

Eleições Municipais e voto do preso provisório

Antonio Carlos da Ponte¹
Procurador de Justiça

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político. Por força do que dispõe o artigo 1º, § único, da Constituição Federal, todo o poder emana do povo, que o exercerá diretamente ou por intermédio de representantes eleitos.

Esse Estado Democrático de Direito projetado e desenhado no texto constitucional tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e igualitária; a erradicação da pobreza, da miséria, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação e a garantia do desenvolvimento social.

Um Estado Democrático de Direito não resulta da simples fusão de dois modelos de Estado, o Democrático e o de Direito, mas na criação de um terceiro, – assumido pelo próprio artigo 1º, “caput”, da Constituição Federal –, que traz em sua gênese a inovação, o compromisso com os fundamentos que houve por bem adotar e a transparência quanto aos objetivos que busca alcançar². Esses fundamentos e objetivos são forjados na democracia.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, § único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício³.

¹ Diretor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre Docente pela PUC-SP. Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP.

² Os Professores Canotilho e Vital Moreira sustentam que os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático não podem ser separados, pois “O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de Direito; o Estado Democrático é Estado de Direito e só sendo-o é que é Democrático. Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode deixar de ficar condicionado e de ser qualificado em função do sentido da outra” (*Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 73.).

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros. p. 119-120.

São apontadas como principais características de um Estado Democrático de Direito a sua criação e regulamentação por uma Constituição; a realização de eleições periódicas pelo povo; a observância do império da lei; os cidadãos devem possuir obrigações junto ao Estado e este frente aos primeiros; a possibilidade de os cidadãos, detentores de direitos sociais e políticos, oporem-se ao modo como o Estado esteja sendo conduzido; o Estado deve desenvolver-se satisfatoriamente e buscar alcançar Justiça Social, erradicando a miséria e não permitindo discriminações; o poder político deverá ser exercido, em parte, pelo povo diretamente e, parcialmente, por órgãos estatais independentes e autônomos; as funções estatais deverão ser exercidas com regularidade, probidade e de forma comedida, de modo que uma não se sobreponha às outras e que haja um rígido controle sobre elas.⁴

As graves funções confiadas ao Estado e ao povo só poderão ser alcançadas com eleições livres, que contem com a participação de todos. Essa premissa, aparentemente simples, não poucas vezes, enfrenta alguns obstáculos para sua concretização, como a implantação do voto do preso provisório.

I. Participação do preso provisório no processo eleitoral

O artigo 15, inciso III, da Constituição Federal prevê a suspensão dos direitos políticos dos sentenciados que contem com sentença penal condenatória definitiva, enquanto perdurarem seus efeitos.

Extraí-se do texto constitucional que não poderão votar e, tampouco, serem votados no curso de eleições regulares, os sentenciados que detenham condenação definitiva e que ainda não tenham cumprido integralmente a pena imposta, independentemente de sua natureza.⁵

Não se deve olvidar, ainda, que a Lei Complementar nº 64/90, conhecida como Lei das Inelegibilidades, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010⁶, em seu artigo 1º, inciso I, alínea “e”, estabelece que permanecem inelegíveis os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, por crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício da função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins; racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual, e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando. Em suma, os agentes que tenham cumprido

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 56-57.

⁵ Pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

⁶ A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, de iniciativa popular, ficou conhecida como “Lei Ficha Limpa”. Ela alterou a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

pena pelos delitos apontados, após o término da reprimenda, durante o período de 8 (oito) anos, poderão votar, mas não poderão ser votados.

A análise de tais preceitos permite concluir que o preso provisório⁷ pode participar regularmente do processo eleitoral, na medida em que não conta com seus direitos políticos atingidos no curso da persecução penal.

A análise do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal permite afirmar que norma de eficácia plena e imediata autoriza o voto do preso provisório. Logo, mostra-se descabida a discussão envolvendo a razoabilidade ou não da participação do preso provisório no processo eleitoral, posto que tal autorização encontra-se implicitamente em nosso texto constitucional há quase vinte e dois anos.

A dificuldade consiste em viabilizar, com responsabilidade e competência, o voto de tal esquecida parcela da população. A simples previsão legal não assegura o cumprimento de tal importante direito. Prova disso são alguns direitos sociais, previstos na Constituição, que ao serem reclamados judicialmente, não poucas vezes, encontram como óbice à sua implantação a chamada reserva do possível, mesmo após a existência de sentença judicial com trânsito em julgado.

Nas eleições de 2008, 2010, 2012 e 2014 houve significativo esforço por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral para viabilização do voto do preso provisório, questão que não foi ainda superada e se afigura como um dos principais desafios do próximo pleito, pese embora o teor da Resolução TSE nº 23.219, que dispõe sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes. A referida Resolução nasceu da Instrução nº 296-67.2010.6.00.0000 - Classe 19 – Brasília – Distrito Federal, que teve como relator o eminente Ministro Arnaldo Versiani.

II. Diretrizes da Resolução TSE nº 23.219

Prevê a Resolução em comento a criação, por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais, de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, buscando assegurar o voto das pessoas que ali se encontrem custodiadas.

Para assegurar o voto dos presos provisórios e dos adolescentes em conflito com a lei, maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um, exige o artigo 2º da Resolução que tais pessoas tenham sido alistadas pela Justiça Eleitoral, até o último dia 5 de maio, cabendo à Justiça Eleitoral a organização das mesas receptoras de votos e justificativas, que deverão contar com o auxílio de voluntários (arts. 3º e 4º), que poderão transferir-se, assim como os agentes penitenciários e aos demais servidores lotados no estabelecimento prisional ou na unidade de internação, para a seção eleitoral instalada no interior do presídio ou unidade de internação.

⁷ Preso provisório é todo aquele que ainda não conte com sentença penal condenatória com trânsito em julgado. São modalidades de prisão cautelar (provisória): a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Cada sessão eleitoral deverá contar, no mínimo, com vinte eleitores aptos a votar, sendo que aqueles que transferirem o título para a seção eleitoral do estabelecimento penal ou da unidade de internação e que, na data das eleições, não mais estejam presos provisoriamente ou internados, poderão votar nos respectivos estabelecimentos ou unidades ou, se assim não quiserem, poderão apresentar justificativa (arts. 12 e 15). Fica, contudo, impedido de votar, o detento que no dia da eleição conte com sentença penal condenatória definitiva (art. 16).

Por fim, dispõe o artigo 20 da Resolução TSE nº 23.219, que:

Competirá ao juiz eleitoral definir com o diretor do estabelecimento ou da unidade de internação a forma de veiculação da propaganda eleitoral no rádio e na televisão e o respectivo acesso aos eleitores, atendendo as recomendações do juiz corregedor, ou do juiz responsável pela execução penal ou pela medida socioeducativa.

III. Críticas à Resolução TSE nº 23.219

Não obstante represente significativo avanço e possa ser apontada como medida de inclusão na área eleitoral, o modo como foi disciplinado o voto do preso provisório merece algumas reflexões.

Atualmente, o Estado de São Paulo conta com aproximadamente 25.000 (vinte e cinco mil) presos provisórios que, juntamente, com parte dos detentos que contam com situação definitiva, estão divididos em 400 (quatrocentos) estabelecimentos prisionais.

O número de presos provisórios, em algumas cidades de pequeno porte, que contam com Centros de Detenção Provisória, é suficiente para eleger, em eleições municipais, alguns vereadores e influir decisivamente na escolha do Chefe do Executivo local. Em eleições para Presidente da República, Vice-Presidente, Senadores, Deputados federais e estaduais tal contingente não pode ser, igualmente, ignorado.

Alguns Estados da Federação, como São Paulo, enfrentam o sério desafio de combater o crime organizado, que, não poucas vezes, encontra forte estrutura de comando e apoio nos próprios estabelecimentos prisionais; isto sem esquecer que não são poucos os presos provisórios submetidos ao regime disciplinar diferenciado.

Acreditar que a inserção de urnas em Centros de Detenção Provisória ou em Unidades de Internação é medida satisfatória à participação de fragmento social fragilizado no processo político, *data venia*, traduz entendimento equivocado acerca de complexa questão.

É de se observar inicialmente, que só participarão do processo eleitoral os detentos e adolescentes em conflito com a lei que tenham se cadastrado voluntariamente. Num primeiro momento, de novidade e surpresa, o número de alistados certamente não será significativo, mesmo porque recairá sobre grupo vulnerável representativo de segmento carente da população. É a conclusão que possivelmente será extraída das próximas eleições.

A partir do momento que a medida for implantada, deverão aumentar não só o número dos referidos eleitores, como redobrados os cuidados para que o processo eleitoral se desenvolva a contento.

A principal preocupação daquele que se encontra com a liberdade cerceada consiste em abandonar o mais rápido possível o cárcere. Logo, seu compromisso imediato é com a liberdade. É justamente a satisfação de tal pretensão imediata que o associa e o compromete para com todos aqueles que de alguma forma possam auxiliá-lo no alcance de tal objetivo. Mostra-se assim o detento como presa fácil na captação irregular de sufrágio e até mesmo na coação no curso do processo eleitoral.

A liberdade, ou na pior das hipóteses, melhores condições e até mesmo privilégios na execução da pena privativa de liberdade podem fazer com que detentos, de eleitores, passem a aliciadores e importantes cabos eleitorais junto a outros presos ou até mesmo frente a seus familiares. Nesse complexo contexto, interagem também os funcionários dos presídios que, em algumas situações, podem atuar como administradores de verdadeiros “viveiros eleitorais”.

Afigura-se como simplista a concepção de que a compra de votos se limita ao processo eleitoral, encerrando-se com este. A corrupção eleitoral possui raízes consolidadas, apresentando-se como gênero, do qual o clientelismo político mostra-se como espécie.

O clientelismo político estimula a troca de votos por favores dos mais viados, que embora se situem no campo da legalidade, por vezes, atingem a ética e a própria moral. Em tal prática há uma relação de satisfação imediata dos problemas dos eleitores pelo candidato, que atua frente a uma morosa e complexa máquina estatal, cuja burocracia justifica sua presença [...] A corrupção eleitoral ativa, por seu turno, trabalha com outra dinâmica. É travada uma espécie de relação comercial; o voto é trocado por dinheiro, por recursos materiais diretos ou, até mesmo, por favores ilegais. O compromisso do corruptor é com sua eleição e com a perpetuação da miséria, que lhe garantirá novos trunfos eleitorais⁸.

Na verdade, há uma espécie de teia ligando a corrupção eleitoral ao clientelismo político e à criminalidade organizada. São vasos comunicantes que se sustentam mutuamente e a atuação eficiente de todos é responsável pelo desvirtuamento do próprio Estado.

Evitar que o voto do preso provisório traduza mais uma forma de clientelismo político é um dos desafios que deverão ser vencidos nas próximas eleições.

Não é o único. A propaganda eleitoral também deverá ser equacionada de forma a não compactuar com a censura e, tampouco, fortalecer postulantes ligados a organizações criminosas.

Estabelece a Resolução em discussão, em seu artigo 20, que a propaganda eleitoral no interior dos estabelecimentos prisionais ficará sob a fiscalização do juiz eleitoral responsável pela correição do estabelecimento prisional e do diretor do presídio, os quais poderão admitir ou não determinadas formas de difusão de ideias e propostas. O apontado dispositivo possui constitucionalidade, no mínimo, questionável.

Com efeito, estabelece o artigo 9º, inciso IX, da Constituição Federal que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Em outras palavras, no Brasil não se admite a censura, mormente durante o curso do processo eleitoral.

⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

Ao permitir que o juiz corregedor do presídio e o respectivo diretor do estabelecimento prisional controlem a propaganda eleitoral, indiretamente, tais pessoas que não estão envolvidas na atividade jurisdicional eleitoral regulamentarão o que será ou não tolerado como propaganda no estabelecimento prisional, contrariando, por vezes, determinações contidas na própria lei ou nas Resoluções dos Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral; sem desprezar o fato de que poderá haver divergentes interpretações acerca do conceito de propaganda por magistrados de Comarcas vizinhas que não exerçam, necessariamente, jurisdição eleitoral. Mais um ingrediente é, assim, lançado na complexa questão, qual seja, juízes que não exercem funções eleitorais decidindo matéria eleitoral.

O artigo 20 da Resolução TSE nº 23.219 permite que ao longo do processo eleitoral o preso provisório tenha acesso por intermédio do rádio e da televisão à propaganda eleitoral regular aos demais eleitores, e dentro da prisão a outras formas de propaganda, permitidas pelo juiz corregedor e pelo diretor do presídio.

A ausência de controle da propaganda no interior do presídio; a criação de mecanismos inibidores de coação no curso do processo eleitoral e a forma de combate à captação irregular de sufrágio são as grandes questões que se colocam. Por maiores que sejam os esforços do juiz eleitoral e do promotor de justiça eleitoral, não há elementos eficazes ao combate a práticas que, na sociedade civil nem sempre identificadas, em um estabelecimento prisional tendem a manifestar-se no espaço ocupado pelo medo.

Não se alegue que com o voto do preso provisório tal segmento marginalizado e esquecido passará a contar com atenção e respeito. Fosse verdadeira tal premissa, o voto que deveria ser garantido é o do detento com situação definitiva, não do preso provisório.

Para que o voto do preso provisório floresça de forma livre, necessário se faz o desenvolvimento de políticas de Estado, não de Governo, em sede de Execução Penal. Só há lugar para a manifestação livre daquele que está com sua liberdade cerceada, em ambiente comprometido com a inserção social. Detentos que recebam acompanhamento profissional, educacional, psicológico, médico e familiar durante a execução da pena, por se encontrarem em período de reciclagem social, terão plenas condições de atender às expectativas que a sociedade espera de seu sufrágio. Porém, aqueles que permanecem em estabelecimento prisional aguardando o desfecho de sua situação, entregues ao descaso e abandono por parte do Estado, o que se pode esperar de tais detentos, submetidos às mais variadas formas de pressão, é que contribuam em favor dos responsáveis diretos pelo modelo de Estado que hoje encontramos.

Compete à sociedade fazer com que o voto do preso provisório atenda às expectativas constitucionais. O Tribunal Superior Eleitoral forneceu sua contribuição. Cabe, agora, aos profissionais do direito – professores de direito, promotores de justiça, juízes de direito, advogados e delegados de polícia –, colaborar para o alcance da pretensão deduzida pelo constituinte, não permitindo, em hipótese alguma, que o primeiro ato da *Ópera dos Três Vinténs* se reproduza, aonde mendigos são transformados em profissionais da mendicância⁹.

⁹ “Para combater o crescente endurecimento dos corações dos homens, o comerciante J. Peachum abriu uma loja, onde o mais pobre dentre os pobres adquiriria uma aparência capaz de comover os corações cada vez mais empedernidos” (BRECHT, Bertolt. *A ópera dos três vinténs*).

Com texto de Bertolt Brecht e música de Kurt Weill, *A Ópera dos Três Vinténs* estreou em Berlim, em 1928. Esta releitura brechtiana de *Ópera dos Mendigos*, de John Gay, foi sucesso e até hoje é um dos textos dramáticos mais conhecidos de Brecht.

O voto do preso provisório só alcançará força no momento em que for colhido, sopesado e interpretado do mesmo modo que o voto das pessoas verdadeiramente livres. Cabe à sociedade civil organizada pavimentar esse difícil trajeto. Os primeiros passos já foram dados.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRECHT, Bertolt. *Poemas 1913-1956*. Seleção e tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: 34, 2000.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 7. ed. Bauru: Edipro, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

A *Ópera dos Três Vinténs* propicia leituras distintas no campo das Artes, da Literatura, do Teatro, da Sociologia e, mormente, do Direito. O autor, Bertolt Brecht, através de rara competência, constrói um complexo enredo a partir da constatação de que a omissão estatal, em campos fundamentais, como o trabalho, a educação, a saúde etc., aliada à exclusão social são os principais ingredientes lançados no caldeirão da criminalidade. Por intermédio de uma amarga e dura crítica demonstra, com precisão matemática, que ninguém nasce criminoso, corrompido, bom ou mal, mas que a inexistência de um verdadeiro modelo de Estado é a responsável pela criação de uma "Sociedade Paralela", com leis e valores próprios, a quem o Estado regularmente constituído, quase que invariavelmente destina suas normas penais. A atualidade da Ópera dos Três Vinténs justifica-se na exclusão social e na negação contínua de valores agregados à dignidade da pessoa humana.

Adesão moral ao crime e ao criminoso

Carlos Alberto Corrêa de Almeida Oliveira
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução – 1. O conflito social de classes – 2. O crime como fenômeno social – 3. A adesão moral ao crime e ao criminoso – 4. Existe solução para o fenômeno da adesão moral? – Conclusões – Bibliografia.

Resumo: As diferenças econômicas e sociais, acirradas por discursos que incentivam os conflitos de classes, somadas a um processo de inércia do Estado e à sua permissibilidade na formação de favelas como grupos sociais, acabam por provocar o fenômeno de pessoas aderindo moralmente ao crime e aos criminosos. Tais pessoas não são criminosas na sua essência, mas se sentem moralmente obrigadas a ajudar os membros do grupo por falta de identificação com os demais grupos da sociedade, prestando-se a fornecer falso testemunho, auxílio material na guarda de bens produtos de crimes e até o enfrentamento direto das forças de segurança e destruição do patrimônio público e privado.

Introdução

Pensar a ciência do Direito destituída da consideração do homem ou da sociedade para a qual ela existe, embora possível em tese e dentro de um purismo jusfilosófico, não se mostra o mais adequado em um mundo globalizado, mecanizado e informatizado, onde se busca a dignidade do homem como valor universal e não apenas a efetividade e a estrutura das normas.

O aspecto sociológico da consideração da ação prática da Ciência do Direito sobre os homens, além da humanização da ciência, permite o estabelecimento e o estudo de comportamentos que podem ser significativos na interpretação e na aplicação das normas jurídicas.

O presente estudo possuiu como objeto de consideração o comportamento social e jurídico de pessoas físicas e de grupos e subgrupos sociais de pessoas físicas que acabam aderindo moralmente ao crime ou ao criminoso, sem serem parte de uma organização criminosa, sem serem criminosos ou seus auxiliares, ou seja, não são coautores ou partícipes em crimes antecedentes aos seus comportamentos.

Inclusive, sequer se beneficiam economicamente com o produto do crime.

Restando o questionamento sobre a razão de tais comportamentos de favorecimento aos crimes e aos criminosos, em relação ao que se pretende trazer elementos para sua compreensão do ponto de vista sociológico e jurídico.

Também permite o estabelecimento de uma crítica à valorização de provas orais, quando se identifica um pareamento de valores e de interesses entre os autores de infrações penais e algumas das testemunhas ouvidas durante as apurações administrativas ou nos processos.

Oportuno o alerta no sentido de que não se busca com o presente trabalho o estabelecimento de uma regra ou a desvalorização da credibilidade de alguém por estar inserido em determinado grupo ou subgrupo social, até porque o comportamento do homem é variável em qualquer grupo social.

O que se pretende é apresentar o problema, tornar conhecida sua existência, buscar sua compreensão enquanto fenômeno sociológico e jurídico e, com isto, permitir um alerta para a consideração de um novo aspecto sobre a possível falta de credibilidade de um depoimento ou a motivação de ações antissociais.

Inclusive, permitindo ações públicas para controlar ou reverter o fenômeno social da Adesão Moral ao Crime e ao Criminoso.

O método utilizado na apresentação do tema será o dedutivo-analítico, através de pesquisas bibliográficas e legais, bem como deduções lógicas, passando da constatação fática até a consideração das consequências sociais e jurídicas do comportamento estudado.

Ao final, as conclusões do presente trabalho.

1. O conflito social de classes

Ao pensarmos em uma sociedade, a qual representa o aspecto mais desenvolvido da ideia de uma organização social, podemos correr o risco de não considerarmos seu fracionamento em classes sociais e até em subclasses sociais e antissociais.

Ao contrário de termos um padrão geral e estável de igualdade em uma sociedade, o que se mostra real são aspectos de desigualdade de níveis e de naturezas diversas, conforme a época, o lugar e a organização social considerada.

Algumas sociedades, inseridas dentro de países, podem considerar aspectos de diferenciação religiosa, como o caso da Índia, local em que cerca de 75% da população adota a religião hindu, onde ainda existe uma diferenciação social entre a chamada classe dos brâmanes (tradicionalmente composta por sacerdotes) e a classe dos sudras (tradicionalmente composta por serviços), mesmo que negado publicamente pelo governo.¹

Podemos ainda citar a Arábia Saudita, um dos principais parceiros do Ocidente no Oriente Médio árabe, cujo um misto de aspecto religioso e social, ainda hoje, proíbe as mulheres de terem direitos iguais aos dos homens, como, por exemplo, o ato de conduzir um veículo automotor.²

Outro fator grave de desigualdade social é o causado por questões econômicas, ainda presentes na quase que totalidade dos países modernos.

O aspecto econômico, mais precisamente a diferenciação econômica de classe, ainda mais forte do que outros aspectos no presente, foi o estopim para uma série de revoltas ao longo do final do século XIX e no século XX, destacando-se a Revolução Russa de 1917, cuja adoção do comunismo como reação ao capitalismo não alterou totalmente

¹ FREITAS, Eduardo de. *O sistema de castas na Índia*. Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/geografia/o-sistema-castas-na-india.htm>>. Acesso em: 18 out. 2015.

² Notícia publicada em 26 de dezembro de 2014, junto a BBC Brasil, trouxe a informação sobre a prisão de uma ativista de direitos femininos que tentou entrar na Arábia Saudita, dirigindo veículo automotor, a partir dos Emirados Árabes, seguindo a Arábia Saudita como um dos únicos países que não permite a condução de veículo automotor por mulheres. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141226_arabia_saudita_mulheres_hb>. Acesso em: 18 out. 2015.

o problema econômico da desigualdade social naquele país e terminou, mais recentemente, com o próprio malogro do sistema comunista e o esfacelamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Porém, não obstante os exemplos contemporâneos e a busca de novos modelos econômicos, sociais e políticos por parte de países tradicionalmente tidos como comunistas, não alterou o vetusto discurso da necessária luta de classes pela igualdade, a existência do chamado *capitalismo selvagem*, bem como de outras ideias que são mais de segregação do que de união.

Embora tais posturas representem doutrinas vencidas na evolução histórica dos países, ainda possuem o poder de impulsionar um sentimento de revolta entre aqueles que possuem menos e os demais que possuem um pouco mais.

Possuir mais, ao contrário de significar mais capacidade de adaptação, esforço e realização pessoal acaba sendo tratado como algo imoral e fruto da opressão sobre os menos favorecidos.

Infelizmente, ninguém expõe a realidade de que a igualdade plena deve ser alcançada com oportunidades iguais e com a conscientização pela educação como fonte da busca da isonomia.

Não adianta apenas equiparar materialmente pessoas que não estão com o mínimo de igualdade de valores e de conhecimentos para utilizarem o que receberam e, com isto, melhorarem sua qualidade de vida³.

A verdade está no fato de que todos precisam ter acesso a um estudo com qualidade e com aproveitamento real para terem chances iniciais semelhantes, o que não se confunde com políticas populistas de ações afirmativas relacionadas com o sexo, a religião ou a raça e que não trabalham a equiparação dos homens pelo conhecimento.

Respeitosamente, se mostra tão grave que um jovem da raça negra, como um jovem de qualquer outra raça, quando ele não pode ter acesso a um estudo com qualidade e, com isso, mesmo que amparado por uma política de quotas, consiga acesso a uma boa universidade, mas não tenha base para desenvolver os seus estudos e chegar ao final do curso e na condição de ser um profissional realizado.

A realidade impõe a conscientização de que o poder da mudança social está na educação em um sentido amplo e, mais especificamente, no uso do poder do voto.

A pessoa realmente educada e com conhecimentos enxerga-se no mundo e compreende a sua importância, as vantagens e desvantagens para determinados comportamentos em sociedade, bem como se preserva mais com relação a atos quem podem repercutir negativamente na sua vida em sociedade.

