, que um só sujeito mantenha matrimônio civil com duas pessoas em um mesmo período. Embora o texto atribua como fato típico apenas a bigamia, nele está implícita a punição, também, à *poligamia* (casamento simultâneo com mais de duas pessoas), pois há uma relação de continência entre esta e aquela conduta.

De outro norte, na norma em análise, temos que houve a delimitação de faixa etária para concessão do benefício da redução do prazo prescricional, qual seja, menor de 21 anos e maior de 70 anos. Sob nossa ótica, é perfeitamente aceitável que às pessoas jurídicas também seja possível a percepção dessa benesse, vez que a sua idade é facilmente delineada, refutando, para esse mister, a interpretação teleológica historicamente utilizada na leitura do dispositivo.

Do Código Civil extraímos a previsão legal só surgimento da entidade moral:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

Para boa parte da doutrina civilista, a existência da pessoa jurídica em muito se assemelha à da pessoa natural, havendo, por várias vezes, o uso da expressão *nascimento* como sinônimo da sua constituição. Observe-se:

“Para a constituição ou o *nascimento* da pessoa jurídica é necessária a conjunção de três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos.

(...)

Na criação da pessoa jurídica, há, pois, duas fases: a do ato constitutivo e a da formalidade administrativa do registro.

(...)

A segunda fase configura-se no registro. Com o propósito de fixar os principais momentos da vida das pessoas, o direito institui o sistema de registro civil para as pessoas naturais, onde se assentam o seu nascimento, casamento e morte, onde se averbam as ocorrências acidentais como a interdição, o divórcio, a alteração do nome etc. Também para as pessoas jurídicas foi criado o sistema de registro, por via do qual ficam anotados e perpetuados os momentos fundamentais de sua existência (começo e fim), bem como as alterações que venham a sofrer no curso de sua vida.”

(PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Páginas 289/290 - Destaque do original).

¹² “Bigamia. Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de dois a seis anos. § 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.”

“A adoção do nome pessoa para a construção jurídica não decorre do acaso, mas devido à semelhança de condições com a pessoa física. Como esta, possui personalidade jurídica, o que lhe permite a prática de fatos jurídicos e a integrar a relação, seja ocupando o polo ativo como titular de direitos subjetivos, seja o polo passivo como responsável pelo dever jurídico. *As pessoas jurídicas possuem também nascimento, registro, capacidade, domicílio, fim e sucessão.*” (NADER, Paulo. Curso de direito civil, parte geral – vol. 1 / Paulo Nader – 10.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Página 212 - Destaque do original). “*A pessoa natural surge no momento do nascimento com vida. Da mesma forma, a pessoa jurídica possui um ciclo de existência.* A sua existência legal, no sistema das disposições normativas, exige a observância da legislação em vigor, que considera indispensável o registro para a aquisição de sua personalidade jurídica. Nesse sentido, a inscrição do ato constitutivo ou do contrato social no registro competente — junta comercial, para as sociedades mercantis em geral, e cartório de registro civil de pessoas jurídicas, para as fundações, associações e sociedades civis — é condição indispensável para a atribuição de personalidade à pessoa jurídica.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017. Destaque do original).

Portanto, podemos afirmar que a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica com o registro dos seus atos constitutivos no tabelionato competente, assim como ocorre com a pessoa natural ao nascer com vida. Disso conclui-se que a idade da entidade coletiva se conta a partir de sua constituição válida.

Conforme acima exposto, defendemos a leitura sistemática do texto legal *sub oculi* para admitir a inclusão da pessoa jurídica no conceito de criminoso. Somando-se a isso a afirmação de que a idade do ente moral é tranquilamente mensurável, entendemos que a redução do prazo prescricional em relação aos fatos criminosos imputados à pessoa jurídica é possível quando esta contar com menos de 21 anos de idade à época dos fatos ou mais de 70 anos por ocasião da prolação da sentença.

Reforçamos que essa leitura destoa da interpretação teleológica desde sempre dada ao artigo 115 do Código Penal. Contudo, a evolução da ciência criminal reclama, *data máxima vênia*, a sua atualização, ou seja, o afastamento da restrição apenas aos sujeitos naturais e a admissão de sua aplicação ao ente coletivo, mormente porque não há previsão legal em sentido contrário, bem como por ser esta interpretação mais benéfica ao réu.

4.3. Reconhecimento da presente interpretação como mais benéfica ao réu

Vimos acima que a proposta do presente trabalho consiste em modificar a interpretação consolidada da norma em apreço, o que implica dizer que há evidente conflito interpretativo entre os métodos teleológico e extensivo.

Em situações como a presente, a doutrina tem se dividido sobre a utilização do princípio *in dubio pro reo* em sede de interpretação de leis penais, pois aludida regra teria origem no direito material (processual), relacionando-se com o convencimento do julgador em análise das provas¹³.

Defendemos, mais uma vez, o reconhecimento de que a legislação penal é parte de um todo, que é o ordenamento jurídico, e deve se comunicar com as diversas normas e princípios dos outros ramos, claro, desde que mantenham similitude. Nesse passo, se em sede processual impõe-se a aplicação de critério mais benéfico ao sujeito passivo da ação penal diante de controvérsia não solucionada, razão não há para que tal não ocorra com a inteligência das normas penais, até porque a finalidade de ambas acaba sendo uma só.

Ora, ao que se pretende favorecer ao réu o benefício da dúvida, diante da apreciação das provas no processo penal, senão evitar a injustiça de lhe impor sanção que por direito não mereceria? Da mesma forma ocorre com a aplicação do *in dubio pro reo* em relação ao método hermenêutico, pois evita a incidência de efeitos mais severos da lei penal quando, sob uma outra ótica, ser-lhe-ia possível receber tratamento mais brando.

Essa é a posição também sustentada por Rogério Greco (op. cit., páginas 121/122), citando Nélson Hungria:

“Será que, mesmo depois de utilizados todos os meios necessários e adequados a fim de buscar o verdadeiro alcance da lei, se ainda persistir a dúvida no âmago do intérprete, poderemos aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, a dúvida em matéria de interpretação da lei penal deve ser levada em benefício do agente que supostamente praticou a infração penal? Com a finalidade de responder a essa indagação, surgiram três correntes. A primeira delas aduz que, em caso de dúvida de interpretação, esta deve pesar em prejuízo do agente (*in dubio pro societate*). Já a segunda corrente preleciona que a dúvida de interpretação teria de ser resolvida pelo julgador, podendo ser contrária ou a favor ao réu. A última corrente, de posição mais adequada aos métodos de interpretação da lei penal, preconiza que, havendo dúvida em matéria de interpretação, deve esta ser resolvida em benefício do agente (*in dubio pro reo*). É a posição defendida por Hungria: “No caso de irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.”

¹³ É a posição de Cezar Roberto Bitencourt: “O domínio de aplicação daqueles conhecidos adágios, tais como *in dubio pro reo*, é o do exame e valoração da prova, e não o do campo da interpretação da norma jurídica.” (op. cit., página 146)

Um bom exemplo de aplicação adequada da interpretação extensiva mais benéfica ao réu, bastante semelhante à presente hipótese, é o do artigo 181, I, do Código Penal¹⁴. Nele está prevista a escusa absolutória (causa especial de isenção de pena) referente aos crimes patrimoniais, favorecendo ao agente que comete o delito em face do patrimônio, entre outras vítimas, do seu *cônjuge*.

Nesse diapasão, parte significativa da doutrina entende que se o bem jurídico atingido é do companheiro (convivente em união estável) também é possível a aplicação da imunidade, por estar englobado na palavra *cônjuge*, alargando-se, dessa forma, o alcance da expressão constante no texto legal. Expressamente concordam com essa leitura: Nucci¹⁵, Rogério Greco (op. cit., página 984) e Rogério Sanches¹⁶.

Além dos eminentes juristas acima destacados, há expressivos julgados no âmbito dos Tribunais Superiores, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, em que se externam a adoção de interpretações mais benéficas ao réu em casos de conflito hermenêutico.

4.4. Aplicação de interpretação mais benéfica ao réu no âmbito dos Tribunais

São inúmeras as ocorrências de julgados em que os colegiados manifestam a adoção de determinado método interpretativo ou integrativo por representar maior benignidade ao agente delituoso. Elencamos, a seguir, aqueles mais úteis a este trabalho, para reforçar a plausibilidade do argumento.

O primeiro caso exemplificativo trata da inteligência do artigo 112 do Código Penal. O seu inciso I disciplina que a contagem do prazo de prescrição executória tem início por ocasião do trânsito em julgado para a acusação. Foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça controvérsia fundamentada no argumento de que o referido dispositivo exigia interpretação extensiva para que se fosse admitido o início desse prazo apenas com o trânsito para ambas as partes.

¹⁴ “Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal (...)”

¹⁵ Código penal comentado – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Página 651.

¹⁶ Manual de direito penal: parte especial (artigos 121 a 361). Salvador. JusPODIVM, 2017. Página 427

Contudo, o colegiado utilizou a interpretação literal (aquela de menor grau na hierarquia dos métodos interpretativos), reconhecendo ser mais vantajosa ao apenado. Essa posição está consolidada, sendo reiteradamente afirmada em julgados recentes. Confira-se:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO QUE NÃO COMBATEU O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. EXECUÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, I, DO CP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. “Nos termos do art. 112, I, do Código Penal, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, *prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado*”. (AgRg no RHC 74.996/PB, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/09/2017)

3. Agravo regimental não conhecido. Habeas Corpus concedido de ofício. (AgInt no AREsp 1156766/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)” - Destaque do original

Em outra ocasião, levou-se ao Superior Tribunal de Justiça ação penal em que se imputara a um sujeito a prática do crime de dano ao patrimônio, em sua forma qualificada, por ter lesionado bem jurídico do Distrito Federal. Na Corte, adotou-se, mais uma vez, interpretação literal em detrimento da teleológica. Essa tese vem sendo constantemente reafirmada, conforme se evidencia através do recente aresto abaixo transcrito:

“PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DANO QUALIFICADO. CRIME PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO DO DISTRITO FEDERAL. PREVISÃO DO ENTE FEDERATIVO NO ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. III, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA. VEDADA A INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA IN MALEM PARTEM. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE, POR USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *O inciso III do parágrafo único do art. 163 do Código Penal, ao qualificar o crime de dano, não faz menção aos bens do Distrito Federal. Dessa forma, o entendimento desta Corte perfilha no sentido de que ausente expressa disposição legal nesse sentido, é vedada a interpretação analógica in malem partem, devendo os prejuízos causados ao patrimônio público distrital configurarem apenas crime de dano simples, previsto no caput do referido artigo.*

2. Incabível o enfrentamento de matéria constitucional por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal - STF.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1585531/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)” - Destaque do original

Perceba que a Corte desconsiderou que não havia razões para o legislador excluir do alcance do tipo penal o patrimônio do Distrito Federal, apenas o omitindo por ausência de técnica legislativa, cujo reparo mais adequado seria, em tese, o uso de interpretação teleológica (a norma objetiva a proteção do patrimônio público das unidades federadas da União) ou extensiva (o Distrito Federal nada mais é do que uma unidade dentre os entes federativos que cumula natureza de estado e município). Contudo, em notória aplicação do *in dubio pro reo*, optou-se pela adoção de alcance mais restritivo.

Antes de descrevermos o próximo caso, rememoremos a interpretação doutrinária atribuída à escusa absolutória do artigo 181, I, do CPB (tópico anterior), em que se admite efeito extensivo para a inclusão do companheiro (convivente sob união estável) na leitura da palavra *cônjuge* constante no dispositivo. Pois bem. O STJ foi provocado a debater se a agravante genérica prevista no artigo 61, II, ‘e’, do CPB [“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido o crime: (...) e) contra ascendente, descendente, irmão ou *cônjuge*;”]; também permitia esse tipo de leitura. A Corte, embora diante de situação idêntica, entendeu de forma contrária, adotando interpretação mais benéfica à defesa, como adiante se vê:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA “E”, DO CÓDIGO PENAL. NÃO APLICAÇÃO. CRIME PRATICADO CONTRA COMPANHEIRA. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA SIMPLES. CRIME HEDIONDO. REGIME ABERTO. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CUMPRIMENTO NO REGIME DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 66, VI, DA LEP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE, ANTE A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

1. A agravante de que trata o artigo 61, II, “e”, do Código Penal não incide nas hipóteses de crime praticado contra companheiro(a), pois a lei faz menção apenas ao cônjuge e, na seara criminal, não se admite o emprego da analogia em prejuízo do réu (*in malam partem*) para agravar a pena.

(...) (REsp 1201880/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013)” - Destaque do original

Por derradeiro, destacamos julgamento ocorrido perante a Quinta Turma do STJ em que se afastou a aplicação de previsão legal específica, referente a ordem dos ritos processuais nos processos de competência originária dos tribunais, constante em lei especial, olvidando-se, propositadamente, do conhecido princípio *lex specialis derogat legi generali*, sempre utilizado

para resolução de conflito aparente de normas, sob o expresse argumento de que a adoção do rito ordinário seria mais benéfico ao acusado. Segue trecho da ementa:

“(...) 7. Este Superior Tribunal firmou a orientação no sentido de que “a previsão do interrogatório como último ato processual, nos termos do disposto no art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, *por ser mais benéfica à defesa, deve ser aplicada às ações penais originárias nos tribunais, afastada, assim, a regra específica prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/1990, que rege a matéria*” (HC 205.364-MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 6/12/2011). Essa alteração de entendimento se deu em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg na APn 528/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 8/6/2011.(...) (REsp 1659662/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 19/04/2017)”- Destaque do original

Paramos os exemplos por aqui, embora pudéssemos juntar outros tantos da mesma Corte ou de tribunais estaduais, entendendo que esses já são suficientes para evidenciar que a jurisprudência, na imensa maioria das vezes em que se encontra diante de diversidade de interpretações sobre feitos criminais, busca aquela que mais beneficie o agente delituoso. No nosso específico caso, é inegável que à pessoa jurídica é mais vantajosa a admissibilidade da redução dos prazos prescricionais aos feitos criminais em que é ré, sendo, portanto, imperiosa a adoção do entendimento ora exposto para gozar dessa benesse penal.

5. Conclusão

Por regular a conduta humana a ciência criminal exige a sua constante evolução, acompanhando os passos da sociedade em que está situada, sob pena de tornar-se inócua, ineficaz, imprestável aos fins a que se destina. Nesse viés, necessária se faz a releitura do artigo 115 do Código Penal, pois, como vimos, a mesma interpretação vem sendo aplicada desde a aprovação do Código Penal, em 1934, onde já constava disposição similar.

Nos propomos a atualizar o dispositivo, considerando a possibilidade de o *criminoso* ser uma entidade coletiva. Mais do que isso, afirmamos que lhe deve ser garantido o direito de redução pela metade do prazo prescricional aos fatos a ela atribuídos, com fundamento no uso de interpretações sistemática e extensiva, somado ao princípio do *in dubio pro reo*, em nível hermenêutico.

Compreendemos que os argumentos são robustos e, mais do que isso, a jurisprudência está permeada de posicionamentos, destacados no trabalho, que nos fazem vislumbrar o acolhimento da presente tese pela doutrina e no âmbito dos tribunais, sobretudo pela sua imprescindibilidade para a garantia dos direitos fundamentais inerentes ao imputado penal (neste caso, pessoa jurídica), em especial o princípio da isonomia.