Além de existir a deficiência de políticas públicas de inclusão e de melhoria na igualdade socioeconômica, ainda existe o problema pessoal de muitos que se

³ A colocação é importante, uma vez que se pensa que basta dar acesso a bens de consumo semelhantes para tornar as pessoas iguais, quando a igualdade plena é um processo mais complexo de construção de dentro para fora pela educação. Não nos esqueçamos das nossas experiências pessoais, em várias cidades por onde passamos, quando tentativas de auxílio aos mais necessitados, com o fornecimento de cestas básicas, acabavam em insucesso. Bastava percorrermos bares, em locais mais humildes, para vermos muitos dos alimentos e as próprias cestas básicas fechadas sendo comercializadas porque haviam sido trocadas por bebidas e outras coisas. Entendemos que não basta dar algo a alguém se esta pessoa não está educada para compreender a importância daquilo que está recebendo para a dignidade de sua vida.

acomodam com programas de auxílio e também pouco fazem para mudar sua vida de dentro para fora.

Inclusive, de uma forma simplista, existe um ciclo vicioso entre as omissões dos governos e a inércia dos governados.

Ao contrário, apresenta-se mais simples aceitar um Estado assistencialista e eleger culpados externos para os problemas existentes, quando as situações negativas, muitas vezes, são de ordem interna e dependem de ações modificativas pessoais.

Porém, quem não foi educado para poder ter essa percepção e autocrítica, continuará reputando sua condição à falta de sorte ou ainda à culpa dos outros, que possuem mais porque retiraram dele aquilo que deveria ter e nunca teve, do ponto de vista material.

Soma-se ao que já foi mencionado, no acirramento do conflito de classes, incentivado por partidos políticos e por pessoas com a intenção de desestabilizar a vida em sociedade, o desenvolvimento dos meios de comunicação, os quais passaram a fazer da mídia uma forma de bombardeamento de necessidades consumistas, levando ao sentimento de frustração crescente de uma pessoa por não ter algo lançado recentemente, mesmo que desnecessário na sua vida, ou porque possua bem de consumo análogo e de bom funcionamento.

Ainda devem ser acrescentados os sentimentos de imobilidade social, ausência de perspectiva de futuro promissor, falta de exemplos positivos, desagregação familiar, existência de um Estado ausente, independentemente dos governantes que se sucedem e o envolvimento destes em escândalos de corrupção, sem falar na crise econômica provocada por políticas equivocadas e por ações populistas pouco planejadas.

O conjunto do que foi acima apresentado, além de outras questões locais e até pontuais, leva a uma tensão social crescente, em que uma parte da sociedade já não se identifica com a outra, embora convivam na mesma suposta sociedade.

Esse conflito social está repercutindo em violência, intolerância, desunião e rebaiamento da qualidade de vida em sociedade, em especial, nos grandes centros urbanos.

A solidariedade social, valor que deveria ser efetivo e incentivado, está cada vez mais abandonada e relegada ao interior dos grupos sociais.

A repercussão do conflito social é sensível, bem como presente no Direito, uma vez que as normas jurídicas são elaboradas e aplicadas por uma classe social dominante intelectual e economicamente, mas que não é a majoritária.

Em razão do que foi colocado, pode existir o não reconhecimento da lei e do próprio Estado pela maioria dos membros da sociedade, com sérias repercussões para a paz e a harmonia da vida coletiva.

O Direito, dentro da evolução da diferença social, pode deixar de ser um ato de vida em sociedade, de interesse coletivo e de bem comum, para se tornar mera imposição de força de um grupo social sobre o outro.

A crise é séria e crescente.

Porém, ainda se fazem olhares cerrados e ouvidos moucos para a sua existência, bem como nada se tenta para a modificação dos problemas já existentes e para a prevenção de outros, que ainda possam surgir com o agravamento da distância e dos conflitos sociais.

A sensação passada é a de que o Estado se posta como se não pudesse ser atingido por aquilo que quer ignorar, quando deveria enxergar e analisar tudo que possa representar um risco para a paz social.⁴

Pior que isso, passa um sentimento de que a manutenção do conflito social acirrado permite uma forma de controle de poder e de perpetuação de alguns no governo.

A crise envolve a própria consideração moral do que é ou não crime, com foco na pessoa da vítima, e não a conduta e a sua previsão legal, mais precisamente, somente existirá um crime do ponto de vista de um grupo social quando o ato antissocial for praticado contra alguém do grupo e não quando é praticado contra qualquer outra pessoa de outro grupo social.

Frases como as que criticam a ação de um criminoso, não porque violou a lei penal, mas porque atacou o patrimônio de uma pessoa economicamente humilde, ao contrário de uma supostamente rica, são perigosamente comuns e demonstram o processo de desagregação dos grupos sociais.

A impressão é a de que, do ponto de vista de grupos sociais, existem conceitos diversos do que seja um crime, o que será tratado no próximo capítulo.

2. O crime como fenômeno social

Conforme já foi mencionado, a ideia de infração penal não é somente um processo legislativo resultante em uma norma de natureza penal, mas de um comportamento repellido pela sociedade, o que impõe a necessidade de uma correlação ente norma e valores sociais para que haja receptividade social efetiva da norma.

O crime precisa ser pensado como um fenômeno da vida dentro de uma sociedade e não apenas como algo definido e reconhecido porque estabelecido pela lei, sob pena de sua prevenção e repressão serem comprometidas do ponto de vista da eficiência social e da colaboração da sociedade no respeito à norma.

A ideia de crime precisa ser trabalhada dentro do ponto de vista moral e de forma coletiva, em sociedade, para que o seu conceito seja sentido e pensado e não apenas imposto.

Essa colocação é importante, uma vez que embora exista a lei definindo o crime e o poder coercitivo da norma para o seu cumprimento, o não reconhecimento de sua importância social e de seu valor moral comum a todos os grupos, que integram a sociedade, acarreta a existência de dificuldades de cumprimento da lei penal e de colaboração social na sua efetividade.

Inclusive, atos praticados em determinadas épocas, mesmo que contrários à lei até então vigente, podem ser tidos como legítimos e perfeitamente aceitáveis, o que leva à questão de que algo pode ser tido como criminoso do ponto de vista legal, mas aceito socialmente dentro de um grupo social como no caso de uma favela.⁵

⁴ Apresenta-se oportuno discutir os sinais de revolta e de sublevação social, bem como a percepção deles. Com certeza, se o Rei Luis XVI da França e o Imperador Pedro II do Brasil estivessem mais atentos para os sinais, bem como fizessem algo para a reversão do processo de revolta, talvez pudessem ter mais tempo como governantes ou ainda deixassem o poder de outra forma.

⁵ Uma das questões mais sensíveis do século passado é a discussão do quanto de imoral e de ilegal foi a perseguição das minorias por parte do regime nazista da Alemanha, nas décadas precedentes e durante a Segunda Guerra Mundial. O nazismo nunca revogou a chamada Constituição de Weimar e o Código Penal Alemão. Porém, embora ilegal, era moral a perseguição e

Importante consignar que a permissibilidade do Estado na existência de favelas, com o nome atual de comunidades⁶, como verdadeiros guetos, ou seja, sem a presença efetiva de um Estado, representa a possibilidade do distanciamento de tais populações dos valores sociais do restante da sociedade fora das chamadas comunidades, além do aparecimento de sentimentos de revolta que podem levar a conflitos.⁷ Anota-se que o acirramento dos problemas econômicos está provocando o aumento e o crescimento de tais comunidades⁸, as quais já possuem um volume expressivo de moradores com identidades por situações de vida semelhante e diversa da sociedade fora das chamadas comunidades.

A criação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), além de comportamentos como o hasteamento do pavilhão nacional no chamado Complexo do Alemão, na Cidade do Rio de Janeiro, após a sua invasão pelo Estado, segundo nossa visão, estão mais próximos da ação de dominação de uma força externa do que propriamente de uma ação de integração social de uma comunidade ao Estado.

Seria interessante questionarmos se os moradores das comunidades atingidas pelos programas de Unidades de Polícia Pacificadora do Rio de Janeiro e sem a ação social de urbanização, de hospitais, creches, escolas, se sentem parte do Estado do Rio de Janeiro ou invadidos pelo Estado do Rio de Janeiro?

Quem é mais próximo do membro da comunidade, o traficante que presta auxílio social ou o Estado, que apenas é eficiente na contenção dos problemas sociais dentro das comunidades pela ação da polícia?

A resposta é simples, bastando analisar qual é a reação das populações das comunidades diante das operações policiais e em contrapartida com relação à convivência pacífica com o tráfico de drogas, cativeiros de sequestrados, armazenamento de produtos roubados etc.

a segregação de minorias e nenhuma crítica séria era apresentada contra tais comportamentos. A questão não era só o poder do nazismo, até porque ele era acalentado pelo fanatismo da própria sociedade alemã, mas a adesão da organização social ao próprio interesse nazista. Em outras palavras, existia uma norma e ela não era respeitada porque a sociedade alemã, embriagada pelos sonhos e realizações nazistas, colocava a norma em um segundo plano. O problema não é só do passado, uma vez que, atualmente, a questão da formação de guetos conhecidos como comunidades, sem que haja uma presença do Estado e sem a disseminação intelectual e material dos valores constitucionais e legais, através da educação e não apenas da repressão, permite a estruturação de valores diversos e até de poderes paralelos.

⁶ O conceito comunidade determina autonomia, mais precisamente, unidades de organização autossuficientes, o que não é o caso das favelas que representam um agrupamento de pessoas carentes unidas pela necessidade e pela ausência de outras oportunidades.

⁷ Um aspecto histórico importante está no fato de que a ausência de urbanização, mantendo-se vielas estreitas e sem visualização de suas extremidades, fazendo-se um paralelo entre as chamadas comunidades e a Cidade de Paris da época da Revolução Francesa de 1789, foi um dos aspectos que dificultaram a reação do poder real contra as revoltas e acabaram por permitir a queda da Bastilha e o armamento do povo, a continuidade e o sucesso da revolução. A urbanização de comunidades, com o estabelecimento de ruas e de avenidas, permite a presença mais efetiva do Estado, um policiamento adequado e diminui o poder dos criminosos que se escondem em tais espaços sociais.

⁸ As chamadas comunidades, nome com eufemismo para as conhecidas favelas, representam agrupamento de pessoas, com a ocupação desordenada do espaço físico, normalmente, em áreas de invasão, com construções que podem variar de barcos de madeira a casas de alvenaria, com vielas e ruas irregulares de difícil acesso para quem é de fora e não conhece os espaços existentes. A origem histórica das chamadas favelas, segundo nosso entendimento, retroage à data da libertação dos escravos, quando muitos destes, abandonados e sem terem para onde ir, acabaram morando em espaços marginais e utilizando construções improvisadas para a moradia, sendo chamados, inicialmente, de bairros africanos. Posteriormente, após a Guerra de Canudos, com a ausência do pagamento do soldo aos soldados, muitos se acomodaram junto ao Morro da Providência, no aguardo do pagamento, formando construções improvisadas e com restos de construções, à semelhança de um local de Canudos conhecido como Morro das Favelas, uma espécie de planta da região, acabando o nome por caracterizar esta espécie de construção e aglomerado humano.

O medo do passado em relação à violência dos criminosos, atualmente, foi substituído pela adesão moral, através de uma política de corações e mentes⁹ empírica por parte dos criminosos em relação às demais pessoas que moram na comunidade.

O conflito existente, acaba por impor à polícia, como meio de sobrevivência nas comunidades, a adoção de ações como forças de ocupação de combate, e não como de ações policiais sociais. Observa-se que não são os policiais os culpados, mas a ausência do Estado e da educação naquelas localidades que coloca os moradores como inimigos da sociedade que está invadindo.

O problema maior será quando a própria polícia não acreditar no Estado e não mais funcionar como poder de contenção das comunidades, até porque, muitos policiais, por força da valorização deficiente dos seus serviços, acabam sendo obrigados a morar em comunidades ou nas suas adjacências.

A crise de confiança no Estado é geral, atingindo muitos dos seus poderes e dos seus agentes.

O processo desenvolvido, ao longo de anos, acaba por repercutir naquilo que convencionalmente chamamos Adesão Moral ao Crime e ao Criminoso, desenvolvido na sequência.

3. A adesão moral ao crime e ao criminoso

Conforme já abordamos, existe um distanciamento crescente entre os diversos grupos que formam a sociedade, provocado pela falta de políticas públicas adequadas e com vistas a dar oportunidades iguais para pessoas em situações diferentes.

O Estado, através de seus governantes, de um modo geral, pouco faz de efetivo para a população em contrapartida ao que é exigido direta e indiretamente através de tributos.

Quando faz algo, o Estado gasta mal os recursos e possui vistas eleitoreiras e sem o planejamento de efeitos perenes.

As funções básicas de educar, de proteger e de cuidar (seguridade social), há muito estão sem a atenção necessária.

O Estado, no presente, está preocupado em dar um diploma a alguém, como elemento estatístico, sem, contudo, se importar com o real aprendizado de uma pessoa, com seu futuro no mercado de trabalho e com seu crescimento como profissional.

A igualdade real não está em dar títulos semelhantes, mas conhecimentos e formação de níveis próximos, para que haja chance de competitividade no mercado de trabalho.

Os Poderes Públicos oferecem, em regra, uma segurança e uma saúde de aparências.

⁹ A política de corações e mentes foi adotada pelo governo norte-americano durante a Guerra do Vietnã, quando se percebeu o distanciamento do povo com relação ao governo do Vietnã do Sul. Tinha como objetivo trazer a população para o lado dos americanos e do governo do Vietnã do Sul, para que o governo e os soldados combatentes não fossem vistos como invasores e inimigos, compreendendo todo um aparato de atendimento médico, de educação, presentes e outras medidas para conquistar os corações do povo e com isto facilitar a adesão mental aos objetivos da luta contra os comunistas, em especial, o Vietnã do Norte. Porém, a ação tardia do projeto, somada aos abusos dos combatentes, os quais não diferenciavam combatentes de civis, bem como uma corrupção endêmica, causou o fracasso do projeto. Interessante que os criminosos, dentro das comunidades, acabam sendo mais eficientes na concretização do projeto, com menos recursos e com mais exemplos de solidariedade, do que o próprio governo na sua ação de segurança pública.

Por outro lado, nota-se a interferência excessiva do Estado em outras áreas que não precisariam, necessariamente, estar sendo atendidas, mas que são essenciais para a colocação de pessoas ou para o exercício de influência de poder por interesses políticos.

Os resultados não podem ser outros senão os da revolta e da formação de *guetos*, onde as pessoas possuem uma identidade entre si, em razão de sofrerem os mesmos problemas sociais, a mesma interferência qualitativa do Estado e a mesma revolta, como já foi mencionado.

Isso torna o vizinho mais próximo do que o Estado e os seus valores, o que faz com que o sentimento de corpo seja maior do que a própria crítica moral do comportamento desenvolvido pela pessoa da comunidade fora do *gueto*.

Em outras palavras e dentro de um sentido figurado, independentemente do que foi feito fora da comunidade, *o inimigo do meu inimigo é meu amigo e eu tenho de protegê-lo*.

Logo, não é incomum que apareçam testemunhas em processos criminais que faltam com a verdade porque se sentem obrigadas a ajudar o vizinho.

Não se tratam de criminosos coautores ou partícipes dos vizinhos criminosos, mas pessoas que se sentem na mesma situação de abandono social dos acusados e com o dever de solidariedade para com eles, prestando-se a toda forma de apoio moral ou material.

Inclusive, acaba existindo o equívoco de considerar apenas o aspecto social como fator criminogênico, quando, na verdade, o crime é complexo e pode ter como fonte geradora aspectos diversos de uma pessoa para outra.

Alguns praticam crimes porque possuem necessidades materiais, enquanto outros podem estar interessados em auto-afirmação, emoções etc.

Porém, o aspecto social, com a necessidade material inerente, permite uma justificação das condutas criminosas e até um abrandamento na reação do Estado e na aceitação por parte dos membros do mesmo grupo social.

Oportuno mencionar que o distanciamento entre esses *guetos* e a sociedade é cada vez maior, evoluindo do silêncio com relação às atividades ilícitas dos comuns ao grupo social, para um momento de atividade na proteção dos comuns criminosos, chegando ao enfrentamento físico da polícia.

Os membros das comunidades, comumente, dentro do sentimento de solidariedade acima exposto e como reação de revolta coletiva, passam a enfrentar a polícia, destruir bens públicos e privados, a interditar vias públicas e desenvolvem outros comportamentos para impedir a prisão de pessoas das comunidades ou para vingá-las, independentemente do que elas fizeram fora das comunidades.

Diante da constatação sociológica do fenômeno social exposto, necessário maior cuidado na aceitação de versões que não se justifiquem nos autos e não sejam harmônicas com os demais elementos de convicção.

É essa a razão pela qual, na atualidade, não são incomuns dezenas de assinaturas em uma declaração coletiva falsa, ou o máximo de testemunhas permitidas e arroladas faltando com a verdade em um processo.

Importante frisar que, embora exista uma constatação sobre o fenômeno da adesão acima exposta, não são todos os moradores das comunidades que atuam dessa forma, existindo pessoas tão ou mais dignas do que outras fora das comunidades.

Esse é o motivo pelo qual deixamos claro que não temos a intenção de criar uma regra ou desvalorizar o depoimento de uma pessoa apenas porque mora em uma comunidade.

Apenas buscamos alertar e mostrar o fenômeno.

O alerta é de suma importância, uma vez que generalizar é sempre uma postura equivocada quando se trata da análise do comportamento humano, uma vez que um homem não é igual a outro.

A questão de fundo é entender o fenômeno e perceber que não se está diante de pessoas que são criminosas por natureza, envolvidas com o crime ou ainda pagas para mentir.

Tratam-se, de pessoas que acreditam que possuem o dever coletivo de ajudar, a qualquer custo, o semelhante dentro do seu grupo, passando a adesão moral ao crime ou ao criminoso ser um valor mais importante do que o de dizer a verdade e o de colaborar com a Justiça e com o Estado.

O fenômeno social de adesão ao crime e ao criminoso pode ser revertido, desde que haja uma política pública de urbanização das comunidades com todos os serviços essenciais.

Faz-se consignar que a sociedade está se enganando com a discussão sobre a redução da maioria penal, quando não é a maior punição ou a criminalização de mais condutas a solução de problemas que passam por outras questões que envolvem soluções sociais, de efetiva integração e, mais importante, de educação efetiva.

A continuar o abandono por parte do Estado, nada obsta que o fenômeno verificado dentro de comunidades passe para bairros e depois para cidades, chegando ao risco de uma revolução da maioria contra a minoria pseudodominante.

É triste verificar que o Estado acaba sendo conivente com a existência de *guetos*, por ser mais barato do ponto de vista político e econômico.

É conveniente, do ponto de vista eleitoral, permitir o nascimento de comunidades onde não poderiam existir e, ao invés de ser presente, mesmo que isto signifique a desocupação de áreas de preservação natural e de propriedades privadas e públicas, acaba levando água, esgoto e luz às comunidades, sem levar educação, segurança, saúde e a dignidade necessária.

Um exemplo disso pode ser constatado na chamada *cracolândia*, com a colocação de viciados em hotéis, ao invés de hospitais para aqueles em situação mais grave, bem como tratamento efetivo para os demais.

Também, na distribuição de barracas pela municipalidade da cidade de São Paulo, permitindo o loteamento do espaço público, além de fazer do morador de rua uma realidade social, e não algo que precisa ser combatido socialmente por medidas de inclusão para a dignidade de tais pessoas.

A questão mais importante não é colocar o morador de rua em uma barraca, mas trazê-lo para dentro da vida em sociedade.

Onde era uma praça para a população, hoje é um acampamento de um subgrupo, com detritos a céu aberto.

Todo o processo social acima exposto acaba repercutindo na Justiça, existindo, cada vez mais, em processos judiciais, depoimentos mentirosos e provas mirabolantes que surgem do nada.

Algumas vezes, as provas chegam a desafiar a lógica e o bom senso, além de causar espanto quando balizadas por pessoas primárias, trabalhadoras e de bons costumes.

Quando se analisam depoimentos falsos prestados, comumente se nota que a pessoa mentiu não porque foi obrigada ou paga, mas porque acreditava que aquilo era o comportamento moralmente adequado no seu grupo social.

Existe solução para o problema?

Acreditamos que há caminhos e tentaremos apresentar sugestões na continuidade do estudo.

4. Existe solução para o fenômeno da adesão moral?

Acreditamos que qualquer problema social pode ser enfrentado, e mesmo que não haja uma solução definitiva, poderá ser minimizado do ponto de vista social.

Em face da nossa colocação, entendemos que a educação é o ponto de partida para qualquer mudança de valores em sociedade.

O ser humano é inteligente e, com o conhecimento adequado, possui a capacidade de criticar e de modificar.

Todavia, a educação real pode ser desinteressante para aqueles que utilizam sofismas e condutas populistas para se manter no poder.

Também, necessita de políticas públicas de décadas, e não de um mandato de alguns anos.

Infelizmente, o que se constata é o individualismo crescente, com a preocupação do “eu”, quando o bem-estar geral depende do “nós”.

Os professores, como elementos fundamentais e estratégicos na transformação de um país, precisam ser valorizados com salários adequados e incentivados a estudar e a desenvolver os seus conhecimentos.

Políticas quantitativas de aprovação automática de alunos sem mérito, embora forneçam números de diplomados para estatísticas, apenas acarretam uma legião de ignorantes e de marginalizados.

O estudo deve ser efetivo para os jovens, com real preocupação da aprendizagem e da utilidade do conhecimento, bem como voltado também para o exercício de uma profissão.

Políticas públicas de educação sobre temas como a prevenção da gravidez e o uso de drogas, mesmo que tormentosos e conflitantes, precisam ser implantadas.

O jovem precisa ser conscientizado de que o uso do preservativo é necessário como forma de prevenção da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis.

Também precisa ser informado adequadamente sobre os malefícios das drogas lícitas e ilícitas, bem como auxiliado a deixar o vício quando ele foi instalado.

Estar viciado em uma droga não é uma opção, mas um risco social, motivo pelo qual a pessoa viciada precisa ser tratada para que não ocorra sua marginalização total e sua integração à criminalidade.

Os exemplos positivos em família e por parte daqueles que representam o Estado são fundamentais como meios de prevenção de problemas familiares e sociais.

A honestidade de um funcionário público não pode ser uma opção, mas um valor inflexível.

Inclusive, ser funcionário público deve ser tratado como um ônus, em que a pessoa perca o direito ao anonimato das suas informações fiscais e bancárias para as respectivas corregedorias, as quais deverão existir em todas as esferas dos poderes.¹⁰

As chamadas comunidades precisam ser urbanizadas, compreendendo isto tudo que permita o mínimo de dignidade de vida social.

Com certeza, após o processo de modificação acima exposto, ao final de algum tempo, não mais teremos a adesão moral ao crime e ao criminoso, mas à sociedade e ao Estado.

Conclusão

Existe um processo crescente de distanciamento do Estado em relação ao cidadão, bem como uma individualização acentuada na vida em sociedade, com a marginalização de pessoas que vivem em grupos sociais denominados comunidades.

Por outro lado, a ausência do Estado está sendo preenchida pela ação social de criminosos dentro das comunidades, levando a uma identificação maior dos moradores de tais locais com os criminosos do que com o Estado.

Em razão disso, algumas pessoas, moradoras nas comunidades, se sentem moralmente obrigadas a auxiliar, de qualquer forma, os seus vizinhos, mesmo que criminosos.

Tais pessoas não são, na sua essência, criminosas, mas se tornam ao prestar auxílio aos criminosos, não por interesses econômicos, mas pela falta de identificação com os valores do restante da sociedade.

Diante de tal fenômeno, necessário maior cuidado na aceitação de provas que tenham a possibilidade de serem fruto da adesão moral ao crime ou ao criminoso, buscando-se o cruzamento de elementos para diminuir o risco de erro.

A mudança no quadro social passa, necessariamente, pela educação e pela presença efetiva do Estado em toda a sociedade, que não pode ser formada por grupos sociais comuns e por outros de favelados, e ainda de subgrupos de moradores de rua, o que representa uma antítese à finalidade de vida harmônica e solidária em sociedade.

¹⁰ Acreditamos que os funcionários públicos, em face do poder do Estado por eles exercido, precisam ter um regime de fiscalização diferenciado das demais pessoas. Defendemos que a qualquer dúvida sobre a honestidade de um funcionário público, suas corregedorias possam acessar dados fiscais e bancários independentemente de processos instaurados, bem como de familiares. Com isso, muito da corrupção existente seria diminuída, até porque os corruptos teriam dificuldades para gozar de uma vida além de suas capacidades econômicas sem exteriorizar e com isto serem pegos. Trata-se de uma verdadeira operação mãos limpas à semelhança do que ocorreu na Itália.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *O que é globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra S.A., 1999.