Não se preste a isso, sirva-se a tese ao menos para gerar debates jurídicos, saltando-se à claridade um tema que, apesar de importante, tem permanecido fora de foco desde sempre.

6. Referências Bibliográficas

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

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (artigos 121 a 361)**. Salvador. JusPODIVM, 2017.

_____. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) I** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal, volume IV, arts. 102 ao 120**. Nélson Hungria, Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1** / Paulo Nader – 10.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

- _____. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I** / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Régis, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I** - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**/Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

A CULTURA MARGINALIZADA EM CHOQUE COM A RETÓRICA DA LEI E ORDEM: O PROIBICIONISMO CULTURAL BRASILEIRO

THE CULTURE MARGINALIZED IN SHOCK WITH THE RHETORIC OF LAW AND ORDER: THE PROHIBITION CULTURAL BRAZILIAN

SAULO RAMOS FURQUIM
Universidade de Coimbra

Resumo: O artigo proposto tem por objetivo a análise dos fenômenos sociológico e criminológico da confluência entre a cultura marginalizada e as políticas securitárias, uma espécie de dicotomia entre crime-cultura. Partindo-se da situação que determinadas manifestações culturais periféricas são entendidas como crime para uma política repressiva e segregadora, em detrimento de uma política cultural. A pesquisa empregada consiste em consultar fontes primárias e secundárias. A análise é feita dentro da perspectiva da criminologia cultural, que no dizer dos seus fundadores, é controversa e disposta a jogar com os parâmetros da disciplina e desafiar a sério as convenções da criminologia ortodoxa. Para o êxito do trabalho, foram utilizados procedimentos de análise histórico, sociológico, criminal e comparativo.

Palavras-chave: Cultura; Crime; Lei e Ordem; Política Criminal; Descriminalização; Criminologia Cultural.

Abstract: This article aims to analyze the sociological and criminological phenomenon between the marginalized culture and security policies, a kind of dichotomy between crime-culture. Based on the situation that certain peripheral cultural manifestations are understood as a crime for a repressive and segregation policy to the detriment of cultural policy. The research employed consists of consulting primary and secondary sources. The analysis is made within the perspective of cultural criminology, which in the words of its founders, is controversial and willing to play with the parameters of the discipline and seriously challenge the conventions of orthodox criminology. For the success of the work, procedures of historical, sociological, criminal and comparative analysis were used.

Keywords: Culture; Crime; Law and Order; Criminal Policy; Decriminalization; Cultural Criminology

1. Introdução

Há muros que separam nações, há muros que dividem pobres e ricos, mas não há hoje, no mundo um muro, que separe os que têm medo dos que não têm medo. Sob as mesmas nuvens cinzentas vivemos todos nós, do sul e do norte, do ocidente e do oriente (...) há quem tenha medo que o medo acabe.¹

¹ COUTO, Mia. *Murar o Medo*. Conferência de Estoril, Portugal, 2011.

A sociedade brasileira dos dias atuais cada vez mais cria muros dividindo entre si: pensamentos, ideologias, valores, símbolos e estilos de vida. Navegando para uma maximização do sentimento do “nós contra os outros”. Para tanto, um conflito que se torna enraizado na nossa realidade nacional é o conflito cultural entre a cultura dominante e a cultura marginalizada, a dita cultura periférica.

Essa dicotomia entre “cultura apropriada *versus* cultura desapropriada” tem chamado à atenção para as manifestações culturais periféricas, ou seja, as manifestações artísticas e as novas formas culturais advindas das classes mais pobres e sua atual criminalização, como uma espécie de controle social cultural.

A priori, o que instiga tanta repulsa pela cultura dominante é a existência de estilos e símbolos distintos destes grupos periféricos, que se diferem dos valores conservadores. A partir da observação da estética dos grupos, verifica-se a existência de padrões e opções comportamentais diferentes dos demais (bailes nas ruas, consumo excessivo de álcool, estilo extravagante de se vestir e se comportar, entre outros), os quais podem caracterizar uma afronta face aos princípios predominantes.

Essas expressões culturais periféricas, por meio da música, da dança, da forma de se vestir e principalmente pelo seu estilo de vida contraditório aos demais, devolvem profundamente ao grupo experiências coletivas, simbologias e emoções que definem as identidades de seus membros e reforçam o status social marginalizado dos mesmos perante a sociedade. Destaca Ferrell que, ao mesmo tempo, aqueles que se encarregam de empreendimentos culturais, como rituais tradicionais, músicas e manifestações diversas, com frequência são acusados de promover comportamento infracional ou mesmo criminoso, e comumente enfrentam denúncias e inquéritos policiais, além de processos, em nome da moralidade coletiva².

Para a garantia da coesão de uma sociedade sob os mesmos valores dominantes, a mídia é fator importante na questão criminal. Esta espécie de realidade de cunho político facilita a exposição de informações carregadas de simbologias negativas e acaba por difundir elementos

² FERRELL, Jeff. *Crime and Culture*. In: HALE, Chris, et al. *Criminology*. London/New York: Oxford University Press. 2007, p. 139.

negativos, influenciando o receptor (vide o caso dos rolezinhos)³. Entretanto, as notícias veiculadas, inúmeras vezes, são carregadas com interesses conservadores, moralistas e securitários, criticando a reunião destes grupos em espaços públicos e privados, pois a estética do grupo é um indutor de criminalidade.

De tal sorte, a criminalização das culturas periféricas torna-se explícita na atual política criminal. As autoridades, buscando sempre a aplicação e o vigor da justiça criminal, embasada pelas representações midiáticas e pelo clamor moralista, criam corriqueiras intervenções policiais a determinados grupos. A mídia trata de confortar a sociedade, vendendo informações e opiniões que as intervenções são benéficas, no sentido de agir preventivamente contra a iminência de crimes atrelados àquela cultura, dando forma ao repúdio público e às políticas públicas de repressão.⁴ Assim, começa-se o prelúdio de uma política pública de Lei e Ordem que promove o proibicionismo cultural e a seletividade penal, sobretudo, apoiadas pela mídia e a sociedade conservadora.

2. O longo percurso da criminalização cultural brasileira

O problema da criminalização de culturas periféricas já vem dos primórdios da República. Nilo Batista afirma que no século XIX, a capoeira e os batuques africanos eram

³ Os “rolezinhos” são eventos marcados por jovens fãs do Funk Ostentação em locais como parques de diversão, parques públicos, clubes e *Shopping Centers*. “Nesses eventos, os jovens se conhecem, paqueram, cantam músicas de seus MCs preferidos enquanto transitam pelos corredores do shopping. Como os “rolezinhos” em shoppings começaram a atrair centenas de jovens, ocorreram tumultos, confusões e pânico dos demais frequentadores dos shoppings, o que levou os eventos à grande mídia e surtiu discussões nas redes sociais, surgindo um interesse da opinião pública pelo Funk Ostentação e o que pretendem esses jovens”. ABDALLA, Carla Caires. **Rolezinho pelo Funk Ostentação: um retrato da identidade do jovem da periferia paulistana**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014. p. 19.

⁴ Nas palavras de Rachel Sheherazade: “os *Shopping Centers* no Brasil, se popularizaram por serem uma alternativa para quem procuram uma alternativa de compras e lazer por serem motivos de segurança, foi justamente a violência, o caos urbano, que forçou o consumidor a abandonar o comércio de rua, as praças públicas, os cinemas, teatros, restaurantes e migrar para espaços fechados e vigiados. Mas, agora, até esse refúgio foi violado! O que fazer? Fechar os olhos? Fingir que não há perigo nos “rolezinhos”, como fizeram os shoppings para ofuscar a propaganda negativa? Devemos defender o direito dos arruaceiros de se reunir em locais privados, sem prévia autorização, tumultuando a ordem pública, espalhando o medo, afastando as famílias, intimidando os frequentadores? Ou só vamos tomar providência quando os arrastões migrarem das periferias para os shoppings de luxo?” **Jornal do SBT**, disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=8hZ4cewFSI4>>>. Acesso em 24/01/2015.

manifestações criminosas. Para as autoridades da época consideradas uma forma obscena de insurgência à ordem, um mau exemplo de incitação ao crime⁵.

No começo do século XX, foi a vez do samba sofrer perseguições similares às dos batuques, sob o mesmo fundamento na proteção da ordem pública.⁶ Como na época não existia uma legislação específica. No caso dos sambistas, por exemplo, era usada a tipificação de vadiagem.⁷ Para além da criminalização destas culturas com expressão aos tipos penais de vadios e capoeiras.⁸ O Código Penal de 1890 também tratou de considerar crime o charlatanismo, o curandeirismo e o espiritismo, visando reprimir às religiões afro-brasileiras.

Posteriormente o *Hip Hop* passou a ser constantemente recriminado por letras que referenciavam o crime e as drogas. Tal seletividade cultural culminou no episódio da prisão da banda *Planet Hemp*, sob alegação de que o refrão da música “Legalize Já” fazia apologia e incitava a associação ao uso de drogas. (Habeas Corpus: 2002002008413-2 Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias. 1ª Turma Criminal TJDF).

⁵ BATISTA, Nilo. Sobre a criminalização do Funk carioca. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.p. 188.

⁶ No Rio de Janeiro as manifestações artísticas – especialmente as musicais – sempre foram vistas com maus olhos e criminalizadas desde os primórdios da República. BATISTA descreve que no século XIX, “um famoso major, e o primeiro chefe da polícia republicana (compactuando do recíproco ódio à capoeira), lançaram sobre os batuques africanos um olhar que retém alguns componentes das fantasias nas quais os inquisidores viajavam perante a descrição de um sabá orgíaco por uma desventurada bruxa confessa. Mas ao lado do obsceno fulguram a insurgência à ordem, o mau exemplo, a incitação ao crime”. BATISTA, Nilo. Sobre a criminalização do Funk carioca. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro. Editora Revan/ICC. 2013, p. 188. Já na cidade São Paulo, “no período de 1892 a 1916, com interrupção nos anos de 1899 a 1901, dentre 178.120 pessoas encarceradas na cidade, 149.245 (83,8%) foram detidas pela prática de contravenções ou para averiguações, evidenciando uma particular preocupação com a ordem pública, aparentemente lesada por infratores das normas do trabalho, do bem viver ou por suspeitos”. FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. 2ª edição. São Paulo. EDUSP, 2001, p. 44 e ss.

⁷ Completando essa lógica histórica seletiva, BATISTA aduz “quando alguém fala que o Brasil é o país da impunidade, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que os pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais. Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica, os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam emprego rápido e desfrutam do salário mínimo (punidos e mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos e mal pagos)”. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro, editora Revan, 1990, p. 38 e ss.

⁸ Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal. Pena de prisão celular por dois a seis meses. BRASIL. Leis, decretos, etc. **Código Penal**. Rio de Janeiro: 1890.

Não só o movimento brasileiro, mas toda a cultura *Hip Hop* expressa como forma de manifestação cultural, o relato da violência, a pobreza e a discriminação vivenciada e que perdura em certas comunidades. Cantam através dos *raps* aquilo que a sociedade dominante procura não ver, esquecer ou erradicar, valendo-se do *ethos* do jovem morador da periferia como uma prévia rotulação a grupos de sujeitos marginalizados, por estes serem parte de determinada cultura, constantemente denunciada nas suas canções.

Na história recente, o exemplo mais atual da interação entre crime e cultura está inerente na cultura *funk* brasileira e suas diferentes vertentes. Por tratar de uma cultura na sua grande maioria composta de jovens negros moradores de favelas. Para tanto, o motivo maior para a repressão cultural evidencia-se no discurso conservador que os grupos de indivíduos adeptos a esta cultura tornam-se e associados à gangues e quadrilhas de criminosos.⁹ Devido à música *funk* brasileira e suas diferentes vertentes serem associadas ao tráfico de drogas, violência e outros crimes. Dentro desta alocução, houve uma severa repressão utilizando da criminalização das letras de *funk*, que supostamente tinha conotações de apologia às facções criminosas. Levando-se a questão para apreciação dos tribunais.

0036151-53.2006.8.19.0000 - HABEAS CORPUS DES. MOTTA MORAES - Julgamento: 07/11/2006 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL. Sem maiores aprofundamentos dúvida não se tem pelo teor da letra da música, que no procedimento original tem a qualificação típica de ser apologética, que seu conteúdo contempla situações e afirmativas que não merecem, por impedimento legal, enfrentamento nesta oportunidade. Sabido é que isto é ressaltado no acórdão atacado sobre a existência de presença de indícios de ser a música usada, no caso a de autoria do paciente, como de propaganda de atividade criminosa. Em certos trechos da composição vêem-se referências que justifica a deflagração do procedimento criminal e, nesta instância, o indeferimento do pleito formulado na inicial deste writ.

Tanto o *hip hop* quanto o *funk* em muitas das suas letras expressam a resistência contra a desigualdade. Na medida em que relata sem pudores a dura realidade das favelas e periferias.

⁹ Segundo CYMROT, “a expressão “ganguê” é, em geral evitada pelos chefes de galeras de funkeiros por trazer a conotação pejorativa de ligação com o narcotráfico. CYMROT, Danilo. **A criminalização do Funk sob a perspectiva da teoria crítica**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 48. Por outro lado, o DJ Marlboro relata que a associação do termo galera a pancadaria, fez com que ele passasse a adotar o termo “bonde” como sinônimo para aglomeração de pessoas MACEDO, Suzana. **DJ Marlboro na terra do funk: bailes, bondes, galeras e MCs**. Dantes Livraria e Editora. Rio de Janeiro. 2003, p. 114. Ocorre que a palavra “bonde” também ficou estigmatizada, associada aos “bondes sinistros” dos traficantes. Hoje, a palavra “galera” não designa apenas grupos que se reúnem nos bailes, mas também uma multidão. HERSCHAMANN, Micael. **Linguagens da Violência**. Rio de Janeiro, Rocco. 2000. p. 78.

Abordando contextos como a desigualdade, exclusão, racismo, pobreza, rivalidades de território, cárcere, drogas, criminalidade, desemprego e violência policial. Músicas essas conhecidas como *proibições*.¹⁰

Para além do *proibidão*, outro movimento no cenário atual que pode ser incorporada a essa criminalização histórica é *Funk Ostentação*. Essa vertente do Funk manifesta em suas canções temas de ostentação e símbolos sociais, tais como: dinheiro, luxo, poder, etc. Decorrente disto, a sociedade conservadora questiona: como pessoas de classes mais baixas podem alcançar bens de consumo que antes eram de exclusividade das elites? Desta forma, intrinsecamente, surge uma associação deste estilo musical a criminalidade. Pois, para o senso comum, somente por meio dela, pessoas pobres ligadas a esta cultura marginalizada teriam acesso a estes bens de consumo.¹¹

Na medida em que *funkeiro* (termo com conotação pejorativa eleito pelos setores conservadores da sociedade para designar estes jovens ameaçadores) tem a identidade assumida com orgulho. A delinquência pode surgir como um procedimento causal resultante da estigmatização do indivíduo. Conforme o princípio da profecia autorrealizadora (*self-fulfilling prophecy*), expressão cunhada por Merton¹². Sobre essa teoria, “a expectativa do ambiente circunstante determina, em grande medida, o comportamento do indivíduo. A vítima do estigma passa a se comportar de modo como os outros esperam que ela se comporte”.¹³

Derradeiramente, é própria das subculturas delinquentes a polaridade negativa de suas ações, ou seja, assumir os valores da sociedade, mas com o sinal invertido. De maneira que o que é visto como repulsivo pela sociedade passa a ser motivo de *status* para o membro da subcultura¹⁴. Destaca-se que muitas vezes esse *ethos* marginalizado tem como escopo o caráter de resistência, de confronto, conflito, ou até mesmo, de somente chocar, irritar a sociedade dominante.