_____. *Sociedade de risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

CHARON, Joel M. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURKHEIM, Emile. *Lições de sociologia*. Tradução de Moncia Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés, 1999.

_____. *O que é direito?* Tradução de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Schwarcz, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LABURTHER-TOLRA, Philippe; WARNIER, Jean-Pierre. *Etnologia antropologia*. Tradução de Anna Hartmann Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2008.

LOPES, Emílio Mira Y. *Manual de psicologia jurídica*. Campinas: Peritas, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OCKRENT, Christine; TREINER, Sandrine (Org). *O livro negro da condição das mulheres*. Tradução de Nícia Bonatti. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Política e direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

WARNIER, Jean-Pierre; LABURTHER-TOLRA, Philippe. *Etnologia antropologia*. Tradução de Anna Hartmann Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2008.

Prisão preventiva e presunção de inocência

Eduardo Vera-Cruz Pinto¹

Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A prisão preventiva corresponde normalmente a uma violação da regra jurídica de presunção de inocência do suspeito investigado até trânsito em julgado da sentença.

A regra da presunção de inocência, ou de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença de todo aquele que é investigado, acusado e julgado por suspeita de ter praticado um crime, é essencial para a sobrevivência do Direito nas nossas sociedades digitais e desinstitucionalizadas.

A sua formulação, de modo ainda muito incipiente, remonta ao Direito Romano: *innocens praesumitur cuius nocentia non probatur omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*.

Quem acusa deve provar o que alega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* D.22.3.29). Se o conseguir existe contraditório do acusado no processo perante um juiz. Se o julgador, mesmo assim, tiver dúvidas quanto à culpa do acusado deve absolvê-lo. Inocência até à condenação definitiva (sem possibilidade de recurso) e absolvição (por falta de prova ou em caso de dúvida do julgador) são direitos da pessoa humana vivenciados na comunidade política de que faz parte e garantidos pelos juízes em tribunais judiciais exercendo o *jus puniendi* do Estado.

Só assim, em Direito, nos entendemos; só assim, por estas regras, queremos viver.

Não basta, para isso, escrevê-lo em Constituições, em tratados internacionais, em Declarações universais de Direitos e em leis; desenvolvê-lo em manuais de ensino jurídico; ou proclamá-lo em discursos judiciários. É preciso levá-lo à prática obrigando ao seu escrupuloso respeito, resistindo à demagogia mediática, ao populismo político e ao justicialismo judiciário. Infelizmente, não é a isso que estamos a assistir e, por isso, pego na pena para escrever este depoimento.

Em sociedades em que o Estado está debilitado e sem instrumentos efetivos de intervenção em defesa dos mais fracos no processo perante os poderes instituídos; em que as empresas privadas de comunicação social atingem lucros superiores explorando sentimentos de inveja e de vingança da massa telespectadora “canora e belicosa”; em que os titulares de funções políticas têm um longo historial de aproveitamento pessoal

¹ Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Europeia (Lisboa/Portugal); Diretor do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade, Decano do Conselho Superior da Magistratura de Portugal e Professor Visitante da Faculdade de Direito da PUC-SP.

no e pelo exercício de cargos públicos – é fácil argumentar contra as regras jurídicas, construir exceções, conceder nos princípios.

É exatamente em momentos como estes que se deve fazer sentir a voz dos jurisperitos para lembrar que é nas circunstâncias mais difíceis e nas situações mais críticas que o Direito deve impor-se, através de suas regras, para defender aqueles que, sendo alvo de uma investigação policial, ficam expostos a todos os ataques e ofensas, pois esta é a única possibilidade de se fazer Justiça.

Cabe aos jurisperitos alertar para um certo facilitismo de alguns procuradores e de juizes deles cúmplices que, certamente com boas intenções e melhores propósitos, recorrem frequentemente a penalidades preventivas legalmente fixadas, como a prisão, mas injustas porque desproporcionadas; e não evitam humilhações públicas, previsíveis e muitas vezes desejadas, de pessoas alvo de investigações policiais.

Como se já não bastasse entregarmos a formação jurídica universitária dos nossos jovens às *madrassas do mercado*, em que transformaram as Faculdades de Direito atuais; como se não fosse suficiente entregar o Direito todo à expressão normativa dos consensos partidários positivados na Constituição e nas leis; como se fosse normal admitir que juizes aplicadores de leis sem legitimidade jurídica sapiencial reconhecida criem Direito com as suas decisões; como se a aplicação do Direito pudesse ser um carnaval mediático de apresentação “hollywoodesca” com atores togados – agora temos uma nova forma de aplicar a regra da presunção da inocência fundada no princípio político da aparência de culpa (criada pela comunicação social, exigida pelas polícias e pelos procuradores e assente na livre apreciação da prova pelo julgador para formar a sua convicção em virtude do princípio da prova livre que aqui vigora).

A vivência da regra de presunção de inocência numa sociedade não é só – e não deve ser sobretudo – um assunto de especialistas, de titulares de certos cargos, de eruditos moralistas, de comunicadores televisivos, porque é um dos primeiros temas da nossa cidadania, exigindo-nos a participação política e a intervenção no espaço público.

Por isso, este é o momento de afirmar princípios de Direito e de lembrar regras jurídicas, voltando à simplicidade dos fins visados com eles na prossecução da Justiça para cada um de nós como melhor forma, no concreto de cada caso, de chegar à justiça para todos, como um Bem Supremo de um Estado de cidadãos defendido por juizes de Direito.

O principal corolário da efetivação da regra de presunção da inocência a fazer cumprir pelos juizes nos tribunais é o de garantir a liberdade dos investigados até que uma pena de privação da liberdade seja declarada por sentença de que já não haja recurso; ou que uma medida de segurança seja excepcionalmente imposta pela extrema perigosidade do suspeito ou o perigo que corre a sua vida ficando em liberdade, não havendo outro modo de evitar estas situações.

Tudo isso parece importar menos que a acusação de inocentes expostos em pelourinhos televisivos para gáudio da multidão e o interesse de quem o faz. Um faroeste judiciário em que se pretende apenas guardar as aparências de imparcialidade há muito perdidas na sua efetividade material.

Apontado o suspeito pela polícia, a multidão leva a corda da forca, o linchamento é concretizado pelo Ministério Público perante a passividade (senão com a cumplicidade) do juiz, que está lá para fazer cumprir o Direito que não permite que assim se faça. Esta é a realidade de hoje: o tribunal foi ultrapassado pelo julgamento da multidão excitada pela comunicação social, vingando as teses da polícia e dos procuradores sem

contraditório, sem julgamento, sem justiça – com a conivência do juiz que valida tudo isto; e mais o que vier.

O juiz pode intervir para ajudar na produção da prova, mas só deve fazê-lo se, com isto, não estiver ele próprio a preterir regras jurídicas que existem para a defesa de direitos de personalidade do acusado. A defesa doutrinária de um processo inquisitório preponderante (com um juiz todo poderoso) em investigações criminais, que têm como suspeitos pessoas públicas, não tem fundamento jurídico e viola os princípios da imparcialidade do juiz e da igualdade das partes no processo.

Por causa do poder atual da comunicação social, pretendeu-se igualar, quando em conflito, com muita prosa e argumento, a regra da presunção de inocência de uma pessoa com o direito à informação dos cidadãos desenvolvido com recurso ao princípio da liberdade de expressão concretizado na liberdade de imprensa.

A hierarquia valorativa dos direitos na *jurisprudencia* hoje consolidada não deixa dúvidas: os direitos da personalidade prevalecem sobre os direitos fundamentais (sendo importante superar, pela interpretação jurídica, a horizontalidade normativa da Constituição quando lhes dá o mesmo relevo e importância); os direitos da pessoa prevalecem sobre os direitos do grupo, da comunidade ou de outra pessoa quando não está a causa um direito seu de personalidade de igual valia jurídica.

Muito já se escreveu – sobretudo em ambiente de globalização liberal, empresarial e individualista – sobre a defesa da comunidade contra a pessoa que a ameaça e a responsabilidade social da *media*; muito já se sofreu pela invocação geral e abstrata de razões de Estado, de Igreja, de família, etc. acusando pessoas isoladas e desprotegidas, que depois são inocentadas pelos tribunais. O Estado pode ser brutal, sobretudo se se sentir ameaçado; e os cidadãos podem ser cegos e cruéis se estiverem inseguros e com medo. O bode expiatório é uma coisa muito séria em acusações feitas em certas circunstâncias e ambientes. Os jurisperitos conhecem a história dos casos e a formulação das regras para poderem intervir pelo Direito em prol da Justiça.

Aceitamos um modo de vida e de estar em sociedade que marginaliza, na divulgação do Direito, os jurisperitos e valoriza os comunicadores de massas com antena para comentar “a Justiça”; afastamos progressivamente as regras jurídicas em que assentávamos a confiança nos outros e nas instituições públicas; normalizamos a desonestidade e o egoísmo, premiando a violência e a indiferença; aceitamos o excesso despropositado e desnecessário nos julgamentos mediáticos como forma legítima de liberdade de expressão face aos suspeitos investigados pelas polícias; fechamos os olhos à divulgação de segredos de justiça deixando impunes os seus autores e aqueles que lucram com o crime. De que nos queixamos?

Sem saber bem como, ao sabor e sob a batuta de poderes fáticos sem controlo, e sem consciência da gravidade do momento podemos chegar a um Estado autoritário pelo judiciário e à condição de súbditos pela incapacidade/impossibilidade de defesa dos suspeitos face às novas agressões do *todo contra o um* (do Estado contra o cidadão) e à imposição eficaz de meios utilizados por poderes vários que – além do Direito, fora dos tribunais, antes dos julgamentos – efetivam na sociedade uma culpa de presuntos inocentes que já é toda a condenação.

O que vigora efetivamente entre nós é o princípio da presunção social da culpa; aumentado nos seus efeitos negativos pela morosidade da lide até ao trânsito em julgado da sentença; e pela forma como os tribunais permitem a culpabilização de inocentes

pelas regras do Direito nos meios de comunicação social, com total desrespeito pelos seus mais elementares direitos.

Suspeitos sem direito a presunção jurídica que os defenda por terem sido quem foram no exercício de funções políticas ou empresariais; submetidos à cobardia das denúncias anônimas e à maledicência publicada e comentada sem freio ou critério, voltámos ao tempo da condenação *ipso nomen* e aos julgamentos vindos da rua já com sentença predeterminada. Tudo admitido em nome dos direitos e dos princípios e das pessoas e da democracia e de tudo o que couber na demagogia de quem vive à custa destes sacrifícios de regras jurídicas e das pessoas que elas deviam proteger.

É preciso valorizar a vigilância, a investigação e a opinião sobre os titulares de poderes públicos em defesa da democracia ou de outros valores importantes (sem concessões a considerar aí existir um “controlo democrático”) pelos jornalistas e os meios de comunicação social; fazê-lo privilegiando o princípio da publicidade e do acesso ao processo por aqueles que devem informar.

Mas não se pode confundir o jornalismo assim feito e os seus nobres propósitos com a atividade dos tribunais, nem com a permissão dada ou o privilégio concedido a pessoas ou grupos (jornalistas e empresas onde trabalham) para violarem direitos de personalidade e regras jurídicas essenciais para o Estado de Direito que dá prioridade à defesa da pessoa e da sua dignidade sobre qualquer outro valor ou princípio.

Esta é a regra da sociedade que quer viver o (no) Direito protegendo as pessoas e a sua dignidade; e procurando pela divulgação do bom exemplo e pelo prémio de quem age de acordo com as regras jurídicas, promover uma educação para a justiça.

Aceitando o contrário disto, queremos ainda manter vigente o princípio *nulla poena sine culpa*, tentando conciliar a prisão (que é sempre uma pena) sem culpa (prisão preventiva) pela suspeita de crimes que exigem culpa provada para haver pena privativa de liberdade. É um esforço doutrinário inglório pela evidência da contradição que está na sua génese.

Por outro lado, invertemos os termos da equação jurídica e colocamos juízes nos lugares dos políticos, exigindo deles o saneamento da República e o êxito no combate à corrupção, quando só pela educação escolar e cívica pode haver ganhos não repressivos nessa calamidade política que debilita a Democracia. Mas é pior se existirem juízes que se prestem, seja qual for o motivo pelo qual o fazem, a esse papel de moralistas políticos e de justiceiros sociais, utilizando os tribunais e os poderes da sua função para executarem esse papel.

Apesar de pequena minoria, são já demasiados aqueles que, cobertos pelo manto sagrado que é a toga judicial e pela exercício da função de judicatura, inscrevem o seu nome como estrelas no espetáculo televisivo da Justiça. Mesmo revelando pudores próprios do estatuto profissional, estes juízes, com a sua ação punitiva antes do trânsito em julgado de sentenças, acabam por contribuir para a falência do Direito, o descrédito dos tribunais e o desrespeito da Justiça.

Os tribunais judiciais não são populares ou mediáticos, nem os juízes representantes do Povo (seja lá isso o que for aqui); o tribunal faz justiça através de juízes que aplicam o Direito, na forma como interpretam as normas legais, aplicando-as de forma adequada aos casos que julgam. Fora disto existe muita conversa e alguma controvérsia, mas não pode haver, entre jurisprudentes, nenhuma divergência sobre isto: a presunção de inocência implica manter em liberdade o suspeito ou acusado até o trânsito em julgado da sentença.

O juiz garante o Direito, aplicando no tribunal a regra jurídica superior visando à justiça do caso concreto e defendendo o acusado contra todos os abusos da acusação, permitindo-lhe todos os meios de defesa a começar pela sua capacidade física, moral e psicológica de se defender em liberdade e de ser considerado inocente perante o tribunal e a sociedade quando se está a defender. Não apenas na formalidade das liturgias judiciais e processuais, mas, e sobretudo, na sociedade onde vive e onde está a ser acusado.

A possibilidade dada ao investigado de, em liberdade e com a presunção de que é inocente aceite pelo juiz, praticada por aqueles que o investigam e plenamente vivenciada na sociedade em que está, é a única via jurídica para garantir um julgamento justo e uma sentença adequada. O juiz é o garante último desse Direito do suspeito, que é um dever da polícia, do Ministério Público, da sociedade em geral. Esse é também o supremo dever do juiz num Estado de direito democrático. O seu contrário, como está a acontecer com demasiada frequência em processos mediáticos porque envolvem pessoas públicas, é a derrocada do pouco Direito que ainda resta nas nossas sociedades.

Como lembrei já tantas vezes, a respeito dos Estados totalitários nacional-socialista, fascista e soviético, e agora, infelizmente, também no Estado auto-intitulado democrático e de Direito. Nas teias das constituições e das leis que teceu, construiu: um monismo legalista de Estado com a lei a ser fonte de todos os ataques ao Direito e à pessoa humana, e um poder autorreferencial de Estado sem controlo e pouco limite, como o poder judicial. Só resta o juiz como barreira última aos abusos dos acusadores farisaicos e dos justicialistas demagógicos e populistas.

O juiz não pode ser protagonista de uma caça às bruxas que tem como alvo os políticos, os banqueiros, os militares, os sacerdotes, os titulares de qualquer instituição, consoante o interesse da *media* ou a moda do momento. O juiz segue o Direito sem preconceitos, pela via do processo, aplicando regras jurídicas para manter a balança equilibrada e aberta a possibilidade de Justiça em cada caso que julga.

O juiz não pode ser aquele que interpreta normas legais contra as regras jurídicas que defendem o investigado/suspeito/acusado, por exigência elementar de Justiça, para corresponder às *expectativas da sociedade*, ou ao *clamor público* na conformação que lhe é dada pela inflamada pena dos autores de editoriais e de construtores de notícias para consumo de públicos ensonados e ignorantes.

Podemos sempre erguer muros de palavras e jogos técnico-legais ou dogmáticos em torno do papel do juiz de instrução e da sua especial inserção nos processos de investigação de crimes ao lado do Ministério Público, para defesa do Estado.

Podemos acreditar que sua função judicial é mitigada pela circunstância funcional em que se encontra e pela necessidade de apoiar a investigação. Não podemos é deixar de lhe exigir que tenha o comportamento requerido a um magistrado judicial que não se refugia na lei e na sua interpretação mais conveniente, para derrogar regras essenciais de defesa da civilidade jurídica e das pessoas investigadas por suspeita da prática de crimes.

Se o que está a acontecer é um rápido e sistemático recurso à prisão preventiva pelos juizes como forma de diminuir a possibilidade de defesa e a capacidade do suspeito para responder às suspeições e ter liberdade e tempo para fazer a sua defesa, então temos de modificar os pressupostos da prisão preventiva – que é sempre uma pena sem sentença – e a forma legal de intervenção do juiz em tais casos.

Mesmo que se justifique a prisão preventiva como essencial para a investigação, por haver perigo de ocultação ou destruição de parte da prova ou por perigo de fuga, nunca

suficientemente provado nos casos conhecidos, a liberdade do suspeito é um valor jurídico superior à da defesa da investigação para uma adequada acusação. E isso não passa apenas pela invocação da primazia das normas constitucionais vigentes e aqui aplicadas, mas pela repetida comum opinião dos doutores que constitui *in casu* a *iurisprudencia* aplicável a esta matéria jurídica.

Tentar colocar em paralelo um princípio processual como o da investigação judicial a par de uma regra como a da presunção de inocência não tem qualquer apoio jurídico; defender a privação da liberdade de um suspeito – que é sempre um expediente acusatório, apenas fundado na necessidade, adequação e proporcionalidade da medida – é reduzir os seus direitos ao universo da acusação, perdendo de vista a presunção de inocência, a paridade das partes no processo e os direitos de personalidade do suspeito.

A questão das restrições de direitos fundamentais por *necessidade do processo* é um tema querido aos constitucionalistas, que normalmente se opõem; a preterição de direitos da personalidade por imposição processual determinada por juiz para servir a acusação é juridicamente injustificada e unanimemente condenada pelos jurisperitos com auctoritas na formação de uma *communis opinio doctorum* sobre o tema.

Não se pode prender suspeitos para obter prova da prática de um crime ou por mera suspeita fundada em testemunhos e documentos analisados por juizes de instrução sem o devido contraditório. Só se pode prender fazendo prova que o crime ocorreu por culpa do suspeito e ela for aceite por juiz equidistante da defesa e da acusação em julgamento com contraditório, não só necessário como adequado. A prisão é uma pena sem mas...; e existem condições muito precisas colocadas pelo Direito, muito além das normas legais vigentes, para que ela possa ser imposta.

Cabe ao juiz, perante um conflito que lhe é apresentado, *jus dicere*, isto é, através de um processo judicial, dizer o direito. Só o pode fazer no âmbito de um processo jurisdicional que tem como princípio estrutural a garantia da igualdade/paridade das duas partes em confronto – a acusação e a defesa.

Ora, não pode haver nenhuma vantagem do Ministério Público como parte no processo penal, com base em considerações institucionais comunitárias/estadualistas de representação do interesse público ou outras (pelo contrário, o equilíbrio entre as partes muitas vezes impõe ao juiz a proteção da parte mais fraca que é o suspeito).

Decretar a prisão preventiva para ajudar a acusação em prejuízo das garantias de defesa do suspeito/acusado e contra as regras jurídicas que o protegem seria fazer do juiz um desequilibrador dos pratos da balança da Justiça e um agente perturbador do processo pelo desrespeito do princípio da paridade entre as partes.

Em suma, o juiz ao decidir pela prisão preventiva de um suspeito a pedido do Ministério Público, com base nos prejuízos que este possa causar na produção da prova ou de possibilidade de fuga, pode estar apenas a garantir uma vitória processual injustificada da acusação, violando regras fundamentais de defesa do acusado e princípios vitais do processo penal. Ora, isso só acontece nos, tristemente célebres, processos políticos em situação de ditadura ou de autoritarismo político; não pode acontecer em Estados de Direito democráticos.

Resistindo à tendência moralista de fazer dos códigos penal e de processo penal um conjunto de normas que reprime a falta de virtudes das pessoas, não permitindo retrocessos na civilidade jurídica expressa em regras como a da presunção da inocência dirigido a todos, *in dubio pro reo* dirigido ao juiz, e de o ónus da prova ser de quem

acusa – importa, hoje, perante a banalização das prisões preventivas (estamos a perder, de forma seletiva, a natureza excecionalíssima da prisão preventiva) e o “apoio popular” aos juízes que as decretam, lembrar como, na História, a vontade de reprimir crimes e perseguir suspeitos de os praticar levou a injustiças brutais e à aceitação de tortura e de arbitrariedades pelos poderes policiais e judiciais.

Só resistindo a esse tipo de atitudes judiciárias, como a vulgarização da prisão preventiva de suspeitos conhecidos e controversos, se pode manter a paz pela justiça. Toda a segurança (ou sensação dela) conseguida com o sacrifício de regras jurídicas é transitória e circunstancial. Logo passa e deixa o ressentimento e o conflito pela lembrança das injustiças cometidas e o desprezo de quem as cometeu em nome da segurança pessoal, de uma moralidade de grupo, ou da tranquilidade pública.

O processo penal requer respeito pela dignidade da vítima e do eventual culpado. É exatamente a noção de culpa que leva à pena privativa da liberdade. O culpado sentenciado por sentença transitada em julgado numa pena de prisão vai expiar a sua culpa e, por ela, é-lhe devolvida a inocência perdida com a sentença condenatória que o declara autor do crime.

Na prisão antes da sentença, não há nada disso: a inocência é retirada ao suspeito sem defesa e antes de provada a culpa. Inocência retirada a um cidadão fragilizado pela suspeita, mas no pleno uso de todos os seus direitos, por um juiz de forma irremediável e definitiva pelo efeito mediático e digital que a prisão, sempre associada à culpa, tem na sociedade da informação e do espetáculo que é a nossa.

Na prisão preventiva, as considerações relevantes são sempre procedimentais e genéricas. Normalmente, com a invocação de ser ela a única forma de garantir a proteção à sociedade ameaçada pelo crime cometido através da possibilidade de construir uma boa acusação com a demonstração probatória em juízo. Só que, quando os juízes derogam princípios jurídicos fundamentais e regras densamente fundamentadas pela doutrina e persistentemente prosseguidas pelos tribunais, privilegiando argumentos securitários da multidão e seguindo expedientes processuais da acusação, é a sociedade que perde e o Direito que se afasta para dar lugar à política, à força, à imposição arbitrária e subjetiva.

Prender inocentes, sobretudo quando suspeitos em investigação policial e do Ministério Público, é sempre um sintoma de fraqueza do Estado que investiga e de debilidade do direito que sustenta a acusação. Afirmá-lo é um dever dos juízes e dos jurisprudentes, sejam quais forem as consequências que essa afirmação jurídica venha a ter.

A inocência é um primeiro direito de personalidade a exercer na *civitas* pelo cidadão que deve ser garantido – não derogado – pelos juízes nos tribunais. A inocência perdida com a prisão preventiva de um suspeito declarado inocente por sentença transitada em julgado não pode ser devolvida. Como nas considerações em torno na pena de morte, tanto basta para que não haja nada de jurídico nesse tipo de decisões judiciais.

Assim sendo, independentemente das simpatias pessoais ou políticas com aqueles que são presos preventivamente, importa lembrar que cabe ao juiz aplicar as regras jurídicas e estas dão primazia à presunção de inocência de uma pessoa sobre qualquer consideração de ordem processual ou policial. Em Estados de Direito democráticos, como aquele em que vivemos, é dever funcional do juiz garantir que assim é e usar o seu *imperium* para fazer respeitar o Direito seja qual for a pressão que sobre ele seja exercida.

E, de uma vez por todas, importa levar à prática judiciária a relevância personalista e o valor estrutural que tem para o Estado de Direito a regra jurídica de presunção de inocência do investigado/acusado até ao trânsito em julgado de sentença condenatória (isto é, uma sentença que pode ser mais objeto de recurso para tribunal superior).

Fazer da exigência jurídica de respeito escrupuloso e integral desta regra um dever profissional do juiz no exercício da judicatura, significa afastar a sombra que ainda paira nos tribunais de sua consideração como mera regra probatória com relevância recortada no interior do processo.

Concluo, assim, que, numa situação de sucessivas e constantes prisões preventivas de líderes políticos, governantes e ex-governantes, de empresários de topo, de procuradores e de polícias por corrupção, lavagem de dinheiro, branqueamento de capitais, fraude fiscal e outros crimes graves, exige-se aos juízes um esforço suplementar de coragem face a ambientes hostis, na aplicação das regras jurídicas que defendem os suspeitos. A garantia de que a presunção jurídica de inocência é efetivada pelos tribunais passa por uma limitação muito rigorosa da prisão preventiva e por uma consistente e bem argumentada explicação pelo juiz que a decreta da sua excecionalidade, no caso de ser mesmo imprescindível recorrer a ela.

A expansão da proteção de gênero prevista na Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Elaine Cristina Monteiro Cavalcante
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

O presente estudo tem por objetivo traçar considerações sobre a possibilidade de expandir a aplicação da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, aos transexuais masculinos do gênero feminino.

Assim, no capítulo I foi elaborado um breve esboço histórico da edição da Lei 11.340/2006 desde seu nascedouro, especialmente sobre as circunstâncias que conduziram o Brasil à elaboração da proposta de medida legislativa, por meio do caso emblemático de Maria da Penha Maia Fernandes, cuja história foi relatada. Por outro lado, foram abordados aspectos atinentes aos instrumentos nacionais e internacionais de proteção à mulher, que serviram de lastro à lei em comento e que estão contidos no artigo 1o, da Lei 11.340/2006.

No capítulo II, foram abordados aspectos sobre os conceitos de gênero e sexo, enfatizando que o objeto da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, é a violência contra a mulher baseada no gênero, cometida no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto, acenando a lei em apreço que as relações pessoais enunciadas no artigo 5o, independem de orientação sexual. A partir daí, foram tecidas considerações sobre a diversidade sexual e os princípios constitucionais que norteiam os direitos sobre orientação sexual.

No capítulo III, foram trazidos conceitos científicos sobre transexualidade, na medida em que o transexual é portador de um desvio psicológico que o faz acreditar que pertence ao sexo biológico oposto ao seu, demonstrando a licitude da cirurgia de transgenitalização e seus desdobramentos jurídicos, entre eles a alteração do nome no assento de nascimento e do novo sexo. Essa visão global propiciou a conclusão de que a Lei 11.340/2006 é perfeitamente aplicável aos casos de violência doméstica cometidos contra transexuais masculinos do gênero feminino, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de retificação do registro civil, posto que o transexual masculino do gênero feminino pode ser equiparado à mulher, que é a destinatária da lei em comento, para fins de proteção legal contra violência.

I. Breve esboço histórico da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, foi sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006.

O projeto foi elaborado em 2002 por um consórcio de cinco organizações não governamentais que trabalhavam no combate à violência doméstica contra a mulher. São elas:

Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Brasil); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Instituto para Promoção da Equidade (IPE) e THEMIS-Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.¹

Essa lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do artigo 226, da Constituição Federal e dar cumprimento aos ditames da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a partir da condenação do Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, no caso emblemático envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes e seu então marido Marco Antonio Heredia Viveiros.

Segundo consta, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência durante anos de convivência matrimonial, em sua residência, em Fortaleza. No dia 29 de maio de 1983, seu marido desferiu um disparo de arma de fogo em suas costas enquanto ela dormia. Posteriormente, ao retornar para casa, após ter sido submetida a várias cirurgias, ele tentou eletrocutá-la enquanto ela tomava banho, causando-lhe paraplegia irreversível e traumas psicológicos.

Após as investigações e a comprovação de autoria e materialidade dos fatos o Ministério Público apresentou denúncia em 28 de setembro de 1984, e, em 4 de maio de 1991 o Tribunal do Júri proferiu sentença condenatória. Posteriormente, em 4 de maio de 1995 o Tribunal de Alçada, em julgamento de recurso, decidiu por anular a decisão do Júri. Novo júri foi realizado em 15 de março de 1996, com nova condenação à pena privativa de liberdade de dez anos e seis meses. Houve novo recurso e após quinze anos o réu ainda não havia sido condenado definitivamente, permanecendo em liberdade.²

Diante da impunidade e da ineficiência do sistema judicial brasileiro Maria da Penha Maia Fernandes apresentou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), por meio de petição conjunta das entidades Centro para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil).

A Comissão concluiu, no Relatório nº 54/01, que o Estado brasileiro violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurado nos arts. 8º e 25 da Convenção Americana, nos arts. II e XVII da Declaração, bem como no art. 7º da Convenção de Belém do Pará. Concluiu também que a violação “segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial.” Recomendou ao Estado que se procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para apurar a responsabilidade penal do autor do crime e para determinar se havia outros fatos ou condutas de agentes estatais que houvessem impedido o processamento rápido do autor; também recomendou a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas para

¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

² LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher*: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro. Campinas: Millenium, 2009.

*eliminar a tolerância do Estado perante a violência doméstica contra as mulheres. A Comissão também entendeu que houve violência doméstica e tolerância do Estado, nos termos dispostos na Convenção de Belém do Pará.*³

Foi a primeira vez que um caso de violência doméstica levou a condenação de um país, no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

*Em 31 de outubro de 2002, finalmente, houve a prisão do réu, no Estado da Paraíba. O ciclo de impunidade se encerrava, após dezesseis anos. As demais medidas recomendadas pela Comissão Interamericana (como, por exemplo, medidas reparatórias; campanhas de prevenção; programas de capacitação e sensibilização dos agentes da justiça, dentre outras) foram objeto de um termo de compromisso firmado entre as entidades peticionárias o Estado brasileiro. Em 24 de novembro de 2003, foi adotada a Lei 10.778, que determina a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.*⁴

A proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher foram elaborados por um Grupo de Trabalho Interministerial, instituído por meio do Decreto nº 5.030, com a participação da sociedade civil e do Governo, e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 2004, dando ensejo, finalmente, em 07 de agosto de 2006, à Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.⁵

Assim é que, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 em seu artigo 1º prevê:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Como se vê, a Lei faz menção expressa ao artigo 226, § 8º, da Constituição Federal que prevê: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

³ Idem.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ Idem.

Por outro lado, também faz menção expressa à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que, em seu preâmbulo, se reporta à Carta das Nações Unidas, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e às resoluções, declarações e recomendações aprovadas pelas Nações Unidas, que objetivam, em última análise, favorecer a igualdade entre homens e mulheres, reafirmando o princípio na não discriminação.

O Brasil assinou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 18 de dezembro de 1979. A aprovação pelo Congresso ocorreu em 14 de novembro de 1983, por meio do Decreto Legislativo nº 93. A ratificação operou-se em 1º de fevereiro de 1984, enquanto a promulgação ocorreu em 30 de março de 1984, por meio do Decreto nº 89.406, com reservas.⁶

Somente após o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil retirou as reservas, ressaltando-se que diante do advento do novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que se adequou aos ditames da Convenção, o Brasil passou a se comprometer na íntegra com os direitos decorrentes da Convenção.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará, tem este nome pelo fato de ter sido discutida e aprovada em Belém do Pará, tendo sido adotada pela Assembleia Geral da OEA em 9 de junho de 1994. O Brasil assinou referida Convenção em 9 de junho de 1994 e o Congresso Nacional a aprovou em 1º de setembro de 1995, tendo sido ratificada pelo Brasil sem reservas em 27 de novembro de 1995 e promulgada em 1º de agosto de 1996.

A Convenção representa um portentoso avanço na proteção internacional dos direitos das mulheres, quer por reconhecer que a violência atinge um elevado número de mulheres e transcende todos os setores da sociedade, sem distinção de classe, etnia, cultura, religião, idade ou outra particularidade; quer por reconhecer que a violência limita total ou parcialmente à mulher o exercício de seus direitos humanos; quer por reconhecer que o respeito irrestrito a todos os direitos das mulheres é indispensável para a existência de uma sociedade mais justa, solidária e pacífica; quer por reconhecer que a violência ofende a dignidade humana e revela uma manifestação de relação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres.⁷

Tendo como fundamento as balizas do artigo 1º, da Lei 11.340/2006, o artigo 5º, do mencionado diploma legal, assim conceitua a violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

⁶ LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

⁷ idem.

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Em apertada síntese, eis o panorama histórico da edição da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

II. Proteção de gênero e diversidade sexual

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre os conceitos de gênero e sexo para que possamos desenvolver nosso estudo.

Gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir de diferenças sexuais.⁸

Sexo refere-se às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios.⁹

Gênero é uma questão cultural, social, que advém da atribuição de diferentes papéis aos homens e às mulheres, que são reforçados por uma ideologia patriarcal de dominação do homem sobre a mulher.

Diferentemente do gênero, o sexo se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de forma que o sexo, por si só, não determina a identidade de gênero.

Do conceito de violência estampado no artigo 5º, da Lei 11.340/2006, mencionado no capítulo anterior, infere-se que o objeto da Lei é a violência contra a mulher baseada no gênero, cometida no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto.

Por outro lado, o parágrafo único do referido artigo dispõe: “Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Isso demonstra que a Lei Maria da Penha acenou com a possibilidade de constituição de famílias por pessoas do mesmo sexo e previu expressamente a proteção da mulher sem distinção de sua orientação sexual.

⁸ CABRAL, F.; DIAZ, M. Relações de gênero. In: BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Educação; Fundação Odebrecht. *Cadernos afetividade e sexualidade na educação: um novo olhar*. Belo Horizonte: Rona, 1998. p. 142-150.

⁹ Idem.

Como se sabe, estamos vivenciando grandes mudanças de valores e comportamentos tanto de homens quanto de mulheres, na medida em que inúmeras pessoas estão vivendo na plenitude de sua orientação sexual, assumindo publicamente suas relações homoafetivas.

Assim, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros estão conduzindo a sociedade a uma visão mais aberta sobre a livre orientação sexual, mas são alvo de intolerância, discriminação, preconceitos e violência por parte da sociedade que ainda não sabe conviver com a diversidade sexual.

Digno de destaque o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que, em 5 de maio de 2011, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar, criando importante precedente.

Como bem ressalta Eva Alterman Blay

[...] as relações sociais de gênero dizem respeito a homens, mulheres e todo o grupo LGBT, classes sociais, etnias e gerações. Difundir o significado das mudanças sociais e seus efeitos sobre as relações de gênero pode alterar os conflitos que vivemos atualmente e mostrar que é possível apaziguar as relações.¹⁰

Assim é que, a diversidade sexual é um fato da vida, que precisa ser reconhecido socialmente e a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito não pode se submeter a concepções religiosas, políticas ou morais.

Embora não exista regra específica sobre a livre orientação sexual, nossa Carta Magna no artigo 3º, IV, assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao lado de tão importante preceito estão os princípios constitucionais que são a expressão jurídica dos valores e dos fins da sociedade.

A igualdade vem prevista na Constituição Federal, de forma genérica, no art. 5º, “caput” e vem garantida em diversas passagens da Carta Magna.

Porém, como bem ressalta a Professora Flávia Piovesan destacam-se três vertentes no que tange à concepção da igualdade:

[...] a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça

¹⁰ BLAY, Eva Alterman. *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher/organização*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico) e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia).¹¹

Pois bem, ao lado do direito à igualdade surge o direito à diferença.

Nesse contexto, determinados grupos considerados vulneráveis, tais como portadores de necessidades especiais, idosos, mulheres indígenas e hipossuficientes merecem ser vistos com as peculiaridades de suas condições.

Vemos, pois, que as ações afirmativas de discriminação positiva surgiram justamente a partir da necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças com a adoção de instrumentos específicos voltados aos os grupos mais vulneráveis.

Ao lado do princípio da igualdade está o princípio da liberdade, que se extrai da livre iniciativa, prevista no artigo 1º, IV, da Constituição Federal, que não se restringe à liberdade econômica.

A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir.¹²

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar.¹³

Disso decorre a autonomia privada de cada um no sentido de viver sua livre orientação sexual.

Por outro lado, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, deve ser efetivada inicialmente para igualar materialmente aqueles que não têm as mesmas oportunidades, que possuem dificuldades para a implementação de direitos mínimos, sendo sua utilização necessária como reflexo do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais.¹⁴

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² CHAUI, Marilena, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-362 apud BARROSO, Luís Roberto, *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, t. IV.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. t. IV.

¹⁴ Idem.

*A identidade sexual é um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade.*¹⁵

De tudo deflui que a Lei 11.340/2006 avançou significativamente ao prever no parágrafo único, do artigo 5º, que as relações pessoais enunciadas no *caput* independem de orientação sexual, em perfeita consonância com os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

III. A aplicabilidade da Lei 11.340/2006 à violência doméstica contra transexuais masculinos do gênero feminino

Uma vez estabelecido no parágrafo único do artigo 5º, da Lei 11.340/2006, que as relações pessoais enunciadas no artigo independem de orientação sexual e que os princípios constitucionais norteiam os direitos sobre orientação sexual, vislumbramos a necessidade da adoção de medidas que visem garantir o acesso à justiça e a dignidade de transexuais masculinos do gênero feminino.

*Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto.*¹⁶

*Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica.*¹⁷

*É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto.*¹⁸

O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado¹⁹, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com

¹⁵ FERRAZ, Sérgio, *Manipulações biológicas*, cit. p. 64, apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁶ PEREIRA, Aldo, *Dicionário da vida sexual*, São Paulo, Abril Cultural, v. 2; Vide DINIZ, Maria Helena, *Dicionário jurídico*, cit. v. 4, p. 604 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008

¹⁷ FERRAZ, Sérgio, *Manipulações biológicas*, cit., p. 64; OLIVEIRA, Alexandre M. Alcântara de, *Direito de autodeterminação sexual*, São Paulo, Juarez de Oliveira, Ed., 2003 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁸ WALKER, Paul A., Sex and life cycle, in: OAKS, W., (Ed.), *Transsexualism*, New York, Grune & Stratton, 1966; HASTINGS, Donald W., Inauguration of a research project on transsexualism in a University Medical Center, in: GREEN, Richard; MONEY, John; (Ed.), *Transsexualism and sex reassignment*, J. Hopkins Press, 1966, p. 248 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁹ IHLENFELD, Charles L., Thoughts on the treatment of transsexuals, *Journal of Contemporary Psychotherapy*, v. 6, n. 1, p. 63, 1973 BURCHARD, Johann M., *Struktur und Soziologie des Transvestitismus und Transsexualismus*, Stuttgart, 1961: Krafft-Ebing foi quem, em 1869 sustentou a tese da *psicopatía sexual* e, em 1870, Westphal trouxe uma noção de transexualismo no livro *Die Conträre Sexualempfindung*, ao mencionar a existência de homens fisicamente homens e psicologicamente mulheres e de mulheres fisicamente mulheres e psicologicamente homens apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

*o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia.*²⁰

*Eis o motivo pelo qual Stoller fala em disforia de gênero, pois nítidos são o sofrimento psíquico do transexual por fazer parte de um gênero e sua dificuldade de convivência com a frustração de pertencer ao sexo não desejado. O verdadeiro transexual ou hermafrodita psíquico, como prefere Money, é um doente não estando, portanto, impellido por libertinagem ou vício a agir conforme o sexo oposto ao seu. Por tal razão é preciso respeitá-lo como ser humano, não considerando a aparência física que provoca sua preferência sexual. É preciso respeitar sua dignidade, já que não foi favorecido pela sorte, sofrendo de perturbação de identidade sexual como dizem John Money e Gaskin, ou de esquizossexualidade, segundo Franchini.*²¹

*O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião do seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais e profissionais, visto que em testes aplicados apurou-se que possui, em regra, um quociente intelectual (QI) entre 106 e 118, isto é, um pouco superior à média.*²²

*Para Klotz o transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo, pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida.*²³

*Já Dorina R. G. Epps Quaglia observa que o transexualismo pode advir de: a) alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; b) testículo fetal pouco funcionante; c) estresse inusitado na gestante; d) ingestão de substâncias antiandrogênicas pela gestante na fase crítica de estampagem cerebral; e) insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino; f) fatores ambientais diversos, que prejudicam, por exemplo, a identificação do menino com a figura paterna na infância.*²⁴

Como se vê, cientificamente o transexual é portador de um desvio psicológico que o faz acreditar que pertence ao sexo biológico oposto ao seu.

²⁰ HOJDA, Matilde apud Luís Roberto Lucarelli, Aspectos jurídicos da mudança de sexo, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 35, p. 215 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²¹ O termo *transexualismo* foi usado pela primeira vez, em 1949, por Caudwell, no livro *Psychopathia Transsexualis*, mas foi Benjamin quem o propagou. Vide John Money e Ronald J. Gaskin, Sex reassignment, *International Journal of Psychiatry*, v. 9, p. 249, 1970-71; VAAL, W. de, *Man of Vrouw? Dilemma van de Transeksuele mens*, Amsterdam, 1971; ARAÚJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional do transexual, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 64 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²² Roger Gorsky, William Young e um grupo do Oregon Regional Primate Research Center veem no transexualismo uma determinação de hormônios na organização dos tecidos do sistema nervoso central. Vide VIEIRA, Tereza Rodrigues, *Mudança de sexo – aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*, São Paulo, 1996, p. 70 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²³ Apud Odile Diamant-Berger, *Le transsexualisme*, Paris, Masson, 1984, p. 63. No transexual há ocorrência invertida de um antígeno tecidual H/Y existente no homem, observam Sigusch, Meyenburg e Reiche, *Sexualität um Medizin*, Colonia, 1979 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²⁴ QUAGLIA, Dorina R. G. E., *O paciente e a intersexualidade*, São Paulo, 1980, p. 134 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

Essa questão envolve os direitos da personalidade, posto que se coloca na esfera do direito à vida, à identidade de gênero, à intimidade, à livre expressão sexual, à integridade física e psíquica e, muitas vezes, dificulta a inserção social do indivíduo.

Persistem nos tempos atuais a discriminação e os estereótipos negativos que dificultam ainda mais a aceitação familiar e social, inclusive, de colocação no mercado de trabalho, especialmente porque não há adequação entre a aparência física e o documento de identidade.

Por isso se justifica a realização da cirurgia de mudança de sexo de pessoa maior e capaz, permitindo-se a adequação do prenome e do sexo no registro civil.

O Conselho Federal de Medicina

*Considerou o transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e/ou auto-extermínio. O transexual, portanto, tem repugnância pela relação homossexual e pode chegar à automutilação e ao suicídio, porque psicologicamente responde ao estímulo do outro sexo. O transexual masculino, por exemplo, por sentir-se mulher, apresenta impulso sexual por homem heterossexual, mas tal desejo é feminino, não passando pela sua cabeça ter relações como homem, porque não se vê, nem se sente como tal.*²⁵

Inicialmente, a cirurgia de mudança de sexo foi regulamentada pela Resolução nº 1492/97, do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, foi revogada pela Resolução nº 1652/02, que a ampliou, a qual foi também revogada pela Resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina que ampliou as possibilidades do transexual.

*Conforme disposição expressa dessa Resolução, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário e que tenham sido submetidos à terapia, por no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhamento da equipe multidisciplinar (onde convivem como ser do sexo oposto antes da realização cirúrgica), e que apresentem desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, além de perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo; apresentem permanente distúrbio de identidade sexual de forma contínua, por no mínimo dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.*²⁶

*Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com a Resolução de nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente, e deve ser realizada em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa científica.*²⁷

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional do transexual*, cit., p. 55; BRETON, Jacques; FROHWIRTH, Charles; POTTIEZ, Serge, *Le transsexualisme: étude nosographique et médico-legale*, Paris, Masson, 1985 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, op. cit., p. 272; RAMSEY, Gerald. *Transexuais*, op. cit., p. 123-129 apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de bioética e biodireito*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2013

Assim, uma vez realizada a cirurgia redesignatória, outras questões legais vêm à tona, tais como a alteração do nome do transexual no assento registral e a determinação do novo sexo, que concretiza definitivamente sua inclusão social e afetiva, com fundamento no artigo 58, da Lei 6.015/73, alterado pela Lei 9.708/98.²⁸

Feitas essas considerações sobre os aspectos científicos do transexualismo e seus desdobramentos jurídicos, verifica-se a plena possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – aos transexuais, como, aliás, já tivemos a oportunidade de decidir na Vara do Foro Central da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pela concessão de medidas protetivas de urgência, independentemente da realização da cirurgia para mudança de sexo, cuja vítima estava na fila de espera.

Nesse sentido, a Nota Técnica Sobre a Aplicabilidade da Lei Maria da Penha à Violência Doméstica contra Transexuais e Travestis de Maria Berenice Dias, Presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁹

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁹ “A Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no exercício de suas atribuições institucionais, emite a presente nota técnica em face do questionamento feito pelo Conselho Regional de Psicologia da 16ª Região e por membros de movimentos sociais de todo o País, sobre a aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica contra transexuais e travestis. O consultante perquire se os artigos 1º e 5º da referida Lei, ao selecionar como critério de discriminação para definição do âmbito de aplicação da norma “a violência doméstica e familiar contra a mulher” (art. 1º), assim definida pela mesma lei como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º), compreendem a violência praticada contra transexuais e travestis. Nesta senda, apresentam-se dois pontos a serem analisados: - se os referidos artigos usam a expressão “mulher” como gênero (conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos indivíduos) ou tão somente como sexo (pessoa adulta do sexo feminino); - se transexuais e travestis integram o conjunto de algum destes dois conceitos. A distinção entre gênero e sexo se faz salutar: - gênero é elemento subjetivo constituído por aspectos psicológicos, sociais e culturais relativos aos padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos; - sexo é elemento biológico e objetivamente aferível, ressalvado o sexo civil, conceito jurídico que pode não coincidir com o gênero. Cumpre lembrar que a Lei nº 11.340/2006 foi editada como norma de tutela dos vulneráveis voltada a garantir proteção e isonomia entre os integrantes das unidades familiares e afetivas, ante a histórica e notória violência sofrida pelas mulheres decorrente do caráter patriarcal da sociedade brasileira. A subordinação econômica e social da mulher em relação ao pai, marido e posteriormente até mesmo em relação aos filhos culminou com a construção de um estereótipo de inferioridade do papel feminino. Como bem asseverou o Ministro Celso de Mello: [...] o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente, da praxis social, a deformante matriz ideológica que atribuía, à dominação patriarcal, um odioso estatuto de hegemonia capaz de condicionar comportamentos, de moldar pensamentos e de forjar uma visão de mundo absolutamente incompatível com os valores desta República. (STF – ADC nº 19/DF). A Lei, ao selecionar a mulher como elemento vulnerável, por certo não o fez em razão de presunção de que a mulher – como sexo – é biologicamente mais fraca que o homem e, portanto, deveria ser protegida. Se assim o fosse não faria sentido a proteção da mulher vítima de violência por outra mulher, situação que presumiria um equilíbrio entre os sujeitos e afastaria a necessidade de uma discriminação positiva. Não bastasse, se o critério distintivo do plano de incidência da norma fosse tão somente a mulher como “pessoa adulta do sexo feminino”, não se justificaria a exigência legal de que a violência seja “baseada no gênero” (art. 5º), bastando, para tanto, a suposta condição de fragilidade decorrente do sexo feminino. Tal distinção encontra consonância com precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Não se descarta que o telos fundamental da Lei nº 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem. Nesse aspecto, a regra contida no art. 5.o do estatuto legal é eloquente: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [...]”. (STJ. Habeas Corpus 196.877 – RJ). É a mulher como gênero feminino, portanto, o objeto de proteção da lei, em razão do estereotipado papel social e cultural que exerce na sociedade, sobretudo como elemento mais frágil dentro da entidade familiar, historicamente subordinada ao pai, ao marido, companheiro, e até mesmo aos filhos. É a violência motivada em razão deste estereótipo de inferioridade que autoriza a relativização da igualdade formal para, através da ação afirmativa do Estado, proteger a pessoa de gênero feminino contra quem quer que seja o autor de tal violência. Justamente pela violência ser perpetrada em razão do gênero, e não do sexo, que se admite que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher. Delineado o campo de atuação normativa, cabe analisar a possibilidade de aplicação da

Digno de destaque, outrossim, o emblemático julgamento do Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, da Colenda 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 8 de outubro de 2015, que teve como Relatora a eminente Desembargadora Ely Amioka, a qual, em seu brilhante voto, concedeu a segurança para aplicar em favor da vítima transexual as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006.