¹⁰ CYMROT, Danilo. Proibidão de colarinho-branco. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013, p. 188.

¹¹ FURQUIM, Saulo. **A mídia e sua influência punitivista aos movimentos periféricos**. Justificando. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/09/07/midia-e-sua-influencia-punitivista-culturas-perifericas/>>. Acesso em: 10/09/2014, p. 01.

¹² MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. Nova York: The free press. 1968, p. 477.

¹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 174.

¹⁴ CYMROT, op. cit. 2012, p. 173

Em contraponto, esse *ethos* dos indivíduos associados ao *funk* é visto com receio pela sociedade dominante e pelas autoridades. O rótulo do criminoso vai se consumando no contorno do jovem negro, *funkeiro*, morador da favela próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda¹⁵.

3. O eufemismo da lei e ordem

Com o intuito de coibir espetáculos públicos de violências, libertinagem, e na proximidade de existir crimes relacionados a um determinado grupo de indivíduos marginalizados, as autoridades públicas, preocupadas com a ordem e a eficácia da justiça criminal, fundamentando nas imagens reiteradamente exposta pela mídia, (da qual ínsita a população a clamar por intervenções policiais a determinados grupos), criam intervenções no sentido de agir preventivamente contra o prenúncio de crimes atrelados àquela cultura.

Desta tal forma, o senso comum se sedimenta que a punição é um dever estatal para conter manifestações criminais capazes de vulgarizar o bem-estar social, tudo em prol da segurança, para que a sociedade possa viver conforme seus ditames de ordem e dentro da estética apropriada da “cultura”. Por derradeiro, os denominados grupos periféricos são rotulados como criminosos, devendo ter suas ações desviantes contidas dentro dos atrozes sistemas carcerários.

Entretanto, parece-nos que nunca deixamos de viver a política da “Lei e Ordem”. Igualmente seria a “tolerância zero, como instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”¹⁶. Contudo, esta solução para o combate à criminalidade também é a mais populista, centrada na ideia de que qualquer forma de subversão deve ser combatida. Isso não é uma preocupação só de hoje. A política criminal da maximização da repressão já era alertada por Foucault, em *Vigiar e Punir*: “A mínima desobediência deve ser castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas.”¹⁷

¹⁵ BATISTA, 1998, p. 28.

¹⁶ WACQUANT, 2003, p. 429.

¹⁷ FOUCAULT, 1987, p. 257.

De tal passo, ainda ilumina dentre estas opiniões, a ingênua adoção de um pensamento marcado pela política da Tolerância Zero¹⁸ e sua matriz ideológica, a famigerada *Broken Windows Theory* - Teoria das Janelas Quebradas de Wilson; Kelling e Skogan. Invenção americana vendida aos incautos como panaceia no mercado da segurança pública mundial¹⁹. Young relata que o *insight* de Wilson e Kelling:

“foi perceber que o controle de pequenos infratores e comportamentos desordeiros não criminosos era tão importante para a comunidade quanto o controle da criminalidade, incivildades, crimes correlatos à qualidade de vida causam maior parte do sentimento de desconforto dos cidadãos na cidade”.²⁰

Não retiramos do Estado de Nova Iorque o precursor dessa política – com James Wilson, o idealizador do “realismo de direita”, e George Kelling²¹, mas recordamos que ela foi dissipada

¹⁸ Conforme sugere Wacquant, “a política criminal americana chamada tolerância zero consistia em que qualquer pessoa surpreendida mendigando ou andando sem rumo na cidade, ouvindo rádio muito alto no carro, jogando fora garrafas vazias ou grafitando a via pública, ou ainda transgredindo a mais simples norma municipal, devia ser automaticamente detida e imediatamente atirada atrás das grades.” WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução: Sergio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 429. YOUNG conceitua a tolerância zero em seis premissas, sendo elas: “(i) diminuição da tolerância para com os crimes e desvios; (ii) uso de medidas punitivas algo drástico para alcançar este objetivo; (iii) retorno a níveis passados percebidos de respeitabilidade, ordem e civilidade; (iv) consciência da continuidade existente entre incivildades e crime, considerando tanto pequenas infrações correlatas à qualidade de vida quanto crimes graves como problemas; (v) a crença de que existe uma relação entre criminalidade e incivildade, no sentido de que a incivildade não verificada abre, de várias maneiras, espaço para o crime; (vi) o texto chave repetidamente mencionado como inspiração desta abordagem é o artigo clássico de 1982 na *Atlantic Monthly*, intitulado **Broken Windows: the police and neighborhood safety**”. YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan. 2002, p. 183.

¹⁹ Jacinto COUTINHO destaca que em julho de 1994, “o prefeito recém-eleito de Nova York, Rudolf Giuliani, e seu chefe de polícia, William Bratton, começaram a implantar uma estratégia de policiamento baseada na manutenção da ordem, enfatizando o combate ativo e agressivo de pequenas infrações — a grande maioria, quando muito, meros atos desviantes, como estudados na criminologia — contra a qualidade de vida, como pichação, urinar nas ruas, beber em público, catar papel, mendicância e prostituição. A política, que ficou conhecida como “a iniciativa de qualidade-de-vida” (*quality-of-life initiative*), foi baseada nos escritos e estudos de James Q. WILSON, George L. KELLING e Wesley G. SKOGAN. Os dois primeiros são autores do artigo “**Broken windows: the police and neighborhood safety**”, publicado na edição de março de 1982 do periódico *Atlantic Monthly*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Revista de Estudos Criminais, ITEC. Ano 3, nº 11, Porto Alegre. 2003, p. 23.

²⁰ YOUNG, 2002, p. 188.

²¹ Os autores publicaram um artigo denominado *Broken Windows* (janelas quebradas) na revista *Atlantic Monthly*. A teoria foi embasada na experiência do psicólogo Philip ZIMBARDO, o qual deixou dois veículos iguais em diferentes bairros de Nova Iorque, um em Bronx (um bairro popular) e outro em Palo Alto (um bairro com pessoas mais endinheiradas e predominantemente de cor branca). No primeiro, o automóvel foi de imediato destruído e suas peças furtadas. No segundo, esse fato ocorreu apenas após o veículo ter sido propositalmente deteriorado pelo pesquisador. WILSON, James Q; KELLING, George. **Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety**, In AA.VV., *Atlantic Monthly*, n. 3, vol. 249, março de 1982, pp. 29-38. No ano de 1996, KELLING junto com Catharine COLES lançou o livro *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our*

para muitos cantos. Em 1998, o México repercute esses dogmas com a “Cruzada nacional contra o crime”. No mesmo ano, Argentina acata esses ideais e ainda transforma complexos industriais abandonados em centros de detenção. Em 1999, com o governador de Brasília, Joaquim Roriz, é a vez do Brasil, que mediante a contratação de 800 policiais civis e militares adota esta política. Do lado europeu, em 1988, França proclama a “tolerância zero”. Itália em 1997. Entre outros diversos países que também adotaram a política, entre eles, Inglaterra, África do Sul, Nova Zelândia, Canadá.²²

O populismo que clama por uma política repressiva marcada pelos excessos punitivos, com penas desumanas, um retrocesso a momentos antidemocráticos e um Direito Penal Máximo desconhece – ou finge desconhecer – não poderia ter obtido êxito. Ademais, o que é imposto por essa teoria é a punição pela punição. O homem novamente é usado como objeto de demonstração, ou seja, pune o desordeiro para ensinar o que é a ordem.²³

Hodiernamente, pode-se não deter o indivíduo com o argumento de se tratar de um pobre, um marginal ou um inconveniente, mas retira-o da sociedade por outras circunstâncias de também pequena monta, como as prisões de camelô e “flanelinhas”, que são serviços muito utilizados pela população (a mesma população que aplaudi a sua prisão). Na órbita da criminalidade cultural, temos o *funkeiro*, o *rapper*, o grafiteiro. Tudo isso, pelo entender de que se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem.

Contra qualquer situação inconveniente e que cause riscos, as sociedades modernas requerem soluções coletivas e desejam a sua participação nelas. Assim, confiam nos cárceres e anseiam um maior número deles, pois confiam que, desta forma, as leis serão exercidas e os excedentes serão excluídos. Todas aquelas garantias já conquistadas – pena mínima, processo legal, maioria penal – são, aqui, explanados como desejo de abdicação.

Acreditam que a segurança, que tanto os alarmam, somente será alcançada com cada vez mais “habitantes” nas masmorras da modernidade e estas com períodos sempre mais prolongados, sem contar na necessidade de agentes políticos mais fortes. Consequentemente,

Communities, com explicações mais amplas e conhecidas da teoria, demonstrando que as pequenas desordens que não são tratadas com a devida atenção governamental seriam a causa de maiores problemas.

²² WACQUANT, 1999, p. 39-42.

²³ ROXIN, 1997, p. 176.

olvidam-se dos malefícios e das inseguranças do sistema carcerário e legitimamos o encarceramento como uma resposta aos problemas sociais e culturais.

4. As atuais políticas criminais como forma de proibicionismo cultural

Com o fulcro no discurso da erradicação da delinquência, as atuais políticas criminais brasileiras passaram explicitamente a também coibir a cultura do sujeito considerado delinquente. Para os empreendedores morais esta é vista como desobediente, inconveniente e irritante que afronta os valores morais da sociedade dominante. Neste interim, os controles sociais formais (autoridades políticas, policiais e judiciário) e também os informais (mídia, autoridades religiosas), postulam a manutenção da ordem. Pois, a máxima punitiva desta clamada política é regulada naquilo que Foucault já alertava: “a mínima desobediência deve ser castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas.”²⁴

Ademais, o grafite que conspurca a urbe, com seus símbolos coloridos,²⁵ o *Hip Hop* e o *Funk*, com suas letras subversivas, afligem a moralidade e estimulam a delinquência. De um modo subentendido, “se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas”.²⁶

Este proibicionismo cultural é pautado na volta da retórica da “Lei e Ordem”, ministradas das diversas formas – repreensão cultural, apreensões sumárias e seletividade penal que é regida pelo judiciário brasileiro – como um gesto soberano de império para reconfortar o público dominante.²⁷ O recurso criminal exercido nos dias de hoje, é o equivalente dos praticados em Nova Iorque pelo prefeito Rudolf Giuliani e seu chefe de polícia Willian “Bill” Bratton, na década de 90. Entretanto, só alteramos a moldura e o rótulo, em vez de punir o bêbado, o mendigo e a prostituta, criminaliza-se o rapper, o funkeiro e o grafiteiro, e caso surja

²⁴ FOUCAULT, 1987, p. 257.

²⁵ ROCHA, 2012, p. 184.

²⁶ COUTINHO, 2003, p. 24.

²⁷ GARLAND afirma que estas políticas são apoiadas pelo público, “para quem o processo de condenação e punição serve como válvula de escape expressiva das tensões e como momento gratificante de coesão. GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, p. 315.

uma nossa expressão cultural periférica aumenta-se a lista dos delinquentes. Aliás, sempre que surgir uma manifestação que não seja admitida pelos valores dominantes, deve ser excluída sob a falácia da garantia da ordem e da segurança pública.

A legitimação para a aplicação desta famigerada política está no fator que Christie cita na sua obra *Uma razoável quantidade de crime*: trata-se do medo do crime.²⁸ Assim, como a aparência das pessoas que causam esse medo do crime se assemelha aos que expressam a cultura marginal, aplicar-se-á a teoria do *labelling approach* (teoria da reação social) aos grupos periféricos. É o mesmo que afirmar que quanto mais longe do cidadão “de bem” essas pessoas ficarem, melhor se torna a qualidade de segurança. Por essa lógica, aquilo que não pode ser visto, não pode causar medo. Eis aí o conteúdo principal da exclusão social.

Esta política repressiva - símbolo maior da *Tolerância Zero* - é marcada pelo excesso dominante e “inadequação criminal; um funcionalismo bipolar, um tudo ou um nada; culpado ou inocente; um sistema binário, muito a gosto de uma pós-modernidade reducionista e maniqueísta.”²⁹ E ainda, criminólogos aduzem que estas intervenções são meramente populistas e de cunho político, criadas de forma a privilegiar a opinião pública em prejuízo aos estudos de especialistas da justiça criminal.³⁰ Este punitivismo político julga não exclusivamente por dar ao sujeito um antecedente criminal. Tampouco por condená-lo, mas por tornar o indivíduo alguém que precisa ser controlado, removido e observado.³¹

A criminalização destas expressões culturais é a efetivação do modelo de *Tolerância Zero* brasileiro. (Vide a repressão criminal aos atuais movimentos periféricos, como o caso dos *rolezinhos*). Aplica-se as mesmas medidas pragmáticas punitivas, só que agora para os rótulos e as molduras diferentes. Além de reprimir o miserável, também se criminaliza a *cultura do miserável*, citando de forma metafórica Wacquant: *punir a cultura dos pobres*. Ou ainda, De Giorgi: *a cultura da miséria governada através do sistema penal*.³²

Não obstante, a mesma politização e populismo conservador que criminaliza são os mesmos que detém o poder. A definir dentro de suas preferências estéticas o que é tido como

²⁸ CHRISTIE, na referida obra discorre quando visitou São Paulo e foi confrontado com testemunhos: “mesmo em dias frios, as pessoas sempre dirigem seus carros com as janelas fechadas e com o ar condicionado ligado; a noite elas nunca param em sinais vermelhos. E o medo das suas ruas, principalmente dos marginalizados que nelas frequentam”. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução: André Nascimento, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 55.

²⁹ COUTINHO, 2003, p. 26.

³⁰ GARLAND, 2008, p. 316.

³¹ COUTINHO, 2003, p. 27.

³² DE GIORGI, 2006.

manifestação cultural apropriada. Outrossim, criminaliza-se e marginaliza-se qualquer ordem ou estilo que se contraponha ao convenientemente apropriado. Por analogia, afirma-se que o Carnaval e *Festas Rave* manifestações culturais, palco de espetáculos de libertinagem, consumo de drogas, violência e crimes sexuais são claramente aceitos e difundidos pela cultura dominante. Para tanto, se a pedra que quebra a janela vem de dentro (da cultura dominante) ninguém se importa com a falta de relevância penal para tanto.

Sem embargo, o pensamento conservador quando depara com questões sociais novas, das quais desconhecem. Parte da premissa que é melhor erradicar aquilo que não pode ser definido com precisão. Neste viés proibicionista, a política criminal atuária se inclina para a opinião pública. A optar pela criminalização dos mais pobres e da cultura destes, no sentido de solução final de todos os delitos marginais, sem sequer perceber, elege a política criminal do mais do mesmo, “maior repressão e punições mais severas contra os inimigos de sempre da sociedade. E como o alvo preferencial da repressão criminal são os pobres e negros, é para lá que as lentes repressivas voltam-se o seu olhar.”³³

No contraponto suscita Coutinho, “a saída não é tão obscura quanto parece, ou quanto querem fazer parecer: um Direito Penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição – que segue e deve seguir dirigente – educação e saúde para todos”.³⁴ Neste diapasão, como exigir do *funkeiro* ou do *rapper* que ele não expresse em suas músicas apologia ao crime, se ele só conhece a presença do Estado na sua vida por meio da polícia. Paralelamente o modelo de *Welfare State*³⁵ passou bem longe dali. Abala-se assim, a estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia, sedimentada no mito da igualdade.

³³ FURQUIM, 2014, p. 02.

³⁴ COUTINHO, 2003, p. 28.

³⁵ O Estado de bem-estar social foi a tentativa mais duradoura de conciliar democracia política e economia capitalista. Houve uma espécie de acordo de classes, em que a classe trabalhadora aceitou o modo de produção capitalista contanto que fosse garantido a ela, se necessário por meio da intervenção estatal, um padrão mínimo de vida. Cf. OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o Welfare State keynesiano: *fatores de estabilidade e desorganização*. In: **Problemas estruturais do Estado capitalista**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 372.

5. Punição ou diversão, qual a solução?

Elementos intrínsecos na formação de todas as culturas marginalizadas, a diversão e a adrenalina são a materialização do ideal destes sujeitos; a pretensão de estar no limite, que divide o proibido do permitido, repulsa a vida habitual, repetitiva, repressiva, através do aborrecimento e da fraqueza. Torna-se uma qualidade de ofensa à organização conservadora e secular da sociedade, em aversão as incontáveis normas, princípios, hierarquia e hipocrisia, limitando a liberdade de individualização e a expressão individual.³⁶

No fato específico das expressões como o *Funk* e as suas múltiplas vertentes, o discurso oficial não é exatamente o estilo musical ou o estilo do indivíduo que é alvo de punição, mas as condutas criminosas e contravencionais praticadas em seu contexto. Entretanto, não se deve tentar justificar a violência existente sob eufemismo, nem mascarar a opressão e os objetivos primordiais das facções criminosas sob a imagem nostálgica e idealizada do bandido justiceiro e protetor. A mesma delinquência – o consumo, comércio de drogas e libertinagem – existe em inúmeros lugares frequentados por um agrupamento de jovens independente de sua classe social.

A crítica do Direito Penal já apontava, anteriormente, que essas mesmas práticas delinquentes, quando empreendidas em outros contextos - fora da realidade marginal, por exemplo: manifestações culturais que são frequentadas pelos jovens das classes mais abastada - permanecem a parte da relevância penal. O caos insurgente permeia todos os lados e está presente em todas as classes de jovens, mas é a violência praticada pelos pobres, negros e demais marginalizados que torna o panorama visto como ameaçador.

O temor do medo do crime também reside na criminalização das letras dos *proibidos*, segundo Batista:

conhecer as múltiplas visões que permeiam o imaginário funk poderia ser uma tarefa da área de cultura que contribuiria para a formação de políticas públicas, não um pretexto para criminalizar artistas pobres, só porque seus personagens são infratores dessa fracassada guerra contra as drogas.³⁷

³⁶ CYMROT, 2011, p. 196.

³⁷ BATISTA, Nilo. *Sobre a criminalização do Funk carioca*. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013, p. 201 e ss. Ademais Janaína MEDEIROS destaca, “políticos, polícia e mídia tem grande parcela de culpa entre a aproximação do Funk com o crime, pois, se o poder público tivesse percebido a força cultural do funk, tornando

Consequentemente, a estratégia criminal atual acredita que reprimindo as expressões culturais - que enaltecem principalmente as facções criminosas do tráfico de drogas - é uma das formas de enfraquecer o combate contra as drogas.

De outra banda, proibindo tais expressões, acredita-se que o comportamento cultural de jovens moradores de favelas abandone o culto aos *proibidões*. Todavia, para esta política repressiva, cantar a guerra diária contra as drogas, a realidade periférica existente no seio da favela enaltece o “bandidismo romântico”.³⁸ Neste sentido, eis a justificativa para esse proibicionismo cultural, pois esta expressão é uma espécie de afronta a toda sociedade, uma contribuição de apoio ao inimigo.

No entanto, as autoridades equivocadamente punem como se existisse um filtro cultural para dividir o que é cultura do que é crime. Intrinsecamente o controle social formal fornece essa benesse de manifestação cultural aos jovens marginalizados para expressarem sua música com uma restrição: podem cantar sobre sua favela, desde que omitam personagens que nela realmente vivem e, na sua curta vida e episódios, que nela (ou a partir dela) realmente aconteceram.³⁹

Desde que seja de uma maneira bem sutil, pois do contrário pode afrontar a sociedade dominante, na pessoa mítica do “cidadão de bem”. Se tal profecia se concretizar, a mídia demonizará, para posteriormente, o judiciário ser acionado com o escopo de garantir os alicerces do “Direito Burguês” (segurança e ordem pública para a classe dominante). E por fim, tal manifestação será considerada como incitação ao crime, como podemos ver nas decisões do nosso judiciário.

Processo: 1001597-90.2014.8.26.0100 - Interdito Proibitório. Requerente: WTorre Iguatemi Empreendimentos Imobiliários S/A. Requerido: Movimento "rolezaum no shoppim" e outro. MM(a) Juiz(a) de Direito: Dr(a) Alberto Gibin Villela. De fato, se o poder de manifestação for exercido de maneira ilimitada a ponto de interromper

possível que sua festa se desenvolvesse licitamente muito provavelmente os proibidões não existiriam”. MEDEIROS, Janaína. **Funk carioca: crime ou cultura?:** o som dá medo: e prazer. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2006, p. 105.

³⁸ “A admiração antes direcionada aos antigos chefes dos morros tem encontrado certo tipo de refúgio nas chamadas facções criminosas. A apologia ao Comando Vermelho e ao Terceiro Comando está na verdade relacionada à busca pela ordem, por um código de regras ou outros valores que não são mais adotados pelos grupos armados dos morros. A facção é usada como um rótulo que confere poder à comunidade e, por conseguinte, a todo aquele que dela faz parte. O poder apoia-se principalmente na força das armas, mas tenta-se também conferir legitimidade às organizações e seus integrantes”. CYMROT, Danilo. *op. cit.* 2011, p. 138.

³⁹ BATISTA, 2013, p. 202.

importantes vias públicas, estar-se-á impedido o direito de locomoção dos demais; manifestação em Shopping Center, espaço privado e destinado à comercialização de produtos e serviços impede o exercício de profissão daqueles que ali estão sediados. De outro lado, é certo que além de o espaço ser impróprio para manifestação contra questão que envolve Baile Funk, mesmo que legítima seja, é cediço que pequenos grupos se infiltram nestas reuniões com finalidades ilícitas e transformam movimento pacífico em ato de depredação, subtração, violando o direito do dono da propriedade, do comerciante e do cliente do Shopping. A imprensa tem noticiado reiteradamente os abusos cometidos por alguns manifestantes. Ressalta-se que não se pretende impedir o direito de manifestação, mas este deve ser exercido dentro de limites que facilmente se extraem da interpretação sistemática do arcabouço constitucional. A Constituição Federal estabeleceu direitos fundamentais a todos. Esses direitos importam também em obrigações a cada um, que tem o dever de olhar a sua volta para avaliar se a sua conduta não invade a esfera jurídica alheia. O Estado não pode garantir o direito de manifestações e olvidar-se do direito de propriedade, do livre exercício da profissão e da segurança pública. Todas as garantias tem a mesma importância e relevância social e jurídica. Neste contexto, DEFIRO A LIMINAR, para determinar que o movimento requerido se abstenha de se manifestar nos limites da propriedade do autor, quer em sua parte interna ou externa, sob pena de incorrer cada manifestante identificado na multa cominatória de R\$ 10.000,00 por dia.

A respeito desse filtro de cultura exercido pelas autoridades, entende-se que a expressão cultural para ser considerada como tal necessita corresponder a uma série de fatores ordenados, dos quais não devem lesar bens jurídicos como o patrimônio, a moralidade, a ordem e a segurança jurídica. Para ser assim considerada como manifestação cultural “apropriada”, condizente com os valores vigentes e, portanto, a referida cultura ficará impune de criminalização.

Inicialmente, cabe destacar que as ciências jurídicas não concedem a nenhum profissional tal habilitação. Tampouco socorrem a um magistrado como um *expert* ou um crítico em cultura. Batista já alertava:

“não é encargo do judiciário atrelar ou extrair das intervenções humanas o rótulo de obras de artes; ao contrário, constitui relevantíssima tarefa, que só o judiciário pode eficazmente cumprir, a proteção da criação artística contra a sorte da censura, constrangimento ou manipulação de qualquer autoridade”.⁴⁰

Ademais, em toda história da nossa sociedade sempre existiu um sinuoso percurso das tendências e expressões culturais. A maioria das vanguardas artísticas foi considerada como

⁴⁰ BATISTA, 2013, p. 203.

desapropriadas. Vide o exemplo, Chico Buarque e sua resistência explícita na canção *Apesar de você*.⁴¹

Ante a questão, a linha que separa crime de cultura é mais tênue do que se imagina. Contudo, o critério que as divide é meramente político. Ferrell e Hayward destacam que a criminalização agressiva destas condutas só aumenta a organização, a politização destes grupos a reiteradamente a contrapor-se cada vez mais, sob o sentimento de resistência.⁴² Neste horizonte, o choque entre sociedade e marginalizados criam pensamentos antagônicos entre ambas as partes. Citando metaforicamente a dicotomia consenso-conflito; emana-se daí o binômio entre repressão-resistência.

As políticas criminais praticadas não avançam no sentido de coibir a insegurança que estes grupos periféricos causam à sociedade, pois não se atentam ao *ethos* destes indivíduos. Além disso, a subversão e a resistência são componentes inerentes na estrutura de todas culturas marginalizadas. A adrenalina e a diversão são a concretização do ideal de alguns desses indivíduos. Diante deste *ethos*, torna-se cediço que a maior repressão somente aguça a subversão, já que para haver adrenalina deve haver resistência e para haver resistência deve haver repressão. Tornando a atual política criminal uma prática viciosa, repetitiva e sem efeitos consideráveis.

Nos casos das culturas periféricas, a punição com base no *in dubio pro societate*, para garantir a ordem vigente, somente está a garantir a segregação social e a seletividade penal. De tal modo, a não criminalização destas manifestações é medida que deve ser imposta, não somente pelos critérios sociológicos e jurídicos já mencionados, mas também no sentido que o

⁴¹ Hoje você é quem manda, falou, tá falado, não tem discussão, a minha gente hoje anda, falando de lado, e olhando pro chão, viu, você que inventou esse estado, e inventou de inventar, toda a escuridão, você que inventou o pecado, esqueceu-se de inventar o perdão. Apesar de você amanhã há de ser outro dia, ainda pago pra ver o jardim florescer, qual você não queria, você vai se amargar, vendo o dia raiar, sem lhe pedir licença. E eu vou morrer de rir, que esse dia há de vir, antes do que você pensa. BUARQUE, Chico. **Apesar de você**. Disponível em: <www.vagalume.com.br/chico-buarque/apesar-de-voce.html#ixzz3DbCKFIhg>. Acesso em 12/09/2014. Nesse contexto, Chico Buarque compôs a canção – *Apesar de Você* –, que foi recebida pelo público como uma forma de protesto. “Essa canção foi composta quando Chico Buarque, retornado da Itália, em 1970, encontrou o Brasil diante de uma realidade que não esperava encontrar, sobretudo com problemas de subdesenvolvimento e com a pobreza crescente. O regime militar, por sua vez, perseguia, censurava e submetia a interrogatórios todos os artistas que manifestavam sua insatisfação com a política adotada pelo governo militar. Chico Buarque foi um dos que foram obrigados a prestar esclarecimentos em relação a esses fatos”. AMARAL, Roberto Antônio Penedo do; SOUZA, Nalva Lopes. **Afasta de mim esse cálice!**: Chico Buarque e a censura no Brasil pós 1964. Revista Vozes dos Vales da UFVJM: Publicações Acadêmicas – MG – Brasil – Nº 02 – Ano I – 10/2012, p. 09.

⁴² FERRELL; HAYWARD, 2012, p. 211.

judiciário está devendo a toda sociedade um posicionamento firme em defesa da liberdade de expressão artística. Quando esse dia chegar, acabaram-se os *proibições*

não pela falta dos poetas populares, mas pelo término da inconstitucional perseguição policial. Destarte, todo *funkeiro* poderá então tranquilamente celebrar em seus *permitteds*, personagens e episódios da favela que nasceu.⁴³

6. Considerações finais

A criminalização das culturas periféricas não é uma figura “sem significado e supérflua”. Encontra respaldo no seio da sociedade atuária, onde de forma sucinta se expande pelas políticas criminais que ainda tendem a interpretar manifestações periféricas como inapropriadas, entendendo tratar-se de uma semente para o crime.

Neste horizonte, a criminalização encontra legitimidade nas políticas de *Lei e Ordem*, ou seja, garantir a segurança e a moralidade da classe dominante. Como Young já aduzia, o controle de pequenos infratores e comportamentos desordeiros era tão importante para a comunidade quanto o controle da criminalidade, incivilidades; crimes correlatos à qualidade de vida causam maior parte do sentimento de desconforto dos cidadãos na cidade.⁴⁴ Conforme vimos anteriormente, estes argumentos são falaciosos, populistas e desproporcionais.

Posteriormente, o problema de fato se assenta na confluência de cultura e crime, quando a discussão chega aos níveis sobre afronta a moralidade e contribuição ao crime. Neste ponto, nos deparamos em uma encruzilhada entre apologia criminosa e expressão artística, bem como qual direito deveria prevalecer? O direito a expressão cultural ou o direito a garantir uma sociedade coesa nos mesmos valores? Entendemos, assim, que a distinção entre crime e cultura é meramente uma questão política, de forma que a indagação torna-se uma pergunta retórica.

As propostas criminais sobre o assunto deveriam seguir um modelo de minimização da intervenção punitiva. Quando não a própria descriminalização da conduta, como neste caso. Por derradeiro, as principais consequências destas propostas de um novo plano político criminal poderiam ser reduzidas àquilo que Shecaira convencionou a chamar como a política dos quatro D's: Descriminalização, Diversão, Devido Processo Legal e Desinstitucionalização.⁴⁵

⁴³ BATISTA, 2013, p. 204.

⁴⁴ YOUNG, 2002, p. 188.

⁴⁵ SHECAIRA, 2013, p. 265.

Tais medidas sugeridas se contrapõem ao discurso clássico populista de maximização da criminalização e da criação de novas normas penais para a resolução de novos comportamentos antissociais. Entretanto, deve-se ter em mente que a todo momento está criando novos grupos tidos como *outsiders*. Todavia, a fim de evitar alguns atos de transgressão, escusa-se de analisar a estética cultural do grupo ou de procurar regulamentar tais manifestações culturais.

Cremos que um novo discurso - mais sensato - seria retirar os problemas suscitados do embate político sobre “crime e cultura”, que certamente será solucionado pela Secretária de Segurança Pública⁴⁶, e levá-lo para ser solucionado pela Secretária de Cultura, pois, conforme Ferrell, Hayward e Young dispõem: “O que não pode ser estudado diretamente pode, contudo, deve ser levantado com base nos registros ou talvez nas percepções pessoais daqueles cujo trabalho é exatamente erradicar o que não podem definir com precisão.”⁴⁷

7. Referências Bibliográficas

ABDALLA, Carla Caires. **Rolezinho pelo Funk Ostentação: um retrato da identidade do jovem da periferia paulistana**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014.

AMARAL, Roberto Antônio Penedo do; SOUZA, Nalva Lopes. Afasta de mim esse cálice!: Chico Buarque e a censura no Brasil pós 1964. **Revista Vozes dos Vales da UFVJM: Publicações Acadêmicas – MG – Brasil – Nº 02 – Ano I – 10/2012**.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro, editora Revan, 1990.