Confira-se o julgado, cujos nomes das partes foram ocultados para preservar sua intimidade:

A segurança deve ser concedida. Narra a IMPETRANTE que manteve relacionamento amoroso com R.F.S.O. por cerca de um ano, e após o término da relação este passou a lhe proferir xingamentos e fazer ameaças. Diante dos fatos, a IMPETRANTE registrou a ocorrência perante a Autoridade Policial e, mantidas as ameaças, solicitou a aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. O Juízo de origem, contudo, indeferiu as medidas pleiteadas alegando que estas têm por objetivo a prevenção e coibição de violência doméstica e familiar motivada por desigualdade de gênero em face da mulher, excluindo, assim, sua aplicação em favor da ora IMPETRANTE, que biologicamente pertence ao sexo masculino. Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito

Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica tanto contra transexuais como travestis, independente de terem se submetido a adequação do sexo morfológico ou alteração do registro civil.[...] identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou a outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. No entanto, a determinação do gênero não decorre exclusivamente das características anatômicas, não se podendo mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais.⁴ Transexuais e travestis se caracterizam pelo pertencimento a um gênero diverso daquele apresentado pelo fenótipo de seu corpo. Tanto quem anatômica e legalmente seja um homem, identificado no gênero feminino, como quem, anatomicamente uma mulher, se identifique como do gênero masculino. A exigência de prévia cirurgia agrediria a Constituição Federal no que concerne ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Na lição de Capelo de Souza: “A natureza deste (corpo humano), enquanto bem juscivilisticamente tutelado, impõe ainda o relevo jurídico do poder natural de autodeterminação de cada homem sobre o seu próprio corpo. Pelo que, o titular do corpo tem poderes juridicamente reconhecidos em exclusividade, v. g., para dirigir e conformar o seu próprio corpo, para se sujeitar ou não a tratamentos e operações”⁵. Não bastasse, salutar a constatação de que a própria lei em comento, corroborando sua natureza de norma protetiva de direito dos vulneráveis, expressamente afasta qualquer interpretação restritiva em razão de orientação sexual, como se constata do parágrafo único de seu art. 5º: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. Se é certo que a mulher foi e ainda é discriminada em razão de um estereótipo de inferioridade, não menos certa é a situação de vulnerabilidade suportada por transexuais e travestis, minorias alvo de agressões, preconceito e constantemente relegada à invisibilidade estatal. A Lei Maria da Penha não cria qualquer restrição as transexuais e travestis, tampouco exige prévia retificação do registro civil ou cirurgia de adequação de sexo, e onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. Estabelecida proteção da mulher como gênero, e não como sexo, mostra-se plenamente aplicável à violência doméstica praticada contra transexuais e travestis do gênero feminino. Destarte, seja pela interpretação teleológica do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que seleciona como elemento de discriminação o gênero feminino, e não o sexo; seja pelo caráter inclusivo e de reparação das desigualdades socioculturais no ambiente doméstico e familiar, aplica-se às situações de violência doméstica e familiar sofridas por transexuais e travestis do gênero feminino as disposições da Lei nº 11.340/2006.”

às características biológicas do ser humano, dentre as quais G. não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui G. pode ser considerada mulher. A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como G., e não como J. C. Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido. E esta Corte já decidiu, por exemplo, que a alteração do nome civil não exige a realização prévia de cirurgia para mudança de sexo: “RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – Pretensão da autora de alteração de prenome feminino para masculino – Nome feminino que, em face da condição atual da apelante, a expõe ao ridículo – Fotos que demonstram, verdadeiramente, que a aparência da autora é de um homem – Laudo psicológico que atesta a necessidade da retificação da pessoa humana - Possibilidade de modificação.” (Apelação Cível nº 0055269-67.2008.8.26.0576, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. em 03/02/2015). É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de R., que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. G. sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso. Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Berenice Dias: “(...) Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenha identidade com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra ela no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (...)” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010). Por fim, cumpre observar que o documento de fls. 81, juntado por R., em que G. afirma ter reatado o relacionamento, em nada altera a situação aqui tratada. O Mandado de Segurança é ação constitucional que não admite dilação probatória, não cabendo ao agressor juntar aos autos documento assinado pela vítima a fim de afastar a necessidade das medidas pleiteadas. Caso G. não pretendesse o seguimento da ação, deveria ter peticionado por meio da Defensoria Pública, que a representa nestes autos. E apenas como esclarecimento, a assinatura aposta na Declaração de fls. 81 não coincide com a firmada no documento de identidade de G., como se observa às fls. 18. Assim, concede-se a segurança para aplicar em favor de G.S.P. as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.340/06.”

Conclusão

Longo foi o caminho trilhado até a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

No presente estudo, o leitor teve a oportunidade de deparar com o esboço histórico da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em plena consonância com o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal; com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, sendo considerada uma das melhores leis do mundo de proteção à mulher.

Por outro aspecto, a própria lei acenou com a livre orientação sexual em seu artigo 5º, parágrafo único.

Assim, considerando a relevância da proteção à mulher em situação de violência, consiste em importante instrumento para a proteção de transexuais masculinos do gênero feminino, que são portadores de um desvio psicológico que os fazem acreditar que pertencem ao sexo biológico oposto ao seu, o que justifica, inclusive, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 a estes grupos de vulneráveis.

Bibliografia

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós-Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. IV.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo Saraiva, 2013. (Coleção saberes monográficos).

BIANCHINI, Alice. *Aplicação da Lei Maria da Penha a transexual*. Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/121814113>. Acesso em: 22 out. 2015.

BLAY, Eva Alterman (Coord.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. 1ª ed., São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

CABRAL, Francisco; DIAZ, Margarita. Relações de gênero. In: BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte; Fundação Odebrecht. *Cadernos afetividade e sexualidade na educação: um novo olhar*. Belo Horizonte: Rona, 1998. p. 142-150.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Nota técnica sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência doméstica contra transexuais e travestis*. Brasília, DF: Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2014. Não paginado.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed., rev., aum. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

KOTLINSKI, Kelly. *Diversidade sexual – uma breve introdução*. Disponível em: <www.coturnodevenus.org.br/leisejuris/diversidadesexual.htm>.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a “Lei Maria da Penha”. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico

Jayme Walmer de Freitas

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Considerações preliminares; 2. O estupro de vulnerável. Crime hediondo; 3. A presunção de violência; 4. O dolo do agente. O erro de tipo; 5. A posição pacífica dos Tribunais Superiores; Conclusão.

1. Considerações preliminares

Tema instigante para os que militam na área criminal é o afeto aos crimes hoje etiquetados “Contra a Dignidade Sexual”. Entre das novidades mais relevantes, trazidas pelo diploma em 2009, a atinente à vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável tem suscitado intensos debates no campo doutrinário e jurisprudencial.

O objetivo é pontuar e discutir casos em que a vítima, nessa faixa etária, consente com os atos libidinosos ou conjunção carnal, ou detém alguma experiência sexual. E, no mais das vezes, quando há o consentimento e/ou experiência sexual da pessoa menor de 14 anos não há concorrência de emprego de violência ou grave ameaça por parte do agente, de sorte que fica a indagação sobre a responsabilidade penal do agente à luz dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

Atente-se que a criação do tipo do estupro de vulnerável teve por fim maior pôr fim à figura da presunção de violência ou violência presumida ou ficta, extirpando-a do cenário nacional e substituindo-a por situações fáticas que se adequassem imediatamente ao tipo. A intenção foi e é digna dos maiores elogios, que ora denominamos **ideal**, contudo, em nosso sentir, não há como aplicá-la, de modo absoluto, a todo e qualquer caso do cotidiano criminal, ao que denominamos **real**, a despeito de ilustradas opiniões doutrinárias naquele sentido, atualmente abraçadas pelo STF e pelo STJ.

Do cotejo entre o **ideal** e o **real** nosso desejo é estabelecer uma ponte para que o leitor pondere sobre o caminho a guiar, inclusive se o real conduzir ao **pragmatismo**. Por **pragmatismo** não pensamos na doutrina anglo-americana somente, mas na praticidade que os juízes podem imprimir para alcançar sua justiça.

O estupro de vulnerável tem sua previsão expressa no art. 217-A com a seguinte redação: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos” e, ainda, o equiparado no § 1º: “Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

2. O estupro de vulnerável. Crime hediondo

Vulnerável, no sentido etário, na definição do legislador penal é o **menor de 14 e o menor de 18 anos**. Aquele constante dos arts. 217-A; 218, e 218-A e o segundo expresso nos arts. 218-B; 230, § 1º; 231, § 2º, I, e 231-A, § 2º, inc. I. O menor de 14 anos recebeu a maior proteção porquanto o legislador se preocupa com a criança e com o recém-ingresso na adolescência, ou seja, com a pessoa menos evoluída e desenvolvida no campo pessoal e sexual. Por essa dupla preocupação alvitrada na lei, fala-se que existem duas vulnerabilidades: a absoluta (menor de 14 anos) e a relativa (menor de 18 anos). Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, v. 4, p. 92; idem Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 1105 e Julio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini, *Código Penal Interpretado*, p. 1382.

Também é vulnerável aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

A vulnerabilidade veio, *dissimuladamente*, como pondera Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*, v. 4, p. 97), ocupar o lugar da presunção de violência, constante do revogado art. 224 do diploma penal, que tinha o seguinte teor: “Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

De todo modo, foi correta a exclusão da figura da presunção (*ideal*), uma vez que esta deve ser evitada no Direito Penal, mormente quando contrária aos interesses do réu. Ora, presumia-se que ele obrou com violência, ao praticar ato sexual com pessoa não maior de 14 anos ou nas demais situações previstas no tipo.

Hungria já nos ensinava que essa presunção de violência tinha natureza relativa, ou seja, admitia prova em sentido contrário (*Comentários ao Código Penal*, v. VIII, p. 230), visando à não transigência com a responsabilidade objetiva. Assim, era permitida a produção de provas que o levassem à absolvição, seja porque houve o consentimento, seja porque a vítima tinha vida dissoluta ou era afeita às coisas do sexo. Extirpada a presunção do texto legal, nasceu a vulnerabilidade e procurou-se sepultar a figura da presunção. Pelo menos este foi o intuito.

Contudo, para maior parte da doutrina nacional, da qual citamos alguns, Bitencourt e Nucci, ladeados por Rogério Sanches Cunha (in: *Manual de Direito Penal*, p. 496), Capez e Prado (*Código Penal Comentado*, p. 468) e Damásio E. de Jesus (*Código Penal Anotado*, p. 787), o instituto remanesce intocado (*real*). Senão se puder falar da presunção, pelo menos, como expressa Damásio:

[...] a realização de atos libidinosos consensuais, notadamente quando diversos da conjunção carnal, oral ou anal, envolvendo adultos e adolescentes (pessoas com doze anos completos), sempre deverá ser analisado com cautela. O fato poderá ser formalmente típico, mas poderá não se revestir de tipicidade material, por não atentar contra a dignidade sexual do menor que já saiu da infância.

Em sentido contrário, encontramos Celso Delmanto et al. (*Código Penal Comentado*, p. 705), Julio F Mirabete e Renato N. Fabbrini (op. cit., p. 1383) e Rogério Greco (*Código Penal Comentado*, p. 654-655).

Para Julio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais [...]. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral (op. cit., p. 1383).

O estupro de vulnerável, consoante dispõe o art. 1º, inc. VI, da Lei 8.072/90, é crime hediondo, tanto nas formas simples (*caput* e § 1º), como nas qualificadas (§§ 3º e 4º).

3. A presunção de violência

Ao contrário do previsto no estupro em sua forma fundamental, o de vulnerável prescinde do constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, pelo fato da idade. Sempre que a vítima for menor de 14 anos, incide o tipo em apreço. Alcança toda situação em que a vítima concorda com o ato sexual, independente da motivação, i.e., seu consentimento é inválido. Trilhou o legislador pelo fato da idade como elemento do tipo, não admitindo qualquer relativização, ainda que se fundasse na presunção revogada ou no Estatuto da Criança e do Adolescente (até 12 e de 12 a 18 anos), ao empregar no tipo a expressão *menor de 14 anos* e não criança ou adolescente.

Como se sabe, o estupro se dá mediante o emprego de **violência real**, pela coação física ou moral e a vítima não tem a possibilidade de resistir. Na **violência ficta**, outrora prevista no ordenamento, o legislador reputava a conjunção carnal ou o ato libidinoso realizado com emprego de violência, ainda que contasse com o consentimento para a prática do ato sexual. Como a ofendida não possuía capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência, o crime se materializava, bastando combinarem-se os tipos do estupro (art. 213) e/ou atentado violento ao pudor (art. 214) com a presunção legal (art. 224) para se aperfeiçoar o crime. Atualmente, a conjunção carnal e os atos libidinosos integram o tipo penal do estupro (art. 213), de modo que basta o acréscimo da elementar “menor de 14 anos” para a adequação imediata ao estupro de vulnerável (art. 217-A), independentemente da modalidade de violência empreendida pelo agente. Porém, em nosso sentir, quando houver o consentimento da vítima (homem ou mulher), dúvidas surgirão sobre o reconhecimento da responsabilidade penal do imputado, impondo-se uma análise individualizada, caso a caso, para formação do convencimento judicial.

Para termos uma noção da evolução da presunção de violência no Brasil, conveniente nos abeberar em Nélson Hungria, em seus *Comentários ao Código Penal*.

Leciona que: “Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a CARP-SOVIO, o Código *presume* ou *finge* a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima por

sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido [...]”. (p. 225).

No Brasil, a presunção de violência já era prevista no Código republicano de 1890, que em seu art. 272 preconizava: “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos”.

Nélson Hungria refere que na Exposição de Motivos do Código de 1940, o Ministro Francisco Campos enfatizava a necessidade de progresso em face do Código de 1890, com os seguintes argumentos:

[...] O fundamento legal da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre, se se presta à lascívia de outrem. [...] (op. cit., p. 228).

Daí, o Código Penal trazer a lume a redução da idade da presunção de 16 para 14 anos, com o acréscimo de duas novidades nas alíneas b e c: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. A evolução do mundo, entre

[...] contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o direito penal, em matéria sexual, permanesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos?) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de adotar novas posições, de passar por um processo de re-composição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face de diversas modalidades de orientação ou opção sexual [...]

segundo Alberto Silva Franco e Tadeu Antonio Dix Silva (*Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência*, p. 1096). A mudança de mentalidade, após 50 anos, da sociedade, formatou o passo natural para a redução da idade, na violência ficta.

Nada obstante, a presunção de violência sempre carregou esse componente criticável no Direito Penal: presumir contra o réu.

Por conta da evolução das teorias, do pensamento do direito, independente de seu ramo, público ou privado, após a edição da Constituição Cidadã de 1988, a presunção recebeu críticas de alguns setores da doutrina, acoimada de inconstitucional ou por não ter sido recepcionada. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes defendeu a necessidade de reconstrução do tipo penal (apud *Código Penal e sua Interpretação*, p. 1094-1095).

Na esteira desses pensamentos inovadores, foi tentada, sem sucesso, a alteração do texto legal, mediante reforma da Parte Especial do Código Penal. Independente de

ideologias, o ponto comum alinhavado pontuava ser imprescindível uma redação que protegesse as crianças, mormente após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o limite de 12 anos de idade foi pautado em 1994 como razoável para se reprimir qualquer constrangimento à criança.

Na ocasião, a Primeira Subcomissão de Reforma trouxe dois novos tipos penais, a saber: “Violação sexual de menor. Art. 135. Praticar cópula vaginal ou anal com menor de doze anos de idade: Pena – reclusão, de cinco a dez anos”; e, “Abuso sexual de menor. Art. 136. Praticar com menor de doze anos de idade, ato libidinoso grave diverso da cópula vaginal ou anal. Pena – reclusão, de três a seis anos”.

Como se sabe, a reforma pretendida não evoluiu...

Descuidando dessa progressão de pensamento, o legislador vem em 2009 e edita a Lei 12.015/09, optando por manter a idade de 14 anos como paradigma para construção do tipo penal do estupro de vulnerável, em substituição ao art. 224.

Tanto se mostrou desconforme à razoabilidade, que no Anteprojeto de Reforma do Código Penal entregue ao Congresso Nacional, no ano de 2012, a Comissão Redatora prevê o crime de estupro de vulnerável com a seguinte redação: “Estupro de vulnerável. Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos”.

Curioso o proceder do legislador de 2009, mas, claramente, decidiu repudiar a vulnerabilidade absoluta aos 12 anos de idade e estendê-la até os 14 anos, contrariando a lógica e o bom senso que estiveram presentes nas alterações legislativas acima pontuadas. Ora, se antes de 1940, a redução de 16 para 14 anos foi considerada imponível, porquanto o Ministro Francisco Campos se preocupava com a hipocrisia de uma realidade insofismável, de que os adolescentes à época (1940) detinham algum conhecimento das coisas do sexo, de modo que a redução em dois anos era mais que razoável, afigure-se o quadro atual, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente define os limites etários para diferenciar criança de adolescente. Não podemos olvidar, diferentemente do que ocorria na primeira metade do século XX, que a mídia, em especial a televisiva, ingressa em nossos lares levando cenas de nudez, ócio, erotismo e sensualidade em todos os horários do dia, através das novelas, *reality shows* e similares.

Se em 1940, a adolescência era considerada evoluída a ponto de justificar a redução da presunção de violência nos crimes sexuais para 14 anos, incompreensível nosso legislador, quase 70 anos após, optar por manter o mesmo parâmetro. A quadra histórica atual mostra os recém-ingressos na adolescência comportando-se como conhecedores das coisas do sexo de forma altamente precoce; jovens de doze e treze anos namoram e se relacionam erótica e sexualmente com o consentimento dos pais e até porque a educação sexual está inserida no currículo escolar. Para nós, a manutenção da idade de 14 anos, desprezando o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela absoluto e incompreensível descompasso com a realidade. O legislador tratou, e agora os tribunais pátrios lançam ao mesmo patamar, o namorado e o estuprador, como poderemos conferir adiante.

Tivesse reduzido a idade para *menor de 12 anos* e as polêmicas decorrentes de crimes praticados contra os adolescentes praticamente findariam. No máximo, cingir-se-iam a casos pontuais de relevância mínima, considerado o contexto atual.

Em suma, pensamos que foi malograda a opção do legislador, haja vista ter deixado aberto a via da presunção de violência em situações específicas, como pensa boa parte de nossos doutrinadores.

Não obstante nossa argumentação, os Tribunais Superiores, leia-se: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça perfilham a tese da absoluta “intangibilidade sexual dos menores de 14 anos”, como leciona Damásio de Jesus. E pensam assim, em defesa da estabilidade jurídica e de entendimento uniforme dos tribunais pátrios, preconizando a responsabilidade objetiva para toda e qualquer hipótese em que sobrevenha conjunção carnal ou ato libidinoso diverso dela envolvendo menores de 14 anos.

4. O dolo do agente. O erro de tipo

Para a configuração do crime em estudo impõe-se que o agente tenha pleno conhecimento da menoridade da vítima, i.e., homem ou mulher menor de 14 anos. A dúvida sobre a idade, enfermidade ou doença mental da vítima pode caracterizar o dolo eventual. O erro de tipo exclui o dolo, tornando o fato atípico; pode, nas circunstâncias, configurar outro crime (CP, arts. 213 e 215).

Imperativo observar que, não raro, nos dias atuais, a mulher quer conquistar o homem, diferentemente de outrora. Basta ouvir e nos inteirarmos de uma realidade fática de nossos dias e nos afastarmos um pouco das letras para compreender o que flui nas ruas: as músicas de estilo funk exortam as mulheres à prática de atitudes eróticas que a levarão à conquista do parceiro desejado. Essas lições ouvidas por crianças e recém-adolescentes, em rádios e TV, são reais e penetram em seu imo e o resultado pode e precisa ser analisado no caso concreto, não ser, simplesmente, relegado à idade da vítima.

Neste tópico, exemplos vários podem ser mencionados, tais como, de jovens vestidas de forma extravagante e provocante em “baladas”. Perfeitamente crível que elas seduzam outrem do mesmo sexo ou não, dizendo-se maiores de 14 anos ou silenciando a respeito, mas transmitindo a impressão de serem maiores; ainda há aquelas que se utilizam de cópia de cédula de identidade falsa para ingressar em eventos, como festas *rave* ou danceterias.

Lembrando Cezar Roberto Bitencourt, nos autos da Apelação n. 0001514-26.2012.8.26.0306, cuja ementa será reproduzida, o Juiz Airton Vieira aduz sobre situações que tendem a comprometer a capacidade de real compreensão do agente:

Logicamente, não se pode desprezar a possibilidade, bastante frequente, da ocorrência de erro de tipo em relação à idade do menor, sendo, ademais, impossível determinar-se ao ‘consumidor’ que, antes de qualquer ato de libidinagem, exija a apresentação de documentos, os quais, ainda assim, podem não ser verdadeiros. Nesse meio, por outro lado, é comum que menores tenham aparência envelhecida além de sua idade real, decorrente de insônia (noites mal dormidas), ingestão excessiva de álcool, enfim, os maus-tratos que a vida devassa lhes oferece contribuem para aparência de ‘amadurecimento’ (entenda-se envelhecimento) precoce. Esses aspectos, suficientemente idôneos para levar ao erro, afastam a tipificação do crime, por ausência de dolo. (Tratado de Direito Penal, 5. ed., atual., Saraiva, 2011, parte especial, v. 4).

Vejamos algumas decisões locais e de tribunais superiores que reconheceram o erro de tipo pelo fato da idade:

Apelação. Estupro de vulnerável. Recurso defensivo. Absolvição pretendida. Procedência. Réu que negou ter conhecimento da idade da menor. Relação sexual consentida entre a vítima e o acusado. Testemunhas dando conta de que a ofendida aparentava ter mais idade do que realmente tinha. Inexistência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Violência presumida que não tem caráter absoluto, devendo ser analisada com acuidade caso a caso. Precedentes. C. STJ. Absolvição de rigor. Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP – APL: 21683320078260453 SP 002168-33.2007.8.26.0453, Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 07/08/2012, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/08/2012).

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO CONFIGURADO COM RELAÇÃO À PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE QUE CEDE ESPAÇO ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO DA DEFESA. 1. Insuficiência de provas quanto ao crime de estupro de vulnerável. A prova oral judicial não foi apta a confirmar, categoricamente, que o réu tinha conhecimento que a vítima era menor de 14 (catorze) anos. A presunção desta última, segundo o entendimento jurisprudencial majoritário, é absoluta, nada obstante entenda que tal presunção deva ser relativizada em situações excepcionais, devendo ser analisada, pormenorizadamente, em cada caso concreto. Existência de prova, nos autos, de que a vítima mentiu sobre a sua idade para o réu, com o escopo de manter relações sexuais, de natureza consensual, nada obstante menores de 14 (catorze) anos não possam livremente consentir, tudo a levar a crer que ele não tinha condições de pressupor que se tratava de uma menor de 14 (catorze) anos. Erro de tipo caracterizado, razão pela qual a sua absolvição, por ausência de dolo, é medida que se impõe. Precedentes da Doutrina e da Jurisprudência. 2. Provimento do recurso defensivo. (TJ-SP nº 0001514-26.2012.8.26.0306, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 20/08/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária).

STJ: “I – Na denominada violência ficta, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontram nas situações previstas no art. 224 do Código Penal. O error aetatis, na hipótese da presunção inculpada na alínea a, afetando o dolo do tipo, é relevante (art. 20, caput, do Código Penal) e afasta a adequação típica (precedentes) [...]” (RSTJ 159/570).

STJ: “Habeas Corpus – Penal – Relações sexuais com menor de 14 anos de idade – Violência ficta – Erro de tipo. Inexiste empeco legal à aplicação do error aetatis em relação à presunção de violência, se caracterizado em concreto, por sua relevância, tendo presente o disposto no art. 2º, caput, do Código Penal. O error aetatis, afetando o dolo do tipo, é sobranceiro, ‘afastando a adequação típica e prejudicando, assim, a quaestio acerca da natureza da presunção’. Ordem concedida para absolver o acusado” (RSTJ 126/361).

Não se pode conceber o magistrado um ser frio, simplesmente afeito à letra da lei, sem ponderar para o caso concreto e se atrelar a precedentes, sem avaliar o contexto do que lhe foi trazido. Guilherme de Souza Nucci orienta que:

Muitas pessoas, embora menores de 14 anos, podem aparentar a terceiros já ter atingido a referida idade. Há as que possuem um corpo físico avantajado ou se maquiavam em excesso; outras, pelas suas atitudes (ex.: prostituição de longa data), parecem ter mais idade do que realmente têm; enfim, a confusão com o elemento do tipo menor de 14 anos pode eliminar o dolo. (Código Penal Comentado, p. 1107).