_____. Sobre a criminalização do Funk carioca. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 1998.

⁴⁶ Segundo Becker: “depois que uma regra passou a existir, deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos outsiders criada pela regra se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados ou notados como diferentes e estigmatizados por sua não-conformidade, como o caso de grupos desviantes legais como músicos de casa noturna”. BECKER, Howard. *op. cit.* p. 167.

⁴⁷ FERRELL; HAYWARD; YOUNG, 2008, p. 174.

BRASIL. Leis, decretos, etc. **Código Penal**. Rio de Janeiro: 1890.

BUARQUE, Chico. **Apesar de você**. Disponível em: <www.vagalume.com.br/chico-buarque/apesar-de-voce.html#ixzz3DbCKFIhg>. Acesso em 12/09/2014.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais, ITEC**. Ano 3, nº 11, Porto Alegre. 2003.

COUTO, Mia. **Murar o Medo**. Conferência de Estoril, Portugal, 2011.

CYMROT, Danilo. **A criminalização do Funk sob a perspectiva da teoria crítica**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

_____. Proibidão de colarinho-branco. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) **Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sergio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. 2ª edição. São Paulo. EDUSP, 2001.

FERRELL, Jeff. Crime and Culture. In: HALE, Chris, et al. **Criminology**. London/New York: Oxford University Press, 2007.

_____; HAYWARD, Keith. Possibilidades Insurgentes: As políticas da criminologia cultural. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS**. Vol. 4, nº 2, 2012.

_____; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology**. London: Editora Sage. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Lúcia M. Pondré Vassallo. Petrópolis: Editora Vozes. 1987.

FURQUIM, Saulo. **A mídia e sua influência punitivista aos movimentos periféricos**. Justificando. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/09/07/midia-e-sua-influencia-punitivista-culturas-perifericas/>>. Acesso em: 10/12/2014.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Habeas Corpus: 2002002008413-2**. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias. 1ª Turma Criminal TJDFT.

HERSCHAMANN, Micael. **Linguagens da Violência**. Rio de Janeiro, Rocco. 2000.

MACEDO, Suzana. **DJ Marlboro na terra do funk: bailes, bondes, galeras e MCs**. Dantes Livraria e Editora. Rio de Janeiro. 2003.

MEDEIROS, Janaína. **Funk carioca: crime ou cultura?** O som que dá medo e prazer. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2006.

MERTON, Robert. **Social Theory and Social Structure**. New York: Free Press, 1968.

OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o Welfare State keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. In: **Problemas estruturais do Estado capitalista**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984.

ROCHA, Álvaro Oxley da. As novas perspectivas e abordagens da Criminologia Cultural. In: Crime e Controle da Criminalidade: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito** – PUC/RS. nº 4, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

WACQUANT. Löic. **As prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.

_____. **Punir os mais pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

WILSON, James Q; KELLING, George L; SKOGAN, Wesley G. **Broken windows: the police and neighborhood safety**, Boston: Atlantic Monthly, 1982.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Responsabilidade do agente financeiro no crime de lavagem de dinheiro, *willfull blindness* e domínio do fato

Responsibility of the financial agent at the crime of money laundering, willfull blindness and control over the act theory

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA
SILVA JUNIOR
Universidade Candido Mendes

Resumo: O presente artigo tem por foco o deslinde de um estudo acerca da responsabilidade imputada ao agente financeiro pela omissão de comunicar atividades suspeitas que despertem o delito de branqueamento de capitais, comumente denominado “lavagem de dinheiro”, no que espera tecer comentários e provocações sobre a possibilidade da responsabilização criminal do referido agente pela mesma conduta, conforme normas do BACEN, jurisprudências, legislação e doutrina pátria.

Palavras-chave: agente financeiro; cegueira deliberada; lavagem de dinheiro; cartas circulares; direito penal econômico

Abstract: This article focuses on the responsibility attributed to the financial agent for the omission to report suspicious activities that arouse the crime of money laundering, in which hopes to comment and provocations the possibility of criminal liability of the agent by for the same conduct, according to BACEN norms, jurisprudence, legislation and homeland doctrine.

Keywords: financial agent; willfull blindness; money laundry; circular letters; economic criminal law.

1. Introdução

O delito de lavagem de dinheiro é tido por alguns doutrinadores como “o crime econômico da pós-modernidade”¹ pois, ante a inevitabilidade de formação de associações, conglomerados e organizações na sociedade contemporânea, algumas destas ilícitas, se faz necessário que se torne apto a ser usufruído o lucro obtido pelas atividades engendradas pelas massas organizacionais apontadas, sob pena de se inutilizar todas as tramas que estas levam a cabo para que se perpetuem. Desta forma, os delitos econômicos contra o sistema financeiro nacional tornam-se mais comuns e necessários ante a maior ocorrência de delitos praticados por

¹ FILIPETTO, Rogério. **Lavagem de dinheiro**. Editora: Lúmen Iuris. 2011.

organizações criminosas ocorrendo, muitas das vezes, a participação de agentes públicos para sua prática, em concurso com crimes como corrupção passiva, ativa e obstrução da justiça. Assim, faz-se necessária a provocação ao debate de temas sensíveis e ainda pouco discutidos no que tange a este ilícito.

2. Do tratamento dado pela lei de lavagem de dinheiro

A nova lei de lavagem de dinheiro, lei 9.613/98, com as alterações efetuadas pela lei 12.683/12 traz em seu artigo 11, II, a obrigação de que pessoas físicas ou jurídicas que captem, administrem, comprem, vendam ou apliquem, como atividade econômica principal ou acessória, recursos financeiros de espécies diversas, nestas incluídos os títulos mobiliários e instrumentos cambiais, seja em moeda corrente ou estrangeira, conforme dicção do artigo 9º da referida legislação, comuniquem ao COAF acerca de quaisquer atividades suspeitas, num prazo determinado, sob pena de sanções administrativas previstas nesta lei.²

Logo, pessoas como gerentes de banco e administradores de empresas possuem o ônus legal de afastar o seu interesse financeiro nas atividades que lhe passam a vista para preservar o interesse público, desafiando as sanções previstas no artigo 12, entre elas a pena de advertência, multa limitada a valores e/ou proporções previamente determinadas, inabilitação temporária para cargos diretivos e cessação ou suspensão de autorização para exercício de atividades específicas.

Entre as sanções administrativas manifestadas no dispositivo retro citado, salta aos olhos a cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento, prevista no art.12, IV. Isto é, se o agente financeiro fizer “vista grossa” a uma atividade suspeita a qual teria o dever de comunicar às autoridades sobre sua ocorrência, poderá ficar inabilitado para o exercício de cargos de mesma natureza. Entretanto, é importante ressaltar que a penalidade em comento só se aplicará em caso de reincidência a infrações punidas com inabilitação temporária.

² BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

Mister se faz observar que a lei de lavagem de dinheiro, ao renovar a tratativa legal no que toca ao dever de comunicar os órgãos responsáveis pelo controle financeiro nacional, parece ter dado, a nosso entendimento, demasiadas oportunidades para que o agente se perpetue na escala delitiva. Considere a situação hipotética em que um sujeito, mediante oferta de vultosa recompensa em dinheiro, recebe a proposta de, sendo gerente de uma agência bancária, efetuar diversos depósitos de grande volume em contas diversas, se omitindo de comunicar a suspeição aos órgãos competentes. Sabe-se que o comportamento mencionado é previsto na circular do BACEN como situação que pode configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na lei de lavagem. Sendo assim, o agente que dá prosseguimento à operação sem se atentar as normas, está sujeito a, dependendo da gravidade, pena de multa limitada ao dobro do valor da operação, cumulada ou não com advertência, nos termos do Art. 12, I e II da lei 9.613/98.³

Poderá ocorrer, ainda, a inabilitação temporária para o exercício da função, nos casos de reincidência as infrações apenadas com multa, bem como a cassação de autorização, nos mesmos casos, devendo-se ocorrer processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla e defesa e contraditório.

Nota-se, o sistema a que se denomina “eficiente” na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro permite diversas brechas a reincidência delitiva, dando margem a sérios danos ao sistema financeiro nacional, além do alongamento das atividades de organizações criminosas que utilizam a lavagem de capitais para usufruir dos lucros obtidos a partir de práticas penalmente recrimináveis.

3. Cartas circulares do BACEN

Com o implemento da alteração legislativa, o Banco Central editou cartas circulares com o fim de dar base à identificação de condutas criminosas, como a carta circular nº 3542, editada em 12 de março de 2012, prevendo condutas aptas a constituírem indícios de cometimento do delito de lavagem de capitais. A título de exemplo, o item IV, d, da Carta, *in verbis*:

³ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 9.613, de 3 de Março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

“Manutenção de numerosas contas destinadas ao acolhimento de depósitos em nome de um mesmo cliente, cujos valores, somados, resultem em quantia significativa”⁴

O comportamento previsto pelo item citado exterioriza a confusão de capitais, utilizada comumente na segunda fase da lavagem, qual seja, a dissimulação do capital ilícito, pelo depósito em espécie, podendo ou não ser de grande volume, em diferentes contas de localidades diversas, com o fim de dificultar a claridade do rastro do dinheiro.

Contudo, há que se considerar que os procedimentos elencados servem apenas como parâmetro para orientar as atividades de instituições financeiras, eis que a mesma, em seu artigo 1º, alerta para a necessidade de se considerar outros fatores unidos à verificação da atividade suspeita, como a frequência com que a movimentação é realizada, os valores e as partes envolvidas. Dita ressalva é necessária para que se evite arbitrariedades e se promova a cautela no trato financeiro, sob pena de se imputar falsos delitos a sujeitos que detenham como natureza de sua atividade financeira determinados comportamentos bancários que, longe da ponderação necessária, podem ser entendidos como transgressores.

4. Da aplicação da *willfull blindness* ou cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada, *willfull blindness* ou evitação da consciência trata-se da hipótese em que o agente, deliberadamente, decide “fechar os olhos” para os indícios de atividades delituosas. Aplica-se no tocante aos crimes de colarinho branco em que o agente, visando o lucro oriundo daquela atividade, ignora a ocorrência do delito, por livre vontade, assumindo os riscos e possíveis benesses oriundas daquela prática, num paralelo com o dolo eventual.

Por imperativo doutrinário, aquele que abre mão do hábil conhecimento de subsidiar a responsabilização dolosa do crime, incorre no mesmo fato típico, como se presentes os elementos da cognição. Na jurisprudência pátria ainda é tema incipiente a aplicação da *willfull blindness* nos crimes de lavagem de dinheiro, ante a redação da lei 9.613/98 que exige que o

⁴ BRASIL. Banco Central – BACEN. **Carta circular nº 3.542, de 12 de março de 2012**. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

agente possua efetiva participação no processo de branqueamento dos capitais envolvidos, não se admitindo, a priori, o dolo eventual para tipificação da conduta. Pierpaolo, neste sentido:

“Pelas regras legais, se o agente **desconhece** a procedência infracional dos bens ocultados ou dissimulados, faltar-lhe-á o **dolo** da prática de lavagem e a conduta será atípica mesmo se o erro for evitável, pois não há previsão da **lavagem culposa**. Assim, se o agente não percebe a origem delitiva do produto que mascara por descuido ou imprudência, não pratica lavagem de dinheiro, respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir.”⁵

Assim, controvérsias surgem ao indagar qual é o grau de consciência necessário para a configuração do crime, basta que o agente suspeite do cometimento de lavagem de capitais, ou possua ampla certeza e, apesar disto, se abstenha? À época do julgamento da Ação Penal 470, os ânimos se encontraram acalorados no debate da referida controvérsia, à medida que surgiam contradições entre os ministros da suprema corte ao votar o acórdão, tendo a maioria admitido a possibilidade de configuração do dolo eventual, responsabilizando o agente.

Desta forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela admissão do dolo eventual em as modalidades da lavagem de dinheiro. A problemática maior surge ao se considerar a hipótese de responsabilização criminal do agente financeiro, ponto deste trabalho, ao se omitir de comunicar aos órgãos responsáveis sobre a ocorrência de situações indicadoras de crimes contra a ordem econômica.

Nesta ótica, o agente financeiro diante das situações previamente exposta poderá ser responsabilizado criminalmente, a depende de sua [possível] participação no delito, ainda que não tenha praticado o verbo nuclear do tipo, bastando, para tal, que se prove que o agente possuía, de alguma forma, o “domínio final” do fato. Na cátedra de Callegari:

“Assim, é acertado dizer que em determinados casos os agentes financeiros podem participar do delito sem que tenham realizado o verbo nuclear descrito no tipo, mas também é necessário que se prove que este sujeito de alguma forma detinha o domínio final do fato, isto é, também tinha o controle da execução sob suas mãos (domínio funcional do fato), e que sem ele o fato como um todo não se realizaria”⁶

⁵ PIERPAOLO, Crus Bottini. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁶ CALLEGARI, André Luis. A Ação penal 470 e os limites da responsabilidade penal dos agentes financeiros. **Boletim IBCCRIM**, n. 242 - Janeiro/2013. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4802-A-Acao-Penal-470-e-os-limites-da-responsabilidade-penal-dos-agentes-financeiros. Acesso em: 12 set. 2018.

Isto é, o agente poderá ser criminalmente responsabilizado, desde que se comprove que este detinha o domínio final do fato, pressuposto necessário para que se configure a autoria delitiva, esculpida pelo controle sobre a direção da conduta e o fim desejado. Conforme ensina Álvaro Mayrink da Costa:

“Autor é aquele que tem o domínio do fato, isto é, possui o pleno domínio da “configuração central objetiva”, requerendo o critério do domínio do fato aspectos objetivos e subjetivos, visto que o domínio do autor sobre o curso do fato deve ser proporcional em função da forma em que se desenvolve a causalidade no caso concreto, assim como pela direção que ela imprime, não se confundindo com o dolo. Torna-se necessário que o titular do domínio do fato conheça as circunstâncias fáticas que fundamentam tal domínio sobre o acontecimento, sendo que o dolo do domínio do fato é mais do que um mero pressuposto da imputabilidade, na verdade, parte integrante.”⁷

Adiante, entende-se que, a priori, se inadmite a responsabilização do agente que, atuando dentro dos limites do risco juridicamente permitido, colabora com a atividade criminal de outrem. Isto é, se age de acordo com as regras que lhe foram impostas para o adequado exercício de sua atividade administrativa ou gerencial e, apesar disto, colabora para a empreitada criminosa, estará desculpado, salvo se detinha o domínio do fato somado a intenção de suceder ao cometimento do crime, não se admitindo a posição de garante para que se proceda a responsabilização penal do agente. Entretanto, entendemos que o entendimento adotado pela corte superior no tocante ao dolo eventual nos delitos de lavagem se conforme em um passo para a ampliação do papel de agente garantidor também aos responsáveis pela guarda, administração, venda ou intermediação de valores financeiros.

Mister se faz apontar acerca da natureza probatória notadamente indiciária nos crimes financeiros, diferenciando-se de crimes comuns como homicídio e lesão corporal, que deixam vestígios pericialmente constatáveis. Nos delitos financeiros se faz necessário provar os indícios levantados na persecução penal para que se chegue à cognição judicial sobre o cometimento da infração. Ante o exposto, se faz necessário se averiguar a conexão estabelecida entre o agente financeiro e o sujeito ativo do delito podendo, com esta verificação, se chegar ao entendimento da participação na tarefa delitiva, passando de uma ação neutra, dentro dos limites admitidos pela normativa imposta, aos indícios de participação em um crime praticado por outrem.

⁷ COSTA, Alvaro Mayrink da. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 1ª edição. GZ Editora, 2015.

5. Conclusão

Efetuados os apontamentos necessários e levantadas as discussões pertinentes, concluímos o trabalho com o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio deixa perigosas lacunas no trato dos delitos financeiros, desaguando em severos danos a ordem econômico-financeira como se tem verificado nas palpitantes manchetes, dando azo ao sentimento de insegurança jurídica, financeira e social a toda uma nação já ferida e transpassada tantas vezes por desventuras pretéritas, reduzindo cada vez mais a esperança em um país em que se decide o que se fazer, como fazer, a quem e quando, ignorando o alvitre das circunstâncias, fazendo com que a confiança se escoe no córrego das lamúrias coletivas, gerando um Estado em que é difícil acusar, defender e julgar.

6. Bibliografia Consultada

BRASIL. Banco Central – BACEN. **Carta circular nº 3.542, de 12 de março de 2012**. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 9.613, de 3 de Março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 9.613, de 3 de Março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

CALLEGARI, André Luis. A Ação penal 470 e os limites da responsabilidade penal dos agentes financeiros. **Boletim IBCCRIM**, n. 242 - Janeiro/2013. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4802-A-Acao-Penal-470-e-os-limites-da-responsabilidade-penal-dos-agentes-financeiros. Acesso em: 12 set. 2018.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 1ª edição. GZ Editora, 2015.

FILIPPETTO, Rogério. **Lavagem de dinheiro**. Editora: Lúmen Iuris. 2011.

PIERPAOLO, Crus Bottini. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470.** CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 12 set. 2018.

PODERES SELVAGENS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA À LUZ DO GARANTISMO DE FERRAJOLI

*Wild Powers in Contemporary Brazil: A Criminological Analysis in the Light of Ferrajoli's
Garantism*

GUSTAVO BARBOSA GIUDICELLI
Defensor Público do Estado de Alagoas.

Resumo: O presente estudo se insere na temática do controle social e institucional do delito, procurando proceder uma análise criminológica da realidade contemporânea brasileira na perspectiva do garantismo penal de Ferrajoli, tomando por base ainda o estudo do criminólogo americano David Garland. Nesse contexto, identifica-se na nossa realidade uma proeminência cada vez maior dos chamados poderes selvagens, em detrimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, de forma semelhante ao que Garland identificou em sua análise da realidade americana e inglesa nas últimas décadas do século passado, em período de crise do modernismo penal, a qual culminou em, por um lado, um expansionismo penal segregacionista e, por outro lado, no descrédito nas instituições públicas, fortalecendo ainda mais os poderes selvagens em franca atuação, o que é especialmente problemático em nosso país, considerando nosso histórico repressivo, nossa fragilidade democrática e a imensa dificuldade que temos em lidar com o abismo social que nos separa, e que a tantos exclui.

Palavras-chave: garantismo penal; poderes selvagens; controle do crime; direitos fundamentais.

Abstract : The present study is part of the theme of social and institutional control of the crime, seeking to carry out a criminological analysis of contemporary Brazilian reality from the perspective of Ferrajoli's criminal garantism, based on the study of the American criminologist David Garland. In this context, an increasing prominence of the so-called savage powers is being identified in our reality, to the detriment of the fundamental rights constitutionally assured, in a similar way to what Garland identified in his analysis of the American and English reality in the last decades of the last century, in crisis of criminal modernism, which culminated in segregationist penal expansionism on the one hand and, on the other hand, in the discrediting of public institutions, further strengthening the wild powers in full swing, which is especially problematic in our country, considering our repressive history, our democratic fragility and the immense difficulty we have in dealing with the social abyss that separates us, and which excludes so many.

Keywords: criminal garantism; wild powers; crime control; fundamental rights

1. Introdução

Enquanto ciência, a criminologia não prescinde da delimitação do seu objeto de estudo. Nesse sentido, autores¹ identificam quatro objetos principais desse ramo do Direito, quais sejam, o delito, o criminoso, a vítima e o controle social do delito, cada um deles com suas especificidades e formas próprias de tratamento. A partir da análise desses objetos, diversas propostas criminológicas que se desenvolveram ao longo do tempo procuram explicar as causas da criminalidade, a natureza do comportamento criminoso, o papel da vítima e das instituições públicas e privadas que atuam no controle social do delito, etc.

No presente estudo, pretende-se focar no último ponto², analisando a realidade brasileira na perspectiva do garantismo penal do jurista italiano Luigi Ferrajoli³. Como será visto, Ferrajoli concentra sua análise na força normativa dos direitos fundamentais enquanto limites para a atuação estatal no controle da criminalidade, como também para a resposta social a esse controle.

Fora desses limites, haveria o que o autor chama de “poderes selvagens”⁴, sendo estes poderes de fato ainda imunes às diretrizes impostas pelos direitos fundamentais, seja no âmbito do Estado (macropoderes selvagens), seja no âmbito das relações privadas e sociais (micropoderes selvagens).

No Brasil, tais poderes selvagens abrangem uma parcela bastante expressiva do sistema de controle social, em uma espécie de cultura do controle que, como será analisado, tende a agravar o problema da criminalidade ao invés de oferecer respostas satisfatórias que levem em consideração os direitos fundamentais tais como positivados no texto constitucional. Nesse ponto, se utilizará como referencial teórico o estudo do criminólogo americano David Garland⁵,

¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43 ss.

² Shecaira define controle social como o “conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários”, que pode ser dividido entre o por ele chamado controle social informal, identificado com a sociedade civil (família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, etc.), e o controle social formal (polícia, justiça, exército, ministério público, administração penitenciária, etc.) (Ibid., p. 53). Tais controles atuam conjuntamente, se influenciando reciprocamente, formando o que Garland chama de cultura do controle, conforme será destacado em momento posterior do presente estudo.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavoras e Luis Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴ Ibid., p. 857 ss.

⁵ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

autor de importante trabalho de pesquisa do tema no âmbito da cultura americana e inglesa do século passado, cujas conclusões podem ser transportadas com justeza para a realidade brasileira contemporânea.

Com efeito, consoante se tentará demonstrar, a realidade brasileira atual muito se assemelha ao movimento de crise do modernismo penal observado nos Estados Unidos e na Inglaterra nas últimas décadas do século passado⁶, culminando em, por um lado, um expansionismo penal segregacionista e, por outro lado, no descrédito nas instituições públicas, fortalecendo ainda mais os “poderes selvagens” em franca atuação.

No Brasil, o problema se torna ainda mais evidente em razão do nosso histórico repressivo⁷ e da pouca familiaridade de boa parte da população com os direitos fundamentais, havendo ainda um imenso contingente populacional excluído até mesmo daquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial⁸, vítimas cotidianas de um Estado altamente violador dos mais básicos direitos humanos e de uma sociedade que reflete tal estado de coisas, tornando nosso sistema penal particularmente perverso e fomentador da mesma violência que pretende, sem nenhum sucesso, combater.

Almeja-se, portanto, oferecer uma análise crítica da realidade brasileira acerca do controle da criminalidade, confrontando-a com os direitos fundamentais tais como plasmados na Constituição Federal de 1988, de modo a traçar alguns contornos da perversidade com que os poderes selvagens em franca atuação no país tratam do problema, muito mais o piorando do que efetivamente o resolvendo.

Para tanto, se iniciará apresentando as linhas básicas do garantismo penal de Ferrajoli, principal referencial teórico do trabalho, para após analisar as atuais estruturas de controle brasileiras, tendo como referência de análise o trabalho de Garland, com a contribuição de outros autores, o que passa a ser feito.

⁶ Garland identifica nesse período o rompimento com o que chama de previdenciarismo penal, próprio do Estado Social anteriormente em voga (Ibid., p. 143). O ponto será retomado posteriormente.

⁷ Recém-saído de um regime totalitário que perdurou durante mais de 20 (vinte) anos, o Brasil ainda é uma democracia nova, pouco acostumada com a ideia de direitos fundamentais, e com um longo histórico de segregação e exclusão social. Basta lembrar que fomos os últimos países da América do Sul a abolir a escravidão.

⁸ Na doutrina constitucional, o mínimo existencial pode ser definido como as prestações materiais básicas, sem as quais não há que se falar em dignidade humana. Ana Paula de Barcellos, por exemplo, elenca como pertencendo ao mínimo existencial o fornecimento de educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso ao Poder Judiciário (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288).

2. Garantismo penal

O garantismo penal de Ferrajoli parte da ideia de direitos fundamentais enquanto parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção estatal punitiva⁹ no Estado democrático de direito, significando, ao mesmo tempo, (i) um modelo normativo de direito, fincado na estrita legalidade que, “sob o plano político se caracteriza como uma técnica idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”¹⁰, (ii) uma teoria crítica do Direito, preocupada em investigar a divergência entre normatividade e efetividade, ou seja, entre o ser da realidade e o dever ser do Direito, e (iii) uma filosofia política “que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”¹¹.

Esses três significados, analisados em seu conjunto, formam aquilo que Ferrajoli chama de teoria geral do garantismo penal¹², ponto de partida para sua análise jurídico-filosófica dos direitos fundamentais. Com relação ao primeiro deles, o autor italiano destaca a necessidade de legitimação substancial do Estado de Direito, para além da mera legalidade¹³, pressuposto de um regime democrático legítimo, porquanto limitado substancialmente através dos direitos fundamentais¹⁴.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 785.

¹⁰ Ibid., p. 786.

¹¹ Ibid., p. 787. Como será visto a seguir, esse terceiro significado do garantismo penal é a base do chamado por Ferrajoli “ponto de vista externo”, em contrapartida ao ponto de vista interno. O tema será retomado adiante.

¹² Ibid., p. 788.

¹³ “(...) Em todos os casos, pode-se dizer que a *mera legalidade*, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua *legitimação formal*, enquanto a *estrita legalidade*, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua *legitimidade substancial*. ” (Grifos no original). Ibid., p. 791.

¹⁴ “(...) A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se possa decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático”. Ibid., p. 792.

O garantismo é, portanto, a base da democracia substancial¹⁵, equivalente à noção de Estado de direito, na medida em que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidade vitais de todos.

Nesse contexto, Ferrajoli passa a diferenciar o direito legítimo do direito ilegítimo, aderindo ao que ele chama de juspositivismo crítico¹⁶, baseado na vinculação do juiz não apenas à lei, mas sim à Constituição - pelo que os juízos de legalidade e de validade não se confundem -, e baseado na superação de uma visão meramente descritiva por parte dos estudiosos do Direito, pelo que entende que a crítica do direito inválido é tarefa tanto do juiz quanto do jurista, de modo a colocar em destaque as lacunas e antinomias irreduzíveis, desmentindo os mitos da coerência e da completude do ordenamento jurídico¹⁷.

Esses são, na classificação do jurista italiano, os fundamentos do que ele chama de ponto de vista interno do garantismo penal enquanto crítica ao direito posto, na perspectiva das instituições mesmas do ordenamento jurídico, que devem estar vinculadas aos direitos fundamentais de forma inarredável.

Para além desse ponto de vista, no entanto, Luigi Ferrajoli chama a atenção também para o ponto de vista externo, o qual se refere ao primado da pessoa como valor e ao princípio da tolerância, “a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penas constitutivas”¹⁸.

Daí decorre outro princípio destacado pelo autor, qual seja, o princípio da igualdade, seja a igualdade formal – referente ao direito de os homens serem considerados iguais, independentemente de suas diferenças (direitos de liberdade) -, seja a igualdade material – referente ao direito dos homens serem considerados tão iguais quanto possível, considerando suas diferenças (direitos sociais)¹⁹.

¹⁵ Ibid., p. 797. Completa ainda: “Neste sentido, o garantismo, como técnica de disciplina e limitação dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto”.

¹⁶ Ibid., p. 804.

¹⁷ Ibid., p. 808.

¹⁸ Ibid., p. 834.

¹⁹ Ibid., p. 835.

Neste diapasão, o autor chega a redefinir os direitos fundamentais nos seguintes termos, *in verbis*²⁰:

Podemos, neste ponto, redefinir os *direitos fundamentais*, em contraposição a todas as outras *situações jurídicas*, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. (Grifos no original).

Destarte, os direitos fundamentais têm natureza de princípio axiológico de justificação do Estado, não sendo fundados, mas sim fundadores do ordenamento jurídico, sendo, desta forma, fonte de legitimação do Estado constitucional de direito, seja do ponto de vista externo (ético-político), seja do ponto de vista interno (jurídico)²¹.

De toda essa construção teórica, Ferrajoli extrai a natureza garantista dos direitos fundamentais, da qual o autor faz decorrer outros dois princípios de caráter geral, quais sejam, os princípios da legalidade e da submissão à jurisdição²². Estes, por sua vez, legitimam formal e substancialmente o Estado de direito²³, fazendo-se relevantes, sobretudo, no âmbito direito penal, considerando a já mencionada necessidade de maximização das liberdades e minimização dos poderes punitivos estatais.

A partir daí o autor passa a explorar diversas consequências do seu garantismo que perpassam toda sua obra, que vão desde a desobediência civil e o direito de resistência²⁴ até a estrita vinculação dos juízes à legalidade²⁵, decorrendo deles também os famosos axiomas do garantismo penal²⁶.

Para os propósitos do presente estudo, porém, interessa mais o segundo significado do garantismo penal supramencionado, constituindo este no estudo crítico do Direito e das práticas

²⁰ Ibid., p. 836.

²¹ Ibid., p. 842.

²² Ibid., p. 844.

²³ “a legitimação formal é aquela assegurada pelo princípio da legalidade e pela sujeição do juiz à lei. A legitimação substancial é aquela que provém da função judiciária e de sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão” (grifos no original). Ibid., p. 845.

²⁴ Ibid., p. 853 e ss.

²⁵ Ibid., p. 852.

²⁶ O tema é bastante explorado pela doutrina pátria, que usualmente se vale da expressão em latim para tratar dos dez axiomas propostos por Ferrajoli, a saber: (1) *Nulla poena sine crimine*; (2) *Nullum crimen sine lege*; (3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (4) *Nulla necessitas sine injuria*; (5) *Nulla injuria sine actione*; (6) *Nulla actio sine culpa*; (7) *Nulla culpa sine judicio*; (8) *Nullum judicium sine accusatione*; (9) *Nulla accusatio sine probatione*; (10) *Nulla probatio sine defensione*. Nesse sentido, entre outros, GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 10.

institucionais e sociais, de modo a investigar a divergência entre a normatividade dos direitos fundamentais e sua efetividade, ou seja, entre o ser da realidade e o dever ser do Direito, sobretudo no âmbito do sistema de controle da criminalidade por parte do Estado e demais atores sociais.

Com efeito, estabelecidas as premissas do que se entende por garantismo penal, seja do ponto de vista interno (jurídico), seja do ponto de vista externo (ético-jurídico), já se faz possível investigar as funções desse referencial teórico na prática das instituições punitivas, bem como sua receptividade ou não no meio social.