A título de ilustração, no voto prolatado nos autos do HC 109.206/RS, em 16.11.2011, o Ministro Luiz Fux acenou que

[...] a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter.

Lecionam Jescheck e Weigend:

Existe error de tipo cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda. La consecuencia verdaderamente obvia de un error de esta naturaleza la expresa el § 16: el autor actúa sin dolo. La disposición es aplicable análogicamente a circunstancias que, aunque en realidad no pertenecen al tipo, deben ser abarcadas por el dolo como por ejemplo sucede con las circunstancias que agravan la pena en el marco de la determinación de ésta [...]. Internamente el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como también en la falta de representación, pues muy genéricamente el error significa la no coincidencia entre la consciencia y la realidad. (Tratado de Derecho Penal, parte general, p. 328-329).

5. A posição pacífica adotada nos Tribunais Superiores

Por todos os decisórios emanados do Superior Tribunal de Justiça, elegemos um do ministro Sebastião Reis Júnior, exarado nos autos do Recurso Especial 1.371.163, do Distrito Federal, em 25/06/2013. Neste, o Magistrado bem elucidou que as eventuais divergências existentes naquele sodalício, quanto à manutenção do instituto da presunção de violência ter caráter relativo, restaram superadas. Pondera que, atualmente, o entendimento uniforme é no sentido de que a presunção tem caráter absoluto. Como é cediço, após o Supremo Tribunal Federal pôr uma pá de cal sobre o assunto, restava ao Superior Tribunal se afinar com a Corte Suprema de nosso país, abandonando posições pessoais divergentes, em favor da unidade de pensamento.

Vejamos a ementa do acórdão em estudo, para em seguida mostrarmos as considerações lançadas pelo magistrado quanto à justificativa da necessidade de unificação da jurisprudência superior:

In verbis:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (STJ – RE 1.371.163/DF, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA).

O caso submetido ao STJ consistiu no namoro entre JFJ, um homem de 30 anos e AAF, uma recém-adolescente de 12 anos, na cidade de Samambaia, no Distrito Federal. Aquele pediu a mão de AAF em namoro à mãe, e esta lhe negou, justamente por conta da idade da filha.

A menina fugiu de casa e foi acolhida em casa de amigos de JFJ. No período de 6 de janeiro de 2010 a 3 de fevereiro de 2010, no interior da casa dos amigos, JFJ manteve conjunção carnal, por pelo menos quatro vezes, com AAF.

Sobreveio condenação em primeiro grau, a uma pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) em continuidade delitiva.

Nada obstante, o Tribunal distrital, por unanimidade, absolveu o recorrido, cuja ementa tem o seguinte teor:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo

penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato.

2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo.

3. Recurso provido.

No acórdão em que cassa o acórdão supra, o Ministro tece ampla e profunda discussão sobre a busca de um entendimento comum entre as Cortes Maiores da Nação. Assim, citando colega da Corte:

Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte, Melhor será extingui-la (AgRg nos EREsp n. 228.432, DJ 18/3/2002, Ministro Humberto Gomes de Barros).

Mais, mencionando voto seu anterior, nos autos do EREsp n. 1.021.634, justificara a necessidade de unificação dos entendimentos entre as maiores Cortes, com os seguintes argumentos:

[...]

A questão em apreço é por demais conhecida: discute-se, como bem definiu a eminente Relatora, se a violência presumida referida no art. 224 do Código Penal deve ou não ser relativizada quando a vítima for menor de 14 anos. A Ministra Maria Thereza concluiu que a violência presumida deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto. Pediu vista o Ministro Gilson Dipp, que, após cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, concluiu que a presunção de violência é absoluta. Não teria dúvidas em aderir aos votos da eminente Relatora e do Ministro Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a farta, reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em tela relacionada pelo Ministro Gilson Dipp. E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o Superior Tribunal de Justiça mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões. Entendo que, no momento por que

passamos, é essencial que o Judiciário transmita ao jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante, Ed. Juruá, 2006, pág. 299), “a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas”. Ao analisar a questão da segurança jurídica quanto à necessidade de o Judiciário transmitir para o jurisdicionado um pensamento coerente, estável, uniforme, o Prof. Marcelo Alves Dias de Souza nos apresenta lição altamente esclarecedora de Ehrlich (grifo nosso):

A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido [...] Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito. Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. Dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho. Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada. Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e predizer as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomar as providências necessárias de acordo com isso. A lei da estabilidade das normas jurídicas de decisão funciona, sobretudo, no tempo. O Tribunal não irá, sem uma boa causa, afastar-se de uma norma que aplicou na decisão de um caso enquanto a norma for lembrada, e, com frequência são tomadas medidas especiais para impedir que sejam esquecidas. Mas também funciona no espaço: pois as normas para decisão que foram encontradas por um tribunal serão prontamente aplicadas por outros tribunais que existem na mesma esfera de influência, se não por outra razão, a fim de evitar o provável trabalho de encontrar normas [...]

Na mesma linha interpretativa de estabilidade das decisões por parte dos Tribunais, recorda voto da lavra do Ministro Luiz Fux, quando indeferiu liminar nos autos do HC n. 109.206, em 08/08/2011, nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a violência em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o artigo 224, “a” do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, é absoluta, consoante se vê dos seguintes julgados [...] O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamentos de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.

E fecha o raciocínio, pontuando pela cassação do acórdão com o restabelecimento do decimum condenatório de primeiro grau:

O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao recorrido. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu [...] para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.

No mesmo sentido do texto, o Desembargador aposentado Walter de Almeida Guilherme, então Ministro convocado junto ao TJ/SP, teceu importante lavra sobre o tema, nos autos do Recurso Especial n. 1.366.189/AC, em 26/11/2014, como se vê a seguir:

[...]. Quanto ao recurso especial, verifico que a insurgência merece prosperar.

Com efeito, a celeuma em torno do tema é antiga, já tendo a matéria sido discutida nesta Corte Superior por diversas vezes. Aqueles que defendem a relativização da presunção de violência levam em consideração as mudanças ocorridas na sociedade desde a edição do Código Penal. Já os que têm entendimento contrário sustentam ser indispensável a proteção dos menores de 14 (quatorze) anos, haja vista se tratarem de indivíduos ainda em desenvolvimento.

A Terceira Seção manifestou-se novamente, por meio de embargos de divergência julgados recentemente, no sentido de que se mostra indiferente a condição da vítima para caracterização da violência presumida, a qual se constitui com a mera constatação da idade da vítima à época dos fatos. De fato, a lei reconheceu, de forma objetiva, que pessoas menores de 14 (quatorze) anos não seriam suficientemente desenvolvidas para decidir sobre seus atos sexuais.

E finaliza enfatizando a uniformidade reinante no Supremo Tribunal Federal, com base em decisão da lavra da Ministra Laurita Vaz, em embargos de divergência sobre o tema em comento, *in verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda

não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual. 2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento “quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.” (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001. 4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas. (EREsp 1152864/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 01/04/2014).

Conclusão

A posição pacífica dos Tribunais Superiores no sentido de que a condição objetiva prevista no art. 217-A uma vez ocorrida impõe a condenação do agente, em nosso sentir, conquanto seja o **ideal**, não é a melhor solução para o problema da presunção de violência, que se arrasta há mais de um século em nosso país. Basta, pois, que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, para a adequação típica ser reconhecida. O consentimento ou a experiência sexual pretérita são indiferentes, em especial porque o consentimento é inválido e de valor algum o conhecimento das coisas do sexo.

Assume-se uma postura contrária ao bom senso, ao razoável, ao **real**, e se pune quem quer que seja, bastando que tenha incidido nas elementares do dispositivo em questão, sem se avaliar o fato e as circunstâncias. Em outras palavras, ainda que estejam casados e com filho da relação espúria, haverá de sobrevir condenação. Mesmo que a união tenha sido abençoada pelos pais, a condenação é irrefragável.

Vimos que, em 1940, se operou a redução da idade da presunção de violência de 16 para 14 anos. Quase 70 anos após, com o Estatuto da Criança e do Adolescente definindo os parâmetros entre criança (até 12 anos) e adolescente (acima de 12 anos e até 18), além de uma tentativa de alteração da Parte Especial do Código Penal, o legislador permaneceu alheio, de sorte que não se pode negar que à luz do mundo globalizado em que vivemos, os jovens possuem, sim, condições de anuir com atos sexuais. Ora, se o **ideal** é a busca da sintonia entre todos os organismos do Poder Judiciário em decisões uniformes, objetivas, distantes de paixões e de convicções pessoais, ao estilo de precedentes incorruptíveis e vinculantes, na busca do aperfeiçoamento da estabilidade das normas jurídicas, à evidência esta postura compromete uma avaliação real e situacional, mais acurada das circunstâncias que permearam o fato, da motivação que resultou no ato libidinoso ou na conjunção carnal sem violência.

Por conta dessa análise, conquanto o **ideal** fosse o melhor na esteira do entendimento jurisprudencial, preferimos o **real**, com ênfase no fato, na *voluntas*, nas circunstâncias que conduziram o agente à prática do ato, mormente porque a doutrina oferece amplo apoio. Daí, pensamos que o pragmatismo judicial (ativismo) há de ser adotado nos casos em tela. Não só o pragmatismo defendido teoricamente na doutrina americana, mas o pragmatismo literal do magistrado que busca a justiça no caso concreto. Se o **pragmatismo** é uma teoria sobre a atividade judicial, em que pensar o direito sob a ótica pragmatista implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes; ser pragmático, no aspecto jurídico-humanitário, implica em promover considerações de ordem prática, ponderar o bom senso, ser realista e objetivo.

Não é difícil concluir que a idade de 12 anos pode e deve ser o marco definitivo para se estabelecer a vulnerabilidade, contudo até que se chegue a tanto, o melhor caminho é trilhar pela atipicidade do fato quando o ofendido consentir ou souber das coisas de cunho sexual e tiver 12 anos ou mais e menos de 14 anos.

Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

CAPEZ, Fernando; PRADO Stela. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2013.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. VIII.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Beccaria e Freud: reflexões sobre sistema punitivo a partir do olhar de Foucault¹

Oswaldo Henrique Duek Marques²

Advogado e procurador de Justiça aposentado

Introdução

No dia 10 de janeiro de 1979, Michel Foucault inicia sua aula sobre o *Nascimento da Biopolítica*, em seu curso no *Collège de France* (1978-1979), fazendo menção à citação utilizada por Freud, em epígrafe da obra *Interpretação dos Sonhos* (1900): “*Acheronta movebo*” (*flextere si nequeu Superos, Acheronta movebo*, “se eu não posso dobrar os deuses do Olimpo, revolverei o Aqueronte!”). Essa citação estaria em oposição a outra, do estadista inglês Walpole, no século XVIII, acerca de sua maneira de governar: “*Quieta non movere*” (“não se deve tocar no que está quieto”) – relativa ao liberalismo, arriado na economia política, na racionalização da prática governamental. A intenção de Foucault é situar seu curso sobre o *Nascimento da Biopolítica*, sob o signo da citação de Walpole, e não sob a epígrafe da *Interpretação dos Sonhos*.

Inicialmente, a título de ilustração, procuraremos neste estudo verificar os motivos que levaram Freud a escolher a citação extraída do poema épico *Eneida*, de Virgílio, para a epígrafe da *Interpretação dos Sonhos*. A seguir, será analisado o liberalismo, da ótica do referido curso de 1979. Buscaremos também identificar reflexos do liberalismo na obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), com grande influência a partir da segunda metade do século XVIII.

Na sequência, apreciaremos fragmentos do pensamento freudiano, importantes para a compreensão do sistema punitivo, da ótica da Psicanálise. Ao final, não deixaremos de apresentar nossas conclusões sobre os temas tratados.

1. A Interpretação dos Sonhos (*acheronta movebo*)

A citação utilizada por Freud – *acheronta movebo* – refere-se à fala da deusa Juno, no canto VII, do poema épico *Eneida*, de Virgílio (1983, p. 150): “Mas eu, a grande esposa de Júpiter, eu que nada deixei de tentar, que a tudo recorri, sou vencida por Enéias! Se meu poder não é assaz grande, não hesitemos em implorar não importa que deus! *Se não posso dobrar os deuses do Olimpo, revolverei o Aqueronte!*”.

¹ Este estudo, com algumas modificações, foi extraído de nosso artigo intitulado “Reflexos penais do liberalismo em Beccaria: uma leitura a partir de Foucault”. In: *APMP Revista*. Ano XIV – n. 54, janeiro a março/2011 e, e do nosso livro *Fundamentos da Pena*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes (no prelo).

² Doutor em Psicologia Clínica pela PUC-SP (núcleo de método psicanalítico e formação da cultura). Livre-docente em Direito Penal e Professor Titular da PUC-SP. Líder do Grupo de Pesquisa Criminologia e Vitimologia, do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP. Atualmente é Coordenador do Núcleo de Pesquisa de Direito Penal do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP. Procurador de Justiça aposentado. Advogado. Consultor Jurídico e Parecerista.

A deusa Juno, para vingar-se de Enéias, não conseguindo dobrar os deuses superiores do Olimpo, pretende mover o Aqueronte, um dos rios que conduzem ao reino de *Hades*, senhor dos inferos e guardião dos sonhos distantes da consciência, mas desejosos de serem realizados (ALVARENGA, 2010). Simbolicamente, *Hades* pode ser compreendido como a capacidade de reflexão e de introspecção para que as transformações da alma possam ocorrer. Isso possibilita a consciência, “como um vir a ser em atualização pelos caminhos de humanização” (ALVARENGA, 2010, p. 124). Como observa Maria Zélia de Alvarenga (2010, p. 134):

A descida aos inferos (Hades) como vivência de morte pode significar também confronto com a sombra, como instância que contém as polaridades simbólicas afastadas do campo da consciência e, portanto, impossibilitadas de forjar identidade, bem como a sombra enquanto aquilo que é desconhecido.

A sombra pode ser explicada como o que falta à nossa percepção, coincidindo, aproximadamente, com aquilo considerado por Freud como sendo *o inconsciente* (ZWEIG e ABRAMS, 1999, p. 38-39).

Constata-se, assim, a intenção de Freud, ao escolher a referida epígrafe, de estudar o inconsciente na *Interpretação dos Sonhos*. De fato, posteriormente, em carta dirigida a Werner Achelis, de 30 de janeiro de 1927, Freud (2006, p. 15) confirma essa intenção:

Você traduz “Acheronta movebo” por “mover as cidadelas da terra”. Mas o significado é de “agitar o submundo”. Tomei essa citação de empréstimo a Lassale, em cujo caso é provável que ela tivesse um sentido pessoal e se relacionasse com classificações sociais – e não psicológicas. No meu caso, meu sentido foi meramente o de enfatizar a parte mais importante da dinâmica do sonho. O desejo rejeitado pelas instâncias psíquicas superiores (o desejo recalcado do sonho) agita o submundo psíquico (o inconsciente) para se fazer escutar.

Todavia, como conclui Peter Gay (1989, p. 110-111), diante do

tom truculento do verso, proferido por uma Juno enfurecida depois que seus companheiros frustraram-lhe os desejos, sugere algo mais: “[...] Seu livro dos sonhos ia deixar inabalados os poderes superiores de Viena; os professores sem imaginação que haviam considerado suas idéias um conto de fadas, os burocratas intransigentes que não lhe concederiam uma cátedra dificilmente se converteriam a suas concepções. Não importava: Freud instigaria os poderes infernais contra eles”.

A *Interpretação dos Sonhos* representou o surgimento da psicanálise, voltada para o estudo do inconsciente, com suas conhecidas contribuições científicas e revolucionárias não só para a psicologia, como também para outras áreas do conhecimento humano. O

próprio Freud (1995, p. 173), em trabalho intitulado *O Interesse Científico da Psicanálise* (1913b), enfatizou sua satisfação ao verificar serem as teorias contidas na *Interpretação dos Sonhos* não só acolhidas como ainda desenvolvidas por quase a totalidade dos estudiosos da psicanálise. Observou a concordância geral quanto a essa obra ser a “pedra fundamental da obra psicanalítica e que suas descobertas constituem a mais importante contribuição da psicanálise à psicologia”.

Em respeito à ordem cronológica, após o estudo do liberalismo e da obra de Beccaria, analisaremos alguns aspectos do pensamento freudiano para a compreensão do sistema punitivo.

2. O surgimento do liberalismo (*quieta non movere*)

As três primeiras aulas do curso de Michel Foucault, de 1979, são dedicadas à passagem para o liberalismo, consolidado na segunda metade do século XVIII, e às considerações sobre essa forma de governo. Para tanto, Foucault parte do estudo da razão de Estado nos séculos XVI e XVII, sem ter como parâmetro a análise do Estado, da sociedade, dos soberanos ou dos súditos, mas das próprias práticas governamentais e das racionalizações delas decorrentes.

Segundo o princípio da razão de Estado, governar significa utilizar todos os meios capazes de fortalecer o Estado, contra tudo que possa devestá-lo, tornando-o sólido, permanente e rico (FOUCAULT, 2008). Diante dessa prioridade do fortalecimento do Estado, os indivíduos ganham importância somente na medida em que possam contribuir para esse fortalecimento. Em primeiro lugar, quanto ao aspecto econômico, arrimado no mercantilismo, o Estado deve tornar-se rico pela acumulação monetária e fortalecer-se pelo aumento da população. Terá ainda de manter concorrência contínua com outras potências. Em segundo lugar, deverá organizar-se pela gestão interna (*Estado de Polícia*). Em terceiro lugar, deverá organizar um exército e uma diplomacia permanentes (FOUCAULT, 2008).

A concorrência com outras potências, bem como o aparato permanente de um exército e de um corpo diplomático, ocasionará a limitação da soberania no âmbito das relações internacionais. Se, por um lado, há limitação de poderes em relação a outros Estados, por outro, no âmbito interno, o poder de polícia implica uma série de objetivos ilimitados quanto à regulação dos comportamentos dos governados, embora existissem mecanismos de compensação (FOUCAULT, 2008). Segundo Foucault, é pela via do Direito que ocorrerá limitação à extensão indefinida do Estado de polícia nos séculos XVI e XVII, por meio das leis fundamentais do reino e pela teoria dos direitos naturais e imprescritíveis, a serem respeitados pelo soberano.

Tais direitos, por serem externos à razão de Estado e anteriores a ele próprio, não foram transferidos ao soberano por ocasião do pacto social constitutivo da soberania. Hobbes (2003), importante teórico do absolutismo, apesar de defender o poder ilimitado do soberano, para evitar a guerra perpétua de todos contra todos, sustenta a impossibilidade de transferir ou abandonar alguns direitos por ocasião desse pacto, como o de resistência para preservação da própria vida por meio da força. Considera também irrenunciável o direito de evitar a morte, os ferimentos e o cárcere. Com argumentos revestidos de atualidade, sustenta que ninguém é obrigado a acusar-se e manifesta-se contrário às acusações *arrancadas* sob tortura. Segundo Hobbes (2003,

p. 121-122), “quer o torturado se liberte graças a uma verdadeira ou a uma falsa acusação, o faz pelo direito de preservar a sua vida”. Como veremos neste estudo, argumento semelhante viria a ser usado por Beccaria no século XVIII, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764).

Já na segunda metade do século XVIII, surge uma nova razão governamental, o liberalismo, em oposição à razão governamental baseada no Estado de polícia. A limitação da arte de governar deixa de ser extrínseca, como ocorria nos direitos naturais, no século XVII, mas intrínseca à própria prática governamental, arrimada no exame de fatos concretos (FOUCAULT, 2008). Segundo Foucault, caso o governo ultrapasse essa limitação intrínseca, não será considerado ilegítimo, por usurpação do poder soberano, mas inábil ou inadequado. O que vai predominar não é mais assegurar o crescimento indefinido do Estado, na antiga razão de Estado, mas estabelecer os limites refletidos na razão de Estado mínimo. Essa delimitação vai encontrar sua demarcação naquilo que Bentham denomina agenda e non agenda, coisas a fazer e a não fazer, consubstanciadas nas atividades econômicas do governo, segundo possam ou não contribuir para a felicidade dos governados (*maximização dos prazeres e minimização dos esforços*), finalidade da atividade política a ser almejada (FOUCAULT, 2008).

Para Foucault (2008, p. 18-19), na segunda metade do século XVIII, é a economia política – “espécie de reflexão geral sobre a organização, a distribuição e a limitação dos poderes numa sociedade” – que vai ser o instrumento intelectual, o cálculo e a forma de racionalidade, que permitem a autolimitação da razão governamental. Uma filosofia utilitarista baseada na prática da *verdade do mercado* poderá conectar-se diretamente aos novos problemas e aos limites do governo. Sobre o assunto, Foucault retoma a citação de Walpole, mencionada no início de seu curso: “*Quieta non movere*” (não se deve tocar no que está quieto), em oposição à epígrafe da Interpretação dos Sonhos (*acheronta movebo*). Da ótica de Walpole: “se as pessoas estão quietas, se as pessoas não se agitam, se não há descontentamento nem revolta, pois bem, fiquemos quietos” (FOUCAULT, 2008).

Consoante Márcio Alves da Fonseca (2002, p. 225):

Sendo o mercado o ponto central de fixação da nova governamentalidade posta em funcionamento no liberalismo, a ela não caberá mais dar conta do interesse do Estado referido exclusivamente a ele mesmo, ou seja, referido somente à sua riqueza, a seu crescimento, à sua população. À arte de governar liberal caberá dar conta do conjunto dos interesses que se cruzam no interior do Estado. Será o jogo complexo entre interesses individuais e coletivos, entre utilidade social e lucro econômico, entre o equilíbrio do mercado e o regime do poder público, entre a liberdade dos indivíduos e a sua dependência do Estado que caberá a tal governamentalidade organizar.

Para a elaboração dos limites dessa nova prática governamental, no fim do século XVIII e início do século XIX, foram propostas duas vias. A primeira, *axiomática*, denominada jurídico-dedutiva, rousseauiana ou da Revolução Francesa, parte do direito na sua forma clássica, estabelecendo quais direitos naturais pertencem a todos os indivíduos. Define os direitos, cuja cessão foi transferida ou não pelo pacto, que irão marcar as fronteiras de competência de qualquer governo. Essa via parte dos direitos do homem para

chegar à delimitação da governabilidade, passando pela constituição do soberano (FOUCAULT, 2008). A esse respeito, a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, de caráter universal, reconhece em seu preâmbulo os direitos naturais e inalienáveis. Segundo seu artigo 1o, “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas sobre a utilidade comum”. Além de estabelecer uma série de garantias no âmbito penal, a Declaração prescreve em seu artigo 16: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto constituição”. Essa Declaração serviu de base para a Constituição Francesa de 1791 e seus princípios foram acolhidos por Constituições de vários países a partir do início do século XIX.

De acordo com a segunda via, são os limites de fato, estabelecidos pelas fronteiras da utilidade, que vão ditar a prática governamental. Segundo Foucault (2008, p. 89):

[...] a arte liberal de governar vai se ver obrigada a determinar em que medida e até que ponto o interesse individual, os diferentes interesses – individuais no que têm de divergente uns dos outros, eventualmente de oposto – não constituirão um perigo para o interesse de todos. Problema de segurança: proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais.

Conforme acrescenta, em torno da noção de perigo, ocorrerá uma economia do poder do liberalismo, com arrimo em uma relação dialética entre a máxima liberdade e máxima segurança. Por meio dos mecanismos de segurança, buscar-se-á a exposição mínima aos perigos dos indivíduos e da coletividade.

3. Reflexos penais do liberalismo em Beccaria

Na visão de Foucault, o acolhimento do abrandamento das sanções penais no século XVIII não é causado pela alteração da sensibilidade das pessoas, mas, sim, em virtude dos interesses que irão reger a nova prática governamental do liberalismo, pelas duas vias mencionadas de delimitação do liberalismo – *direitos naturais e utilidade (fatos concretos)* – cujos reflexos procuraremos analisar na obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), que marcou o início da corrente clássica no âmbito penal.

O Marquês de Beccaria, teórico do direito público, embora conhecido por seus escritos em matéria penal, era economista. Em 1769, obteve a cátedra de *scienze camerali e economiche* recém-fundada em Milão, por ele denominada cátedra de economia política (FOUCAULT, 2008). Com amparo na economia política do poder punitivo, segundo critérios de necessidade e utilidade, Beccaria (2002, p. 42) busca uma relação dialética entre a máxima segurança da coletividade e a máxima liberdade dos súditos, nos seguintes termos: “sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos”.