No ponto, reitera-se que, para Ferrajoli, a principal função dos direitos fundamentais na perspectiva garantista é maximizar as liberdades e minimizar a violência, o que pode ser entendido como a minimização do poder, seja ele público ou privado, que de outra forma seria absoluto. Em suas palavras²⁷:

(...) Como a função utilitária e garantista do direito penal é aquela da minimização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na *minimização do poder*, de outro modo, absoluto: dos poderes privados, os quais se manifestam no uso da força física, no aproveitamento imoral ou injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; dos poderes públicos, os quais se exprimem nos arbítrios políticos nos abusos policiais e administrativos. (Grifo no original).

Porém, como ensina Ferrajoli, essa função raramente é realizada a contento, deixando inúmeros espaços em branco, nos quais impera a prevalência da força sobre o direito, formando o que o autor denomina poderes selvagens, seja no âmbito privado (micropoder selvagem), seja no âmbito estatal (macropoder selvagem)²⁸.

Quanto aos primeiros, Ferrajoli identifica diversas situações (família, trabalho, escola, relações comerciais, etc.) nas quais se desenvolvem relações assimétricas que favorecem

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 857.

²⁸ “(...) A função garantista do direito não se realiza *nem por baixo*, em relação aos âmbitos da vida doméstica ou puramente privada, *nem por cima*, nas relações internacionais entre Estados. É sobretudo nestas sedes, infra e suprajurídicas, que permanecem e se desenvolvem *micropoderes* e *macropoderes selvagens*, que são, na realidade, as formas de poder mais descontroladas e ilimitadas das quais podem ser prejudicados e subvertidos os mesmos poderes jurídicos e a ordem global do Estado de direito. Inútil dizer que relativamente a tais poderes, extralegais ou totalmente ilegais, não se põe nenhum problema de obediência, nem política nem jurídica. Eles são poderes de fato, cuja simples existência testemunha, com frequência, a prevalência da força sobre o direito”. (Grifos no original). Ibid., p. 858.

formas de poder selvagens²⁹. Tais situações representam a base das desigualdades entre as pessoas, sendo que, nas palavras do autor, estas desigualdades - denominadas por ele de sociais -, se diferenciam das desigualdades jurídicas por serem incontroladas e tendentemente ilimitadas³⁰. Da mesma forma, os poderes que advém dessas desigualdades, ao contrário dos poderes jurídicos, são, para o autor, tendentemente absolutos³¹.

Já com relação aos macropoderes selvagens, Ferrajoli se refere à chamada criminalidade dos Estados, verdadeiros “lobos artificiais”³². Aqui, o autor menciona a criminalidade mesma, relativa a não efetividade do direito penal quando o próprio Estado é o agente criminoso, e a impunidade, relativa a não efetividade do direito processual pela desobediência das garantias processuais³³. Chama atenção ainda para a criminalidade internacional dos Estados, relativa às guerras, incursões, invasões, testes de armas perigosas, ameaças nucleares, etc.³⁴

Ambos os poderes os poderes selvagens, ilimitados e tendentemente absolutos, têm seu antídoto nos direitos fundamentais, seja através do alargamento do Estado de direito para os micropoderes selvagens³⁵, seja na formatação de um novo contrato social de direito internacional para os macropoderes selvagens³⁶.

Qualquer otimismo, porém, esbarra na realidade cotidiana de diversos países que vêm experimentando certo retrocesso dos direitos fundamentais, especialmente em países como o Brasil, historicamente relutantes na efetivação destes direitos. Tal se reflete, como se pretende

²⁹ “(...) Violência, dinheiro, coações econômicas, carreiras, carismas, sujeições psicológicas formam em todo caso o cimento destas relações, onde a lesão do valor da pessoa pode advir à margem de qualquer garantia jurídica possível”. Ibid., p. 859.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² “(...) Em suma sucedeu, para retomar a imagem de Hobbes, que ‘este homem artificial que é o Estado’, nascido para domar e frear aqueles ‘homens lobos’, que são os *homens naturais*, frequentemente se transformou em um *lobo artificial*. E os lobos artificiais se revelam tanto mais selvagens, incontroláveis e perigosos que os homens naturais que os criaram para afiançar sua tutela”. (Grifos no original). Ibid., p. 862.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ “O progresso daquela que chamei *democracia substancial* advém, portanto, não só mediante a expansão dos direitos e das suas garantias, como também por meio do alargamento do Estado de direito ao maior número de âmbitos da vida e de esferas do poder, onde também sejam tutelados e satisfeitos os direitos fundamentais da pessoa”. (Grifo no original). Ibid., p. 860.

³⁶ “(...) De resto, não são apenas as guerras que ameaçam hoje a sobrevivência dos homens. O risco de catástrofes ecológicas, a independência econômica, tecnológica e cultural de todos os povos, a multiplicação dos escambos e das comunicações em ordem à violação em todo o mundo dos direitos fundamentais põem na ordem do dia, como uma necessidade exatamente idêntica àquela que justificou o velho Estado nacional, uma urgência de um novo contrato idôneo a fundar um *Estado de direito internacional*, baseado na igualdade dos povos e na sua finalidade de paz e geral segurança”. (Grifo no original). Ibid., p. 865.

analisar, no sistema punitivo estatal e na cultura do controle, âmbitos nos quais os poderes selvagens ainda possuem grande prevalência. Passa-se, então, a tal análise.

3. Controle do crime – micro e macro poderes selvagens

Como dito, os micro e macro poderes selvagens prevalecem naqueles âmbitos nos quais os direitos fundamentais não conseguiram se incorporar de forma minimamente aceitável no tecido social. No Brasil, tal problemática atinge diversos setores e experimenta contornos perversos, deixando às claras diversos âmbitos nos quais poderes de fato fazem a força prevalecer sobre o direito.

Um desses âmbitos se refere justamente à política criminal, seus métodos e instituições que, no seu conjunto, formam aquilo que David Garland denomina “complexo do crime”, termo que, na construção teórica desse autor, significa o complexo de respostas estatais e sociais ao problema da criminalidade, em acompanhamento ao processo político e social de uma determinada sociedade³⁷.

Em seu trabalho, Garland analisa esses elementos a partir da experiência norte-americana e inglesa, mais precisamente na segunda metade da década de 70 do século passado, período que ele chama de crise do modernismo penal, no qual começa a ser questionado o modelo de previdenciarismo penal³⁸ então em voga, em resposta não somente às crescentes taxas de criminalidade da época e no descrédito do modelo, mas principalmente em razão “das políticas reacionárias que dominaram a Grã-Bretanha e os Estados Unidos nos últimos vinte anos; e pelas novas relações sociais que cresceram em torno das cambiantes estruturas do trabalho, da previdência e do mercado destas duas sociedades pós-modernas”³⁹.

Passados quarenta anos, só agora tal fenômeno ganha força no Brasil, sendo cada vez mais frequentes os discursos que pregam o fim do Estado Social que sequer foi de fato implantado entre nós, com a consequente flexibilização de alguns direitos e garantias

³⁷ GARLAND, David. Op. cit. p. 413.

³⁸ Interessante notar que o termo “previdenciarismo penal” faz clara alusão ao modelo de Estado providência (Welfare State) que dominava no período, mas que começou a ser questionado a partir do final da década de 70, o que se aprofundou na década seguinte, notadamente em razão da crise econômica que se seguiu e, principalmente, a partir do novo viés político-econômico estabelecido pelos governos Thatcher e Reagan, na Inglaterra e nos Estados Unidos, respectivamente.

³⁹ Ibid., p. 413-414.

fundamentais, pretendendo-se enquadrar o país numa dita pós-modernidade, sem que tenhamos passado pela modernidade⁴⁰.

Como se verá, tal movimento se reflete nos mecanismos de combate à criminalidade também crescente entre nós, inclusive na resposta social a esses mecanismos, formando o que Garland chama de cultura do controle. Antes de analisar a experiência brasileira, porém, cumpre destacar, em linhas gerais, a análise de Garland, de modo a fazer um paralelo com nossa realidade atual.

Em seu estudo, Garland destaca que o que mudou de um período para o outro não foram as instituições penais em si, mas sim seu funcionamento estratégico e sua importância social⁴¹. Nesse contexto, o autor destaca a expansão de gastos e a maior construção de presídios deste a época Vitoriana, o aumento do encarceramento e também da pena de morte nos Estados Unidos, a atuação mais intensa das polícias, mudando seu caráter reativo para um caráter proativo, inclusive se aproximando da vida comunitária (polícia comunitária), e a colocação da vítima em primeiro plano, privilegiando a mediação e a reparação (função reparadora em lugar da função punitiva)⁴².

Frise-se, porém, que tala função reparadora também experimentou alterações, passando a ser mais centrada no delito (conduta delitiva e hábitos relacionados), do que no reabilitado. Ou seja, a preocupação deixa de ser reabilitar o criminoso enquanto ser humano e passa a ser a de simplesmente evitar novas práticas delitivas, muito mais voltada para a prevenção de riscos (segurança pública) do que a recuperação do criminoso como um fim em si mesmo⁴³. Nessa perspectiva, até mesmo o instituto do livramento condicional sofre mudanças, adquirindo cada vez mais o caráter de pena (toque de recolher, tornozeleira eletrônica, etc.)⁴⁴.

⁴⁰ Vale mencionar aqui a irônica observação de Luís Roberto Barroso: “Como se percebe, o projeto de modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado Social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral” (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 108).

⁴¹ GARLAND, David. Op. cit., p. 366.

⁴² Ibid., p. 367-368.

⁴³ Ibid., p. 378.

⁴⁴ “O livramento condicional se afastou de sua missão original, às vezes descrita como sendo a de ‘assistir, aconselhar e ajudar’ criminosos merecedores, assentando-se em prioridades que refletem o novo clima punitivo: mudar o comportamento do criminoso, reduzir o crime, tornar as comunidades mais seguras, proteger o público, amparar as vítimas”. Ibid., p. 380.

Naturalmente, a política de encarceramento segue o mesmo processo, passando a servir muito mais como uma espécie de exílio para segregação de indivíduos perigosos em nome da segurança pública, do que para a reabilitação⁴⁵. O sistema prisional, inclusive, passa a ter uma função social e econômica. Nas palavras de Garland⁴⁶:

(...) O encarceramento em grande escala funciona como um modo de posicionamento econômico e social, um mecanismo de zoneamento que segrega aquelas populações rejeitadas pelas decadentes instituições da família, do trabalho e da previdência, colocando-as nos bastidores da vida social. Da mesma forma, mas por períodos menores, a prisão está sendo cada vez mais usada como um repositório *faute de mieux* para doentes mentais, viciados em drogas e pessoas pobres, doentes, para os quais os arruinados serviços sociais não mais podem prover acomodações adequadas. Mais recentemente, o policiamento de “tolerância zero” e da “qualidade de vida” começou a estender sua zona de coerção, empregando práticas agressivas de captura para excluir indivíduos “desordeiros” dos espaços públicos sempre que sejam flagrados interferindo com os interesses comerciais ou com a “qualidade de vida” demandada pelos moradores mais prósperos.

Nesse cenário, o criminoso é cada vez mais visto de forma abstrata, estereotipada, ao invés de uma pessoa real⁴⁷, com interesses vistos como radicalmente opostos aos interesses públicos e das vítimas⁴⁸, deixando de ser encarados como membros do público para se tornarem “o outro perigoso”, incorporando uma divisão social entre “nós”, os sofredores inocentes da classe média, e “eles”, os perigosos pobres⁴⁹.

⁴⁵ Ibid., p. 381.

⁴⁶ Ibid., p. 382. Nesse sentido também é a visão de Dario Melossi exposta no prefácio do livro de Alessandro de Giorgi, onde, adotando um viés marxista, ensina ser o cárcere o antepassado histórico das “casas de trabalho” do início da Revolução Industrial, lugar destinado às massas que, expulsas do campo, passaram a ocupar as cidades, dando lugar aos fenômenos que preocupavam as elites da época, tais como banditismo, mendicância, pequenos furtos e recusa ao trabalho nas fábricas. In DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 13.

⁴⁷ GARLAND, David. op. cit., p. 383.

⁴⁸ Ibid., p. 384.

⁴⁹ Ibid., p. 386. Completa o autor: “Com esta equação, nós nos permitimos esquecer aquilo que o previdenciário penal admitia como verdadeiro: que os criminosos também são cidadãos e, outrossim, que a sua liberdade também é a nossa liberdade. O crescimento de uma divisão social e cultural entre ‘nós’ e ‘eles’, junto com novos níveis de medo e de insegurança, nos tornou muito complacentes com relação à emergência de um poder estatal mais repressivo”.

Forma-se, assim, uma perspectiva criminológica semelhante ao direito penal do inimigo de Jakobs⁵⁰, tida por Garland como antimoderna e antiliberal. Mais uma vez, vale transcrever suas palavras⁵¹:

Esta criminologia é decididamente antimoderna em seus temas centrais: a manutenção da ordem e da autoridade, a afirmação de padrões morais absolutos, a preservação da tradição e do senso comum. Também é profundamente antiliberal em sua crença de que certos criminosos são “simplesmente maus” e, neste particular, intrinsecamente diferente de nós. (...) A reação apropriada da sociedade é de natureza defensiva: devemos nos defender destes inimigos perigosos em vez de nos preocuparmos com seu bem-estar ou com seus prognósticos de reabilitação. Como o título de um artigo de John Dilulio uma vez destacou, devemos simplesmente “deixá-los apodrecerem”. (...) A criminologia do Outro, nas palavras de um primeiro-ministro britânico, nos deixa preparado para “condenar mais e entender menos”. Leva-nos a tratá-los como “criaturas monstruosamente opacas, além ou fora da nossa compreensão” – o que ajuda a acalmar a consciência de qualquer um que se sinta desconfortável em neutralizar milhões de pessoas e até mesmo matar algumas, tudo em nome da segurança pública.

Garland também chama a atenção para o papel da política e da mídia nesse contexto. Com relação à primeira, a justiça penal se torna menos autônoma, ou seja, “mais sensível às mudanças no humor público e à reação política”⁵², formando o que ele chama de tendência populista, pela qual “as demandas públicas por penas maiores são, agora, mais fácil e instantaneamente transladadas para as sentenças condenatórias que aplicam penas privativas de liberdade mais longas”⁵³.

Aqui se destaca o papel da mídia, cuja atividade passou a exercer grande pressão para que o governo e o legislativo fornecessem respostas rápidas e enérgicas aos casos de grande repercussão⁵⁴.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. Para Jakobs, o criminoso rompe seu vínculo com a sociedade, perdendo inclusive seu status de pessoa, pelo que as garantias que se aplicam aos cidadãos não se aplicam a eles, podendo o Estado adotar qualquer medida para neutralizá-los. Nada mais distante da perspectiva garantista de Ferrajoli.

⁵¹ GARLAND, David. Op. cit., p. 390.

⁵² Ibid., p. 372.

⁵³ Ibid., p. 373. Mais a frente completa o autor que tal populismo penal tem como seus objetivos principais “mitigar a revolta popular, reconfortar o público e restaurar a ‘credibilidade’ do sistema, ou seja, preocupações de natureza política e não penalógica. Não causa surpresa que estas medidas frequentemente desafiem a opinião penalógica especializada”. Ibid., p. 374.

⁵⁴ “(...) Nos anos 1990, a regra era que crimes de grande repercussão atraíssem boa dose de atenção da mídia e da revolta pública, gerando demandas de que algo fosse feito. Tais revoltas normalmente envolviam um indivíduo predatório, uma vítima inocente (frequentemente uma criança) e uma falha prévia do sistema penal em impor controles efetivos, ressaltando-se que sua regularidade refletia antes a estrutura dos medos da classe média e dos valores dos meios de comunicação de massa do que a frequência estatística de ditos eventos. De forma quase inevitável, a demanda é por mais controle penal efetivo”. Ibid., p. 373.

Por fim, essa nova cultura de controle do crime atua também na resposta criminológica à criminalidade infanto-juvenil, de modo que “as instituições de custódia de crianças e adolescentes enfatizam a segurança em vez da educação ou reabilitação, tornando-se cada vez menos distinguíveis das prisões para adultos”⁵⁵.

Todo esse arcabouço fático revela, segundo Garland, as mudanças estruturais na relação entre o controle do crime e a ordem social, favorecendo a exclusão social⁵⁶ em favor de uma suposta reafirmação da ordem⁵⁷.

Nada mais atual à realidade brasileira. Com efeito, o Brasil experimenta hodiernamente um incrível crescimento no encarceramento, tendo o número de encarcerados no país crescido, segundo estudo⁵⁸, 74% (setenta e quatro por cento) entre os anos de 2005 e 2012, havendo no Brasil mais de 500.000 (quinhentos mil) presos, ficando em quarto lugar no mundo em número de pessoas presas.

Observe-se ainda que, segundo o estudo, mais de 80% (oitenta por cento) da população carcerária não possui sequer o ensino médio completo⁵⁹, fazendo-se possível relacionar o índice de encarceramento com as condições sociais de parcela da sociedade. Reforça a tese o fato, também constatado pelo estudo, de que mais de 70% (setenta por cento) da população carcerária é formada por pessoas que cometeram crimes relativos ao uso de entorpecentes e crimes contra o patrimônio⁶⁰.

⁵⁵ Ibidem., p. 377.

⁵⁶ “(...) Os setores populacionais efetivamente excluídos dos mundos do trabalho, da previdência e da família – tipicamente jovens do sexo masculino, pertencentes a minorias urbanas – estão cada vez mais atrás das grades, tendo sua exclusão econômica e social efetivamente escamoteada por seu status criminal. A prisão reinventada da atualidade é uma solução pronta e acabada para um novo problema de exclusão social e econômica”. Ibid., p. 422.

⁵⁷ “Convencidas da necessidade de reafirmar a ordem, mas refratárias em restringir as possibilidades de consumo ou a abrir mão das liberdades pessoais; determinadas a aumentar sua própria segurança, mas refratárias a pagar mais impostos ou a financiar a segurança de outros; chocadas com o egoísmo desenfreado e com comportamentos anti-sociais, mas comprometidas com um sistema de mercado que produz precisamente aquela cultura, as angustiadas classes médias, hoje em dia, buscam solucionar sua ambivalência zelosamente controlando os pobres e excluindo os marginais. Elas impõem controle, sobretudo, aos criminosos ‘perigosos’ e beneficiários ‘indesejáveis’, cujas condutas levam a supor que sejam incapazes de assumir as responsabilidades da liberdade pós-moderna. As punições mais veementes são reservadas para aqueles culpados de abuso de crianças, uso de drogas ilícitas ou crimes sexuais – precisamente as áreas cujas normas sociais e culturais elementares passaram por processo de mudança mais profundo e nas quais a ambivalência e a culpa da classe média se manifestam de forma mais intensa”. Ibid., p. 416-417.

⁵⁸ **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília: Presidência da República, 2015, p. 25, disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf, acesso em 19.03.2016.

⁵⁹ Ibid., p. 30.

⁶⁰ Ibid., p. 37.

Assim, muito embora não se possa falar em uma tendência delitiva das pessoas pobres à criminalidade⁶¹, é certo que o sistema punitivo seleciona determinadas condutas que favorecem o encarceramento de pessoas mais suscetíveis a determinados tipos de ilicitude, notadamente entre pessoas sem acesso aos meios de consumo de massa e sujeitas às organizações criminosas que foram se formando em torno do consumo de drogas tidas como ilícitas pelo ordenamento jurídico, especialmente em determinadas comunidades situadas nos grandes centros urbanos (favelas e similares)⁶².

À exemplo do que constatado por Garland na Inglaterra e nos Estados Unidos no último quarto do século passado, portanto, o encarceramento no Brasil segue uma tendência segregacionista, priorizando determinada parcela da sociedade, já situada nos bastidores da vida social, sem acesso aos direitos mais básicos.

Vale destacar aqui as políticas de “limpeza social” promovidas em muitos estados brasileiros⁶³, sem falar dos grupos de extermínio também em franca atuação, muitas vezes às margens de qualquer persecução penal, e às vezes contando até mesmo com a participação de agentes de segurança pública⁶⁴.

⁶¹ Nesse sentido são os ensinamentos de Michel Misse, para quem: “o argumento quanto à relação pobreza-crime recebeu ataques de várias direções, e no caso brasileiro, embora continue a ser dominante na mídia e na opinião pública, é execrado na Universidade, seja por que é estatisticamente espúrio, seja por que não passaria de um estereótipo lançado aos favelados e aos pobres, mas trabalhadores”. (In. MISSE, Michael. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21). Mais a frente, conclui o autor: “O desafio sociológico de qualquer análise de causalidade da bandidagem urbana no Brasil provém da constatação de que a maioria dos agentes provém das camadas pobres, mas que, ao mesmo tempo, a esmagadora maioria dos pobres não opta pela carreira criminal. (...) Assim, o fantasma da associação pobreza-crime é um fantasma especificamente real, hegemônico, constituído positivamente pela fantasia de que todos os conflitos podem ser resolvidos por um operador monopólico, o Estado, que representa racional e legalmente o conjunto de princípios, orientações e decisões pactuadas por seus membros, mas que ao mesmo tempo é constituído negativamente pelo medo (se já não virou paranoia) de que os efetivamente excluídos do pacto possam alimentar modos não-aceitos de operar o poder nos que estão revoltados com os resultados imediatos do pacto, ou com os que lhe são indiferentes”. Ibid., p. 27.

⁶² Vale destacar aqui a ineficácia da política de combate às drogas através do sistema punitivo, o que vem sendo revisto pela legislação nacional, que atualmente prevê penas alternativas para quem adquire, transporta ou carrega substâncias ilícitas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), na esteira de uma tendência mundial de descriminalização do uso de drogas.

⁶³ Inúmeros exemplos podem ser citados aqui, como o recente movimento de combate à criminalidade nas praias da Zona Sul do Rio de Janeiro através da mudança de itinerário do sistema de transporte público e do fortalecimento, muitas vezes de forma abusiva, dos mecanismos de fiscalização na chegada de pessoas carentes às praias, inclusive com a condução ilegal de muitas pessoas à delegacias de polícia, sem qualquer acusação formal da prática de crimes. Cite-se ainda o movimento de “revitalização” do Centro da cidade promovida pela Prefeitura de São Paulo já há alguns anos, expulsando moradores de rua da região, sem oferecer moradia alternativa.

⁶⁴ Tornou-se famoso, no Brasil e no mundo, o caso do Massacre da Candelária, que em 23 de julho de 1993 vitimou 06 (seis) menores moradores de rua, tendo sido praticados por policiais militares que faziam parte de um grupo de extermínio voltado para a “limpeza” do Centro da cidade do Rio de Janeiro.

Percebe-se, dessa forma, uma espécie de institucionalização da repressão violenta à criminalidade promovida pelas forças de segurança, ao arrepio dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal, que expressamente garante o direito de ir e vir e proíbe as penas de morte e a tortura. Nesse sentido, tornou-se comum o uso retórico pelos políticos, em especial pelos Secretários de Segurança Pública, do discurso do combate à criminalidade através da força policial ostensiva, pretendendo legitimar até mesmo o uso de força letal, transformando o Brasil no grande palco do populismo penal mencionado por Garland.

No sistema carcerário o problema se torna ainda mais evidente, conforme recente relatório apresentado pela ONU⁶⁵, reforçando, como dito, muito mais uma política punitiva e segregacionista do que propriamente uma política reabilitadora e ressocializante, o que ajuda a explicar os altos índices de reincidência criminal no país. Na verdade, consoante já destacado pela imprensa, os presídios brasileiros funcionam muito mais como uma “escola do crime”, no qual muitas pessoas entram acusadas de pequenos delitos e de lá saem prontos para o cometimento de crimes violentos⁶⁶.

Tal sistema forma aquilo que nosso Supremo Tribunal Federal, baseado na jurisprudência estrangeira, denominou estado de coisas inconstitucional⁶⁷, deixando transparecer, mais uma vez, a dificuldade de o Estado brasileiro lidar com a criminalidade dentro dos limites fixados pelos direitos fundamentais. Forma-se, portanto, aquilo que Ferrajoli denominou de macropoder selvagem, havendo inúmeros âmbitos nas políticas estatais de segurança pública nos quais os direitos fundamentais mais básicos são rotineiramente desrespeitados.

⁶⁵ Relator da ONU denuncia situação 'cruel' em prisões do Brasil. **G1**, 07.03.16. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoas-do-brasil.html>. Acessado em 19.03.2016.

⁶⁶ Presídios, a escola do crime. **Revista Veja Digital**, 22.05.15. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/presidios-a-escola-do-crime>, acesso em 19.03.2016.

⁶⁷ O tema veio à tona no julgamento da ADPF 347, na qual o STF reconheceu o estado caótico do sistema penitenciário brasileiro, em constante violação de diversos direitos fundamentais, ao tempo em que determinou fossem adotadas diversas providências para o equacionamento do problema, tais como a realização das chamadas audiências de custódia, de modo a evitar o encarceramento preventivo desnecessário, a utilização de penas alternativas à prisão sempre que possível, e o não contingenciamento de verbas públicas a serem utilizadas na melhoria do sistema carcerário. Nada obstante, pouca coisa mudou. Pelo contrário, a crise do sistema carcerário brasileiro continuou se agravando, culminando nos recentes massacres em presídios brasileiros no início de 2017, com a morte de mais de 100 (cem) detentos e fuga de outra centena.

O problema se reflete, obviamente, no âmbito das reações sociais à criminalidade, seja na sensação de insegurança causada pelos índices de violência cada vez maiores, reforçando certo tipo de “apartheid social” que fortalece ainda mais a exclusão e o segregacionismo, seja nas respostas a essa mesma criminalidade, tornando frequente o recurso à “justiça privada”, já apelidada entre nós de justicamento⁶⁸.

Este estado de coisas é reforçado pela mídia, nos mesmos moldes denunciados por Garland com relação à Inglaterra e Estados Unidos na última década do século passado, fazendo eclodir uma série de demandas da opinião pública no sentido do recrudescimento das respostas estatais à violência, que vão desde propostas de redução da maioria penal até a defesa da pena de morte⁶⁹, em franca contradição com o que estabelecido em nossa Constituição Federal.

Revela-se, portanto, um descompasso entre os direitos e garantias previstos constitucionalmente e a realidade da cultura criminal brasileira, seja naquilo que diz respeito ao próprio Estado, em suas fracassadas políticas públicas de combate a violência por intermédio da repressão violenta e do combate ostensivo, seja com relação à sociedade de um modo geral, pouco afeita aos direitos e garantias fundamentais e constantemente vítima e algoz da ausência desses direitos e garantias.

Parece prevalecer, destarte, os poderes selvagens em detrimento do garantismo penal, num movimento de retorno ao autoritarismo bastante preocupante em um país recém-saído de uma ditadura militar, com bases sociais perversamente desiguais e uma democracia ainda extremamente vulnerável.

4. Conclusão

Nossa Constituição, emblematicamente apelidada de “Constituição Cidadã”, foi bem generosa na fixação de direitos e garantias fundamentais, seguindo a linha de outras

⁶⁸ O termo foi cunhado durante a Ditadura Militar para denominar o julgamento e eliminação de pessoas consideradas traidoras do regime. Curiosamente, voltou a ser usado com frequência na mídia para denominar a justiça “pelas próprias mãos”, geralmente realizada por grupos de pessoas contra suspeitos de crimes, levando muitas vezes à morte por linchamento pessoas inocentes ou suspeitas de pequenos furtos.

⁶⁹ Diversas pesquisas revelam que cerca de metade da população brasileira é a favor da pena de morte. Quanto à redução da maioria penal, o número de pessoas que apoiam a medida vem crescendo anualmente, chegando a 87% (oitenta e sete por cento) em 2015, consoante pesquisa divulgada pela imprensa. 87% são a favor da redução da maioria penal, diz Datafolha, **G1**, 15.04.15. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/87-dos-brasileiros-sao-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.html>>. Acesso em 19.03.2016.

constituições que, assim como a nossa, são fruto de um processo de redemocratização, em resposta a regimes totalitários anteriores. Passados quase 30 anos de sua promulgação, porém, ainda é bastante considerável a distância entre as promessas constitucionais e a realidade de milhões de brasileiros, relegados à condições de vida bem abaixo de qualquer parâmetro que se tenha de dignidade humana.

Nesse contexto, é tarefa da dogmática jurídica defender de forma intransigente as conquistas democráticas tão arduamente fixadas em nossa Carta Magna, tornando imperiosa a defesa do garantismo penal no sentido dado por Ferrajoli, qual seja, enquanto parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção estatal punitiva.

Por outro lado, vive-se hoje no país tempos sombrios, bem semelhantes ao período de crise do modernismo penal identificado por Garland nos Estados Unidos e na Inglaterra a partir do último quarto do século passado. Aqui, o problema se torna ainda mais sinistro, considerando nosso histórico repressivo e a imensa dificuldade que temos em lidar com o abismo social que nos separa, e que a tantos exclui.

Com o presente estudo, pretendeu-se oferecer uma análise crítica dessa realidade, identificando diversos espaços nos quais impera aquilo que Ferrajoli denomina de poderes selvagens, seja no âmbito macro da política punitivista estatal, seja no âmbito micro das relações sociais nas quais predominam relações assimétricas de poder, com ampla margem para a negação de direitos básicos.

Nesse cenário, buscou-se ainda reafirmar as bases de uma proposta dogmática que se entende apta a oferecer instrumentos teóricos à superação da tendência de retrocessos que vem se observando no país, qual seja, o garantismo penal nos termos propostos por Ferrajoli, que vai muito além da mera previsão formal de direitos, com vistas à sedimentar uma leitura substancial dos direitos e garantias fundamentais.

Objetivou-se, portanto, analisar a tensão entre os direitos fundamentais tais como plasmados em nosso texto constitucional e os cada vez mais amplos espaços em que tais direitos não são observados, nos quais prevalecem os chamados poderes selvagens, que se revelam tanto na tendência ao populismo penal quanto na resposta social ao problema da criminalidade.

Com esse objetivo, fez-se um paralelo com a realidade de outros países que experimentaram o mesmo processo nas últimas décadas do século passado, no intuito de não repetir os mesmos erros, buscando trilhar um caminho diferente que, por um lado, seja eficaz no combate à criminalidade crescente que nos assola e, por outro, promova a inclusão social de

todos, diminuindo ao máximo os espaços deixados aos poderes selvagens que, para além de não resolverem o problema da violência, acabam por maximizá-la, supostamente legitimados por um Estado altamente repressivo e uma sociedade ainda pouco familiarizada com os mais basilares direitos fundamentais.

Eis a tarefa que se entende própria da dogmática jurídica brasileira em tempos de crise dos direitos, em reforço de bases teóricas sólidas que sirvam de esteio para o combate aos retrocessos que rotineiramente são observados. Aplicá-las na prática deve ser a luta diária de todos nós.

5. Referências Bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana.** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavoras e Luis Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle:** Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

MISSE, Michael. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo:** Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.