Para Beccaria (2002), essa relação dialética, que tem como consequência o princípio de intervenção mínima no âmbito penal, encontra seu fundamento no contrato social, porquanto cada contratante quis depositar somente a *mínima parcela de liberdade*, suficiente para convencer os demais a defendê-lo.

Dessa ótica, a pena cruel e em descompasso com essa porção mínima de liberdade, assim como a falta de proporcionalidade entre o crime e a sanção, estaria em contradição com o próprio pacto social. Considerada sua utilidade na prática governamental, a pena perde sentido como instrumento de suplício voltado para reafirmar o poder soberano, como ocorria no Estado absolutista. Com a nova prática decorrente do liberalismo, não mais se justifica a sanção com caráter vingativo voltado para o passado, sem qualquer utilidade, seja pela impossibilidade de apagar o crime cometido, seja pela ausência de eficácia de prevenção geral (coletiva) ou de prevenção especial (dirigida ao delinquente). Por esses motivos, a seguinte indagação de Beccaria (2002, p. 62): “Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”.

Beccaria considerava também a tortura uma crueldade e um meio inútil para se obter uma confissão, pois se o crime é certo, somente é aplicável a pena previamente estabelecida. Se incerto, não caberia torturar um inocente. Além disso, sob tortura, um inocente frágil poderia confessar falsamente o cometimento de um crime, enquanto o verdadeiro criminoso poderia resistir aos tormentos. Por esses motivos, a tortura não possui sua utilidade como meio de obtenção da verdade. Segundo Beccaria (2002, 73):

O interrogatório de um réu tem por fim conhecer a verdade, mas se essa verdade dificilmente se revela pela atitude, pelo gesto, pela fisionomia de um homem tranqüilo, muito menos ela aparecerá num homem em que as convulsões da dor alteram todos aqueles sinais através dos quais a maioria dos homens deixa involuntariamente a verdade transparecer em seu rosto.

Beccaria (2002) defende o prazo mínimo e necessário para a prisão cautelar – *somente para impedir a fuga ou para não serem ocultadas provas das infrações*. Defende também a maior proximidade entre a prática do crime e a imposição da pena, porquanto, desse modo, será mais estreita a relação no espírito humano da representação entre essas ideias. Reveste-se de atualidade sua convicção acerca da certeza da punição como prevenção dos crimes, e não da crueldade das penas. Isso porque “a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade” (BECCARIA, 2002, p. 92). No seu entender, os homens tendem a modificar ou a não querer aplicar penas previstas em leis demasiadamente cruéis, motivo pelo qual a crueldade das penas termina por ser inútil, causando a impunidade.

Contrário à atrocidade dos suplícios, Beccaria não considera útil ou necessária a aplicação da pena capital, admitindo-a somente quando o delinquente, mesmo preso, conserve relações que possam por em perigo a segurança nacional ou quando sua vida pode comprometer a forma de governo estabelecida. Não vê razão nem justiça na privação da vida de um cidadão, salvo quando for o único meio apto a evitar a prática de crimes por parte de outras pessoas (BECCARIA, 2002). Em seu trabalho intitulado *Voto Sobre a Pena de Morte*, voltaria a defender a pena capital em caso de subversão contra o Estado. Para ele, a sanção máxima justificar-se-ia no caso de o réu, mesmo preso, poder influir na subversão do Estado (BECCARIA, 2006).

A pena capital, na visão do filósofo, não encontra arrimo no pacto social. Para demonstrar essa tese, indaga:

Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? Não é certamente o mesmo do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de porções mínimas da liberdade privada de cada um; elas representam a vontade geral, que é o agregado das vontades particulares. Mas quem será o homem que quer deixar a outros o arbítrio de matá-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? (BECCARIA, 2002, p. 94).

Seguindo o critério utilitário na avaliação das penas, Beccaria (2006) considera a pena de prisão perpétua mais eficaz do que a capital, pois a morte de um delinquente é um espetáculo passageiro e menos terrível do que o exemplo longo e reiterado da privação de liberdade de um ser humano, que, por meio de seu trabalho, poderá recompensar a ofensa causada à sociedade. Por isso, a prisão perpétua é mais útil à prevenção geral de crimes. Isso sem contar com o exemplo de crueldade apresentado aos cidadãos. Se a própria legislação, resultante da vontade geral dos contratantes, pune e abomina o homicídio, não poderia ordená-lo e autorizá-lo publicamente (BECCARIA, 2002).

4. Contribuições de Freud para a compreensão do sistema punitivo

Em *Totem e Tabu* (1913), Freud apresenta uma teoria pessimista, fazendo a sociedade humana surgir em razão de um assassinato do pai violento e ciumento, pelos seus filhos, na horda primitiva (ENRIQUEZ, 1990). Os filhos, outrora expulsos dessa horda, unem-se, retornam e matam o pai, colocando um fim na horda patriarcal. Juntos, eles conseguiram fazer o que cada um não seria capaz de realizar de forma isolada. Em seguida, por serem canibais, devoram o pai, adquirindo parte de sua força e assumindo uma identificação com ele. Posteriormente, a refeição totêmica, por meio de um ritual, seria a repetição e a comemoração daquele ato criminoso inicial, que assinalou não só o início das religiões, como também da organização da sociedade, de suas regras jurídicas e de suas restrições morais.

De acordo com René Kaës (2014, p. 82):

O pacto dos irmãos é estruturante na medida em que o ato de revolta fundante é transformado na instauração de um pacto civilizador e simultaneamente num momento de sentido. Ele é estruturante porque contém o avalista simbólico da aliança dos irmãos e dos Filhos com o Pai. O pacto torna possível a transmissibilidade dos interditos e dos ideais comuns e, com isso, a superação do complexo de Édipo.

O pacto edípico, assim como o pacto estabelecido pelos irmãos da horda primitiva, interdita dois desejos primordiais: o de assassinato e o de incesto. Essas duas interdições correspondem aos dois desejos reprimidos do complexo de Édipo, renunciados pelos irmãos. Na visão de Hélio Pellegrino (1983), o Édipo representa a Lei do Desejo,

para servir a Eros. A criança deve renunciar às suas pulsões incestuosas e parricidas, ou seja, ao prazer absoluto, e adequar-se ao princípio da realidade, em nome do processo civilizatório. Essa renúncia implica um pacto de mão dupla, como todo pacto. De um lado, se a criança perde com a renúncia, de outro, recebe os instrumentos fundamentais para desenvolver-se como ser humano. Por via de consequência, ela passa a amar e a respeitar esse contrato e se torna preparada para identificar-se com os valores e com os ideais inerentes à sua cultura (PELLEGRINO, 1983). Sem esse pacto com a Lei da Cultura – ou Lei do Pai –, que reforça a coesão social, haveria uma guerra de todos contra todos, pois cada um dos irmãos pretenderia ter o poder do pai e possuir todas as mulheres para si.

Da ótica freudiana, para garantir o pacto social e a obediência das interdições estabelecidas, há necessidade de uma instância superior e independente, apta a impedir a satisfação pulsional e capaz de permitir o vínculo permanente entre o desejo e a lei, tanto no que se refere a cada indivíduo, quanto no tocante ao grupo social, o qual não existe sem um sistema repressivo da coletividade (ENRIQUEZ, 1990), exercido pelas instâncias de controle social.

Em *Totem e Tabu* (1913), Freud menciona uma teoria segundo a qual as interdições são necessárias para evitar o contágio do grupo social pelo transgressor. Diante do desejo reprimido, o infrator torna-se ele próprio um tabu, oferecendo o perigo de imitação da sua conduta. Dessa ótica, as proibições seriam justificadas e explicadas, pois haveria uma forte inclinação inconsciente para a realização do ato proibido. Por isso, Freud considera que as interdições são voltadas para os anseios mais fortes dos indivíduos. Caso alguém consiga praticar o ato proibido, recompensando seu desejo reprimido, esse desejo pode ser despertado nos outros indivíduos, comprometendo o laço social.

O castigo seria uma forma de a comunidade compensar a transgressão cometida pelo infrator, a fim de que ele seja despojado das vantagens auferidas com o ato proibido. Com a aplicação da sanção, a comunidade tem a oportunidade de praticar o ultraje como forma de expiação, o que reforça o pensamento freudiano contido em *Totem e Tabu*, segundo o qual os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no transgressor quanto na comunidade vingadora. O pensamento freudiano aproxima-se da visão de Hobbes (2003) sobre a formação do Estado, porquanto, sem as interdições estabelecidas pelo pacto social, os homens tornariam ao estado da natureza, arrimado nas relações de força e de relações sexuais livres. Nas palavras de Hobbes, os homens voltariam ao estado de guerra de todos contra todos. No estado da natureza, eles podiam satisfazer seus desejos, com base na força de cada um, sem quaisquer limites externos, a exemplo do pai da horda primitiva e dos irmãos, após o assassinato desse pai.

Da ótica de Freud, em grupo ocorre o controle do que ele denomina narcisismo das pequenas diferenças. As rivalidades e hostilidades decorrentes dessas diferenças são projetadas não só para os estranhos ao grupo, como também para os considerados fora do pacto social, como os inimigos ou integrantes das minorias. É importante assinalar que, para Hobbes, inimigos são justamente os estranhos ao pacto social. Contra eles são canalizadas as violências e rivalidades, porque não usufruem da paz e da proteção assegurada no contrato social.

Em *Mal-Estar na Cultura* (1930), Freud defende a tese que as leis estabelecidas pelo pacto social, embora provoquem a renúncia dos impulsos, trazem uma compensação para os indivíduos, ao garantirem a segurança de cada um contra a violência e a

possibilidade de ingressarem na cultura e manterem relações amorosas, como observa Kaës (2014).

Da perspectiva psicanalítica, o sujeito pode agir movido por forças inconscientes. Em sua obra *O Ego e o Id* (1923), Freud cria um modelo psíquico constituído por três instâncias, o *id*, o *ego* e o *superego*. O *id* constitui o grande reservatório das pulsões e de paixões. Para o *ego*, a percepção representa o papel que no *id* incumbe às pulsões. Em linguagem popular, o *ego* representa a razão, enquanto no *id* estão contidas as paixões, relacionadas com o princípio do prazer. Ao *ego* cabe fazer a mediação entre os impulsos do *id*, que exigem descarga imediata das tensões psíquicas, do *superego* (ou ideal do *ego*), que tende a impedir essa descarga mesmo quando ela é possível, e a realidade (DUEK MARQUES e MARION).

Como explica Quinodoz (2007, p. 229), “da existência de um ideal do *ego* (*superego*) que impõe as exigências mais elevadas ao ser humano decorrem naturalmente o sentimento religioso, a consciência moral individual e os sentimentos sociais”. Ao *superego* incumbe a interiorização da autoridade externa no próprio sujeito. Inicialmente:

[...] a severidade do superego provém sobretudo do temor em relação à autoridade externa, mas, com a evolução, a autoridade externa é interiorizada e contribui para estabelecer no psiquismo o superego individual. Se ainda é possível ocultar seus pensamentos da autoridade externa, em face do superego interiorizado, ao contrário, o indivíduo já não consegue ocultar nada (QUINODOZ, 2007, p. 261).

Nesse caso, em relação ao *superego* interiorizado, há uma equação entre má ação e má intenção, da qual resultam o sentimento de culpa e a necessidade psíquica de punição (QUINODOZ, 2007).

Embora para Freud (1927) o processo civilizatório se desenvolva pela repressão aos impulsos, os sacrifícios decorrentes dessa repressão são estabelecidos por uma minoria, detentora de poder de coerção. Por isso, no seu entender, a maior parte dos homens obedece às interdições culturais pela ameaça exercida pelo poder coercitivo. Mesmos os indivíduos mais aculturados, que ficariam perplexos diante de um assassinato e do incesto, não deixariam de prejudicar outras pessoas, seja pela mentira, fraude ou calúnia, seja para satisfação de seus apetites sexuais, caso pudessem permanecer impunes. Além disso, embora os impulsos agressivos possam estar reprimidos ou recalçados na vida comunitária, tais impulsos permanecem latentes em cada indivíduo e a qualquer momento podem atuar.

Como Freud sustenta em *Mal-estar na Cultura* (1930), se por um lado a civilização reprime as pulsões agressivas e sexuais, com o escopo de manter a coesão social, por outro, tais restrições produzem uma hostilidade dos indivíduos contra a própria sociedade. Além disso, conquanto o processo civilizatório almeje o monopólio da força para punir os transgressores das normas estabelecidas e impostas no âmbito social, esse monopólio não se mostra suficiente para reprimir expressões mais sutis da agressividade humana.

Em *Mal-estar na Cultura* (1930), Freud defende a tese segundo a qual haveria uma disposição inata do homem para maldade, para a agressividade, para a destrutividade e para a crueldade, resultante da pulsão de morte, em oposição a Eros. No seu entender, “a hostilidade de cada um contra todos e de todos contra um”, encontra-se

em oposição ao programa da cultura, de unir a humanidade a serviço de Eros (FREUD, 1930, p. 140-141).

Todavia, em uma carta-resposta endereçada a Einstein, intitulada *Por que a Guerra?* (1933 [1932]), Freud apresenta um novo enfoque do referido mandamento bíblico. Nessa carta, contra a destruição, Freud propõe a contraposição por Eros à pulsão destrutiva, por meio de ligação de sentimentos comuns entre os homens, ou seja, relações comunitárias essenciais entre os homens, que produzam identificações. Conforme conclui, sobre elas repousa em boa parte o fundamento da sociedade humana.

Conclusão

Pelo estudo realizado, podemos concluir que as propostas de reforma penal feitas por Beccaria em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, ao afastarem a crueldade dos suplícios, refletem as duas vias da nova prática governamental do liberalismo: a via axiomática, segundo a qual são preservados os direitos não cedidos pelos indivíduos por ocasião do pacto social, e a via pela qual os limites do governo são estabelecidos pelas fronteiras da utilidade. Nesse sentido, o princípio da intervenção penal mínima.

A obra *Dos Delitos e das Penas* representa o movimento iluminista no âmbito criminal, na segunda metade do século XVIII, e pode ser considerada como inspiração dos princípios penais consagrados a partir da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), além de fundamento para a Escola Clássica em Direito Penal. Essa obra foi publicada em uma época na qual suplícios infligidos aos delinquentes, além de desproporcionais às infrações cometidas, não visavam restabelecer a Justiça, mas reafirmar o poder soberano. Entretanto, não obstante a importância histórica desse livro, como expoente do classicismo penal – arrimado no livre-arbítrio –, nele não havia preocupação com aspectos subjetivos do homem criminoso.

Essa preocupação com o estudo do infrator só se concretizou a partir dos estudos desenvolvidos no âmbito da Escola Positiva, na segunda metade do século XIX e início do século XX, que propiciaram a consolidação da Criminologia como ciência e sua aproximação com outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Antropologia, a Medicina, a Sociologia e a Psicologia. Desse modo, a obra de Freud, *Interpretação dos Sonhos* (1900) – como “pedra fundamental” das teorias psicanalíticas – é contemporânea aos estudos desenvolvidos pelo positivismo criminológico.

Nesse contexto, é inegável a contribuição da Psicanálise – desde Freud e seus seguidores – para a Criminologia contemporânea, que, além de preocupar-se com a etiologia do crime e do comportamento criminoso – *como fazia a Criminologia tradicional* – engloba em seu objeto os estudos relacionados às vítimas e às formas de controle social. No nosso entender, para o desenvolvimento, aprofundamento e compreensão dos fenômenos individuais e sociais inseridos nesses estudos, necessitamos “revolver o rio Aqueronte” (*Acheronta Movebo*). A esse respeito, como vimos, as relevantes contribuições de Freud para a compreensão do sistema punitivo.

Referências bibliográficas

- ALVARENGA, Maria Zélia de. *Hades*. In: ALVARENGA, Maria Zélia de. (Coord.). *Mitologia simbólica: estruturas da psique & regências míticas*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicine e Alessandro Berti Contessa. Revisão da tradução por Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Voto sobre a pena de morte. In: BECCARIA, Cesare. *Questões criminais*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.
- ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado: Psicanálise do vínculo social* (1983). Tradução de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zarrar, 1990.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France* (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos (I)* (1900). Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. IV, primeira parte.
- _____. *Totem e tabu* (1913a). 2. ed. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. XIII. (Coleção Obras Completas de Sigmund Freud).
- _____. *O interesse científico da psicanálise* (1913b). Tradução de Órizon Carneiro Muniz. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. XIII. (Coleção Obras Completas de Sigmund Freud).
- _____. *O futuro de uma ilusão* (1927). Tradução do alemão por Renato Zwich. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- _____. *O mal-estar na cultura* (1930). Tradução do alemão por Renato Zwich. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- _____. *Por que a guerra?* (1933 [1932]). 2. ed. Tradução sob a direção geral de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXII. (Coleção Obras Completas de Sigmund Freud).
- GAY, Peter. *Freud: uma vida para nosso tempo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Revisão da tradução por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KAËS, René. *As alianças inconscientes*. Tradução de José Luiz Cazarotto. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.
- PELLEGRINO, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. Folhetim (Suplemento da Folha de S. Paulo), n. 347, 11 set. 1983.
- QUINODOZ, Jean-Michel. *Ler Freud: guia de leitura da obra de S. Freud*. Tradução de Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- VIRGÍLIO. *Eneida*. Tradução de Tassilo Orpheu Sapalding. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- ZWEIG, Connie; ABRAMS, Jeremiah. *Ao encontro da sombra – o potencial oculto do lado escuro da natureza humana*. Tradução de Merle Scoss. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

O juiz, o Direito Penal racional e a atualidade frente ao chamado combate à corrupção

Renato de Mello Jorge Silveira¹

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Introdução

A corrupção, tardiamente, passou a fazer parte da discussão jurídico-penal do Brasil, isto não quer dizer que ela não fosse, em momentos anteriores, presente ou sentida. Nos dias atuais, no entanto, diversas políticas públicas, de origem internacional, passaram a alterar leis e a motivar inúmeros casos criminais, de um público, até então, pouco atingido por investigações desse jaez. Mais do que isso, nota-se, também, uma nova e mais severa abordagem judicial do tema, o que traz dose de preocupação; afinal, não parece isso coerente com um Direito Penal de orientação liberal.

A consideração inicial, em si bastante rasa, poderia significar que o país está caminhando em melhor direção. Poderia, inclusive, denotar a evolução da sociedade. Será isso, no entanto, verdadeiro? Essa mudança de rumo na nau do Direito Penal parece justificar-se por uma política de combate a esse fenômeno, que é tão antigo quanto o próprio homem. Esse, um ponto de incômodo, e motivo do presente ensaio. Qual seria, enfim, a função do magistrado nessa nova dimensão de trabalho? Nos dias de hoje, parece fundamental, em uma discussão sobre o momento de reforma da democracia, questionar-se o próprio papel do magistrado, e de como ele, eventualmente, pode imiscuir-se em posição de combatente. Essa não parece ser sua missão, nem, tampouco, de um Direito Penal racional, calcado, fundamentalmente, em premissas garantistas, de respeito à ordem democrática.

Embora seja certo que alguns possam mesmo sustentar que esse papel mais ativo do juiz se justifique justamente para fazer frente ao inimigo maior da democracia – qual se mostraria a corrupção em si –, é de se ter em conta a fragilidade do argumento. O magistrado não combate. Ele deve manifestar-se, diz o Direito, com preocupações teleológicas, sim, mas estas sempre têm de ser vistas em sentido reducionista da violência estatal, nunca em sentido ampliador da mesma.

Tais preocupações trazem à lembrança, a seu modo, certa colocação do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor Marco Antônio Marques da Silva. Sereno e seguro julgador de tantos feitos criminais, o Desembargador, em determinado momento, já distante no tempo, pontuou, nos salões da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que um juiz não deve se portar como parte, mas, sempre, como aquele que julga conforme a lei. Tais acepções sobre a missão do magistrado são aqui trabalhadas, buscando-se a resposta sobre o papel do juiz na presente quadra.

¹ Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. A historiografia da corrupção

Com lamentável presença ao longo da história, as noções sobre a corrupção têm sido alteradas. Recorde-se, assim, e em especial, que o século XXI passou a conviver com a ideia e expectativa ilusória de uma visão de governos livres de corrupção. Embora sedutora essa utopia, deve ter-se em conta que o caminho para tanto é absolutamente árduo, e que nele, nem sempre os fins devem justificar os meios.

De todo modo, é de se registrar que existem menções em textos antigos, hindus e gregos, que traçam regras de um governo ideal. Muitos, contudo, dão, paralelamente, os exemplos do não governo, do caos e da corrupção. A ruína de civilizações é expressamente ligada a casos de corrupção genérica; a ruína dos governos, vinculada à perda de sua decência. Poucos casos são tão emblemáticos como a ascensão e queda de Roma.² Desde então, da Idade Média a Maquiavel, da exploração das Américas³ à Revolução Francesa, da Era Industrial à Era de Extremos do século XX, sempre se verifica a menção a atos irregulares de líderes políticos. O mundo, enfim, sempre parece ter convivido com a corrupção.⁴

Na Idade Média, em particular, e até por uma questão de proximidade histórica com a percepção da corrupção no Brasil, constata-se que os momentos de sua maior presença coincidem com as maiores crises institucionais. Na Península Ibérica, Portugal e Espanha são exemplo disso. Depois dos dias de glória de D. Manuel, o Venturoso, uma série de desmandos corroe a glória portuguesa. Na Espanha, mencionam-se os anos de Carlos II como de sua máxima decadência.⁵ Anos antes, ainda sob Felipe III, a política cortesã da Corte já ensaiava momentos de corrupção e de reprovação.⁶ Tais situações deitam sombra na América, e, em especial, no Brasil, mescla curiosa daquela realidade ibérica.

É interessante a visão da corrupção na evolução do Estado brasileiro. A origem de como a colônia foi deixada de lado, explorada e proibida de conviver com o exterior, talvez muito explique o que ocorre, hoje, no país. Do descobrimento aos dias de hoje, confundem-se história e corrupção. Habib, aponta, nesse particular, casos de destaque, como o da devassa da corrupção (século XVIII); do Brasil Império e do Brasil República. Consta que o mais conhecido caso de corrupção na fase colonial foi aquele envolvendo o Governador da Capitania de Goiás, D. Álvaro Xavier Botelho de Távora, Conde de S. Miguel, o primeiro alto cargo questionado em termos de corrupção.⁷ Outros casos não menos dramáticos verificaram-se após o momento da vinda da família real portuguesa ao Novo Mundo, em sua desesperada fuga de Napoleão. Com a colônia tornando-se centro do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, a nova estatura dimensional do

² Cf. GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César: un estudio sobre la Lex Iulia de Repetundis*. Granada: Comares, 2009. p. 25 e ss.

³ Cf., em particular, SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009. p. 27 e ss.

⁴ Cf. BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010. Passim.

⁵ Cf. SANZ TAPIA, Ángel. Op. cit., p. 28 e ss.

⁶ Cf. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón – la sombra del valido – privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13 e ss.

⁷ HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 5 e ss.

funcionalismo a tudo propiciava. Qual Felipe III já fizera em seu tempo, vendem-se cargos e vantagens, sendo sabido que “correu solta a corrupção”.⁸

Em que pese o repúdio de Ruy aos mandos e desmandos do fim do Império; à sensação absoluta da corrupção anterior e posterior; às chagas da República Velha, República do Café com Leite, do Estado Novo e seus momentos seguintes; aos escândalos de acusações feitas ao Governo Vargas; aos mistérios das obras dos anos 1950/1960; ao período militar, enfim, nada abalou mais a história do Brasil do que a era Collor. Segundo Schilling, ainda que tema antigo, a corrupção emerge com força e vitalidade no Brasil do momento Collor, no qual escândalos, denúncias e, inegavelmente, uma enorme perda de apoio político, acabaram por declarar um impeachment anunciado.⁹ A corrupção, desse modo, começa a conhecer uma nova fase, à qual o Direito Penal parece pretender externalizar a saturação da população a seu respeito. Momentos posteriores, no entanto, reservaram maiores surpresas, em especial quando a questão passou a ser tratada de forma diferenciada pelo Judiciário nacional, em especial nos conhecidos casos Mensalão e, agora, Lava Jato.

3. A visão da corrupção: entre o tradicional e moderno

No Brasil, em que pese o fato de se utilizar do termo “corrupção”, para um sem número de crimes (como, v.g., o seriam a ideia de corrupção de menores, de corrupção de substância ou produto alimentício, de corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), a noção diretriz de corrupção parece dizer respeito, fundamentalmente, aos crimes contra a administração pública.

Por essa razão, e tendo em conta a dificuldade probatória de uma corrupção ida como de alta gama, Hungria, em 1958, mencionava o problema da corrupção passiva, recordando que:

[...] o aforismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a steeplechase dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O “estado-maior” da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.¹⁰

⁸ HABIB, Sérgio. Op. cit., p. 14.

⁹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 147 e ss.

¹⁰ HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 362 e ss.

Hungria tinha um ponto de razão quando mencionava a simples condenação de intermediários. Mas seria ela limitada a esse estado de coisas? Os aspectos e fronteiras da corrupção sempre foram muito além disso, e os anos próximos à virada do século pareciam antecipar esse estado de coisas. Interessante notar, no entanto, que outros países encaram o fenômeno de forma mais ampla, tendo-o não necessariamente vinculado a um tipo penal em particular, o que muitas vezes acaba por gerar enormes problemas de acusações vagas de incidência em corrupção sem nenhuma base fática ou típica.¹¹

Entretanto, não deixa de ser curioso o fato de que os danos inerentes à mesma tenham sido, durante muitos e muitos anos, desvalorados, quer por se entender ser ela muito mais ligada à realidade de países subdesenvolvidos, quer por se ignorar que o caráter bipedal dado à corrupção acaba por gerar efeitos no âmbito dos crimes de colarinho branco e de crime organizado.¹² Somente em momento posterior, principalmente a partir dos anos 1990, é que se amplia significativamente a discussão sobre o tema corrupção.

Contudo, ainda nos anos 1970, a intervenção danosa da corrupção começou a se fazer presente em diversas análises econômicas.¹³ A própria Organização das Nações Unidas, nesse diapasão, em virtude do grande aumento do comércio transnacional, abordou embrionariamente o tema da corrupção em transações comerciais internacionais já na Resolução no 3.514, de 15 de dezembro de 1975. Em continuidade, no ano de 1996, foi promulgada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, tanto doméstica quanto internacional. Para tanto, já acatando certa flexibilidade no conceito tradicional de corrupção, adotou, em seu art. IV, que poderiam ser vistos como atos de corrupção tanto a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outro benefício como dádivas, favores, promessas ou vantagens, para si ou mesmo para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas, bem como a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios, como os já mencionados, a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; ou a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas

¹¹ Para Anachiarico e Jacobs, “corruption is neither a single form of behavior nor an obvious species of conduct. Corruption is a name we apply to some reciprocities by some people in some contexts at some times. The popular use of the term does not require that the conduct labeled corrupt be illegal; it is enough that the labeler thinks it is immoral or unethical. Since people’s views about moral and ethical conduct differ in important respects, corruption is often a contested label. Indeed, these days public servants are admonished not only to adhere to the skein of laws prohibiting a wide variety of conduct, but to avoid ‘the appearance of corruption.’ Such a warning recognizes that the term *corruption* refers to more than just positive law, but fails to recognize that appearance of corruption is in the eyes of the beholder. When the beholder is a mass audience and a muckraking press, it is a hard admonition to heed.” (ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. pp. 3 e ss.).

¹² Cf. SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 963 e ss.

¹³ Cf., genericamente, DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009. p. 83 e ss.

funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; ou, ainda, o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere o citado artigo; além da participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado, ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para praticar qualquer dos atos a que se refere o citado artigo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), criada em 1961, que pretende dar bases para a própria economia de mercado livre, principalmente junto aos países ricos, muito trabalhou em consideração à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997. Isso teve efeitos significativos no Brasil, já que o Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, acabou inserindo na normativa brasileira tais previsões.¹⁴

Nesse esteio, foi dado o primeiro salto em relação à amplitude do termo corrupção. Deixa ela de ser limitada a um âmbito funcional da administração pública interna, para ganhar espaço, também, em relações comerciais internacionais. De todo modo, diversas menções normativas internacionais propiciaram a alteração de dispositivos em muitos países europeus, sendo considerados, os anos 2000, extremamente férteis em termos de alterações legislativas sobre a corrupção.¹⁵ Em especial, de se destacar que o *XVII Congresso Internacional de Direito Penal*, da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em Pequim, em 2004, acabou por aprovar uma série de resoluções relativas à corrupção e aos delitos a ela associados. Pontualmente, acabou por entender que existe uma série de crimes aparentados à corrupção, como a fraude, apropriação indébita, extorsão, lavagem de dinheiro, etc.¹⁶

Com tais considerações, resta bastante claro que, presentemente, quando se fala em corrupção, dista-se, em muito, unicamente dos simples preceitos dados a tipos fechados contra a Administração Pública.¹⁷ Muito além disso, está a se falar de uma nova orientação político-criminal, com derradeiros reflexos legislativos, sobre a ideia da corrupção, que se mostra, mesmo, como um Projeto Internacional contra a Corrupção.¹⁸ E é nesse cenário que se verifica maior e mais presente atuação, também do Judiciário, em relação à corrupção, estabelecendo-se um verdadeiro ambiente de combate. A dúvida posta, portanto, versa, justamente, sobre a possibilidade, ou legitimidade, de o magistrado vir a participar de um ambiente de confronto, despidendo-se, assim, de uma esperada posição salomônica, tão preservada e decantada em termos clássicos.

¹⁴ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal *compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36 e ss.

¹⁵ Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção. In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção – reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 6 e ss. RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 113 e ss.

¹⁶ BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 14 e ss.

¹⁷ Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim*, v. 17, n. 81, p. 7-35, 2009.

¹⁸ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. Op. cit., p. 18 e ss.

4. O atual alcance da compreensão da corrupção e a necessidade de racionalidade judicial

O Direito Penal pode ser visto de diferentes formas, conforme seja a ideologia que se tenha em mente. Nesse sentido, é possível justificar um Direito Penal minimalista ou expansivo,¹⁹ com visões e percepções mais ou menos punitivistas, conforme seja, aliás, o fim esperado ao mesmo. Sempre, contudo, deve ser sustentada a busca de uma racionalidade. Somente um Direito Penal racional, lógico na sua essência e lastreado em princípios bem postos, é que pode gerar um mínimo de segurança jurídica.

Trata-se, de fato, do que Moccia já tinha em conta quando mencionava a aparente antítese entre garantia e eficiência. Ambas são elementos de controle social,²⁰ e devem conviver. Buscar necessariamente leituras mais eficientes do que garantistas podem pender a balança da justiça desmesuradamente *contra reum*, e, assim, se mostrarem injustas. A virtude, uma vez mais, parece estar no meio. O que se tem de ter em mente, em uma busca de racionalidade, é que a severidade penal positivada pode, sim, ser mitigada em favor do réu conforme seja o caso. Desvinculando-se de primados unicamente positivados, a esperança de um Direito Penal racional – e teleologicamente orientado – parece ser uma justa medida. Entretanto, isso se mostra pouco presente na luta contra a corrupção.

Recordem-se, nesse caminhar, as palavras de Berdugo e Fabián Caparrós, ao mencionarem a corrupção como uma manifestação de uma utilização desviada de poder, que dirige seu exercício a benefício próprio ou de terceiro.²¹ A percebida expressão internacional, nesse sentido, deve-se à constatação de que os supostos efeitos desenvolvimentistas da corrupção sempre foram ilusórios. Taylor comenta esse fato, deparando-se com a mudança de visão dada ao problema, em especial quanto a uma constatação de que não mais se aceita qualquer suposto desenvolvimento oriundo da corrupção. Pelo contrário.²² E isso não se adéqua nem mesmo sob vistas de uma equação brasileira.²³

Uma vasta literatura surgida em anos próximos, leva a crer que a tendência de se refutar tais práticas não admite volta.²⁴ Embora possa haver dúvida sobre a assertiva de que a corrupção reflita uma degradação de valores morais,²⁵ hoje ela vai mais além. Ela se mostra globalizada em sua presença e em seu combate, tudo fruto acessório da própria globalização. No entanto, não é de se esperar que o Judiciário rompa sua

¹⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2009. p. 331 e ss.

²⁰ Cf. MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 1 e ss.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Op. cit., p. 8. Outras concepções, também próximas, podem ser vistas em GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Comp.). *La corrupción*. México D.F.: Coyoacán, 2007. p. 11 e ss.

²² TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountability reforms, and democracy in Brazil. In: AA.VV. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 150 e ss.

²³ TAYLOR, Matthew M. Op. cit., p. 152 e ss.

²⁴ Cf. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: AA.VV. *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 7 e ss. THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: AA.VV. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 25 e ss.

²⁵ Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 2006. p. 38 e ss.

racionalidade no anseio, mesmo que válido, de afronta a tal estado de coisas. Resta saber-se, no entanto, se isso é compatível ou não com um Direito Penal liberal e racional. A primeira questão, nesse aspecto, é se caberia a noção colocada acerca de “luta” ou “combate”? Muitos penalistas, senão quase todos, uma vez ou outra já incorreram em tais colocações. Seria isso, no entanto, também compatível com o que se espera de um Direito Penal racional? Ou mais. Seria o combate algo a se esperar de um magistrado?²⁶

Inicialmente, é de se ver, nesse aspecto, uma expressiva expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, em uma grande maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretção de garantias penais clássicas, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia. A isso poderia ter-se por expansão do Direito Penal.²⁷ Assim, inegável a percepção de que a leitura da corrupção, internacionalmente, passa por um momento de expansão. Apesar de tal expansão parecer ser inevitável, questiona-se a respeito de sua legitimidade.

Além disso, afirma-se que a corrupção perverte a própria economia política do Estado,²⁸ gerando enormes escândalos mundo afora,²⁹ culminando, no Brasil de hoje, nas implicações da chamada Operação Lava Jato. Menciona-se, à miúdo, certa proximidade da aludida Operação com o que se deu na Itália dos anos 1990. Tinha-se, então, a Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), vista, também, sob a alcunha de *tagentopoli*.³⁰ Como se sabe, ela originou prisões impactantes. Em 1992, a partir da prisão de um determinado senhor de nome Mario Conti, deflagrou-se um sem-número de escândalos. Com esse senhor, foram encontradas sete milhões de liras, cuja origem se dera em ato de corrupção, o que desencadeou investigações que implicaram mais de 1.500 prisões, compostas por mais de oitenta parlamentares, três ex-membros do Conselho de Ministros, vários ex-Ministros, ex-prefeitos, etc.³¹ Aquele momento, em que quase se legitimou um emergência penal, parece, hoje, replicar-se no Brasil.

²⁶ O termo combate, é verdade, é de utilização internacional. Assim, verifica-se, v.g., na previsão da OCDE em relação à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, que foi assimilada, no Brasil, pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Mesmo assim, resta evidente o equívoco de sua colocação.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 20.

²⁸ ETZIONI, Amitai. *Capital corruption: the new attack on American democracy*. New Brunswick: Transaction Books, 1984. p. 81 e ss.

²⁹ GARMENT, Suzanne. *Scandal. The culture of mistrust in American politics*. New York: Time, 1991. p. 13 e ss.

³⁰ A expressão é aqui colocada consoante a visão italiana de que diz respeito aos ganhos irregulares advindo de uma tangente – expressão atinente aos ganhos irregulares. ZANCHETTA, Pier Luigi. *Tagentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales*. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 98 e ss. O uso jornalístico acabou por cunhar a expressão *tagentopoli*, que é usada frequentemente como sinônimo à Operação Mãos Limpas. Cf. PADOVANI, Tullio. *Il problema 'Tagentopoli' tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 448 e ss.

³¹ Cf. BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani pulite, la vera storia: da Mario Chiesa a Silvio Berlusconi*. Roma: Riuniti, 2002. Passim. ZANCHETTA, Pier Luigi. Op. cit., p. 85. SARGIACOMO, Massimo; IANNI, Luca; D'ANDREMATTEO, Antonio. *Accounting and the fight against corruption in Italian Government Procurement: a longitudinal critical analysis (1992-2014)*. *Critical Perspectives in Accounting*, v. 28, 2015, p. 89 e ss. Moccia, no entanto, recorda que “i fatti di tagentopoli per la prima volta hanno consentito l'intervento penale in ambiti considerati tradizionalmente quasi *ex lege*: ceto politico-amministrativo ed imprenditoriale anche di altissimo livello. Ci/po è stata la conseguenza dell'esplosione di una lunga e rilevante crisi politico-instituzionale che negli ultimi anni ha raggiunto l'apice con una vera e propria percersione del sistema a tutti i livelli. Si è avuto, infatti, un crescente affermarsi di logiche di lottizzazione privatistica e di clientela nella gestione della cosa pubblica, con un progressivo venir meno di un efficace sistema di controllo per la tendenziale del potere e la sua deslocazione in sedi tutt'altro che trasparenti.” MOCCIA, Sergio. *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tagentopoli*. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 461.

Da mesma forma, pode-se vislumbrar uma eventual emergência processual, a qual pode, e deve, ser criticada. Padovani assim procedeu, mencionando os riscos que poderiam ser vistos em uma situação que eventualmente recordaria um auto-de-fé coletivo.³² Isso, derradeiramente, acaba por, quiçá, entoar uma política judiciária um tanto complexa, a qual, procurando dar respostas à sociedade, pode deslocar o magistrado de seu papel de árbitro, para uma posição parcial, como se procurasse, ele próprio, estabelecer determinado “combate”.³³ Essa leitura pode, por sua vez, parcialmente justificar a própria decisão de 17.2.2016, no qual o Supremo Tribunal Federal, no HC 12.292/SP, modificou sua jurisprudência, passando a entender pela possibilidade de execução provisória da sentença condenatória após decisão de segundo grau. Aqui, duas ponderações.

O Pretório Excelso é, em parte, uma Corte política. Entretanto, ele é mais do que isso. No seu papel de mais alto Tribunal do país, ele deve se portar como maior orientador da jurisprudência nacional. Em que pese qualquer sorte de ponderações no sentido de se afirmar que alguns países aceitam o modelo de respeito e vinculação unicamente à dupla jurisdição, e que isso poderia implicar eventuais impunidades (ou maiores demoras na prestação jurisprudencial plena), é de se ver a impropriedade de uma modificação unicamente com fins de satisfação à opinião pública. Se o entendimento for de cunho dogmático – e existe essa possibilidade –, talvez se pudesse aceitar a decisão. Nunca, contudo, com um viés unicamente de vertente política. E, aqui, seu pecado mais significativo.

Em segundo lugar – e isto parece comprometer a decisão em um todo –, com ela se está, verdadeiramente, maculando a ideia de presunção de inocência. Com o risco perene de se comprometer o entendimento do instituto,³⁴ é fato inexorável que ele se vê seriamente comprometido com a instalação de um discurso de emergência atinente a conter a ideia de mais severas punições, e, em especial, de maiores respostas à corrupção. Não se tratou, como fora a elaboração, anos antes, de uma proposta de modificação conceitual da esfera de recursos, sustentada pelo Ministro César Peluso.³⁵

³² Assim, menciona que os riscos de soluções excepcionais são tremendos, e que “rimanendo nel contesto del Sistema punitive, v'è piuttosto da osservare che l'idea di un auto-da-fé collettivo si tradurrebbe in meccanismi di 'ingegneria penitenziale' squisitamente cattolici, e forse per questo corrispondenti al *Volksgeist* di un paese sensibile alle suggestione del circuito 'confessione-pentimento-penitenza-salvezza'.” PADOVANI, Tulio. Op. cit., p. 451.

³³ Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Traducción por Ricardo Robles. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 484 e ss. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 826 e ss.

³⁴ Como alerta Alcaraz Ramos, “ha advertido Capella que el uso del concepto ‘presunción de inocencia’ para eludir o diferir la responsabilidad política es mero recurso retórico, técnica de ‘profesionales del dominio público’, porque: ‘Salvo que olvidemos la navaja de Occam, la ‘presunción de inocencia’ no tiene sentido en cualquier contexto discursivo: no se presume inocencia de los perfumeros, los enfermos, los cristianos o los ciudadanos; la ‘presunción de inocencia’ cobra sentido cuando existen ‘indicios racionales de criminalidad’ a juicio de la autoridad competente y solamente en relación dialéctica con ellos. Sirve para mantener la cuestión de la culpabilidad alejada o suspendida, a pesar de los indicios, durante un proceso en que ha de dilucidarse si hay *prueba suficiente*.’ La presunción de inocencia tiene su sentido acotado *ad intra* del procedimiento judicial y no puede confundirse, aunque se haya generalizado, con la protección contra injurias, calumnias u otros atentados al honor. No tiene sentido una invocación general a ese derecho, como se ha acabado haciendo, ante la mera insinuación de que alguien puede haber participado en actividades que *podrían* relacionarse, directa o indirectamente, con hechos delictivos. Prosigue Capella: ‘Como cuestión de hecho, los ‘indicios racionales de criminalidad’, pese a contrapesarse con la ‘presunción de inocencia’ de un procedimiento penal, no pueden afectar la *confianza* política (y acaso también a la *dignidad*) en mayor o menor grado. Pues la presunción de inocencia es un concepto procesal penal que por mucho que se quiere no puede exportarse fuera dese ámbito.’ ALCARAZ RAMOS, Manuel. Corrupción política, derechos fundamentales y opinión pública. In: JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). *Corrupción pública, prueba y delito*: cuestiones de libertad e intimidad. Navarra: Aranzadi, 2015. p. 27 e ss.

³⁵ Foi o que se denominou, à sua época, de PEC dos Recursos (PEC 15/2011). Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>.

Aqui, simplesmente se pretendeu superar uma leitura garantista e mitigar a noção de presunção de inocência, indo-se, aliás, para além do que se sustentava.

Em última sede, deve-se ter em mente que somente um árbitro isento pode bem avaliar o grau de responsabilidade de determinado indivíduo, face às leis e aos regramentos normativos existentes. E essa leitura somente é possível dentro de uma perspectiva limitada e balizada por princípios. Daí, hoje, se falar não só (ou unicamente) em ilegalidades, mas, também, em ilegitimidades. Uma determinada leitura pode, pois, ser legal, mas ilegítima, na medida em que viole determinados princípios condutores do Direito Penal.³⁶ Daí, a se entender que um juiz não pode, ainda que com boa intenção e motivos, pretender proceder um combate qualquer, a qualquer que seja a criminalidade do momento. Tampouco se pode aceitar que, com esse propósito, se vulnerem determinadas premissas principiológicas, o que levaria sua decisão à ilegitimidade. Seu único combate permitido é o combate pelo bom Direito. Nada mais.

Derradeiramente, há de se ter em conta que todos os países, infelizmente, detêm sua versão de *tagentopoli*.³⁷ Uma cruzada contra a mesma, além de ineficaz,³⁸ e ilegítima, pode perverter o que a Justiça tem de mais caro, que é sua serenidade. A corrupção, mais do que nunca, necessita de respostas contundentes da Justiça. Mas deve-se firmar posição de que não é amoldando essa mesma Justiça a determinado caso, ou eventualmente tomando, o magistrado, partido em determinada questão, que por ela se pontuará, senão o contrário. Themis, afinal, é simbolizada como cega para sempre tratar todos com parcimônia, e não para pender sua balança para qualquer lado, conforme seja o interesse em questão. É essa a emergência que não se deve aceitar.

³⁶ Cf. YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: BdeF, 2014. p. 754 e ss.

³⁷ Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Tagentopoli* tiene traducción al castellano. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 100 e ss.

³⁸ Para Anachiarico e Jacobs, “the anticorruption Project may be more effective if proposed are analyzed beforehand for effectiveness and possible negative impacts on public administration. Further, the new discourse should strive to prioritize different types of corruption. Perhaps it will be determined that corruption in the judiciary and prosecutors’ offices (for example, bribing a judge or prosecutor) is most destructive to government legitimacy, while certain conflicts of interest in contracting are less destructive, at least when the government receives full value for its expenditures. Arguably, corruption by high-level officials is more destructive to the body politic than corruption by low-level personnel. Corruption that represents a payment for the expeditious provision of a routine service is less destructive than corruption by represents a payment to issue a license or permit which, for safety reasons, should not be issued at all. A systematic effort to prioritize corruption according to its negative consequences for society and government legitimacy would produce a hierarchical list of targets at which corruption controllers could aim.” ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. Op. cit., p. 194 e ss.

Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Traducción por Ricardo Robles. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ALCARAZ RAMOS, Manuel. Corrupción política, derechos fundamentales y opinión pública. In: JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). *Corrupción pública, prueba y delito*: cuestiones de libertad e intimidación. Navarra: Aranzadi, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Tagentopoli tiene traducción al castellano. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho*: el papel de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 1996.

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity*. How corruption control makes government ineffective. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción*: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani pulite, la vera storia*: da Mario Chiesa a Silvio Berlusconi. Roma: Riuniti, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim*, v. 17, n. 81, p. 7-35, 2009.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve historia de la corrupción*: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010.

DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos*: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009.

ETZIONI, Amitai. *Capital corruption*: the new attack on American democracy. New Brunswick: Transaction Books, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2009.

GARMENT, Suzanne. *Scandal*: the culture of mistrust in American politics. New York: Time, 1991.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Comp.). *La corrupción*. México D.F.: Coyoacán, 2007.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 2006.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César*: un estudio sobre la *Lex Iulia de Repetundis*. Granada: Comares, 2009.

HABIB, Sérgio. *Brasil*: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón – la sombra del valido – privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MOCCIA, Sergio. Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tangentopoli. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1996.
- _____. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- PADOVANI, Tullio. Il problema “tagentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996.
- RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional público para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad?: la venta de cargos de gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009.
- SARGIACOMO, Massimo; IANNI, Luca; D’ANDREAMATTEO, Antonio. Accounting and the fight against corruption in Italian Government Procurement: a longitudinal critical analysis (1992-2014). *Critical Perspectives in Accounting*, v. 28, 2015.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. (Monografias, 8).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountability reforms, and democracy in Brazil. In: *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.
- THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.
- YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: BdeF, 2014.
- ZANCHETTA, Pier Luigi. Tagentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

Novos rumos na efetividade da prevenção geral

Sidnei Beneti¹

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

À Escola Paulista da Magistratura, cujo 1º Conselho integrei e cuja Secretaria Executiva exerci por oito anos, renovando a confiança na extraordinária Magistratura paulista, à qual servi por trinta e cinco anos.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

(Lacordaire)²

Sumário: 1. Novos rumos. 2. Resposta penal às exigências sociais. 3. Prevenção geral e prevenção especial do crime. 4. Danosidade social. 5. *Spinta criminosa e contro-spinta penale*. 6. O Direito Penal. 7. O Processo Penal. 8. Efeitos perversos da evolução. 9. Registros recentes: a) Colaboração premiada; b) Julgamento da apelação e execução; c) Domínio do fato. 10. Novos rumos.

1. Novos rumos

Alguns fatos atuais patenteiam nítida alteração dos rumos do Direito Penal e Processual Penal, buscando o equilíbrio entre o eterno embate entre as ondas liberalizante e a repressiva, que se alternam, à luz das grandes forças sociais subjacentes à criminologia.

A medida extrema da prisão, como sanção penal e como medida cautelar processual penal, revive e assume novo vulto. Tanto clamam pela opção prisional a opinião pública diante da criminalidade bruta dos crimes violentos e da criminalidade sofisticada da delinquência econômica como os movimentos ativistas de vanguarda. Nesse ponto, com clara opção pela prisão penal e processual, igualam-se os pleitos, de um lado, de enrijecimento das sanções à criminalidade violenta (estupro, roubo, latrocínio, homicídio), à criminalidade contra o patrimônio público e relações econômico-financeiras (sonegação fiscal, concussão, lavagem de dinheiro) e, de outro, reclamos de criminalização da violência doméstica, pedofilia, homofobia, ofensas ambientais e outras marcadas por forte substrato de modernidade.

¹ Ex-Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP.

² Lacordaire, Conférences de Notre Dame de Paris, 1881, v. I. III, p. 473, 1881; v. III, p. 473.

Sobrepassando às novas exigências de resposta penal, tem-se a sensação pública de impunidade, no tocante às diversas modalidades delinquentiais.

O fenômeno não é apenas nacional. Diante das centenas de ataques recentes a mulheres no primeiro dia do ano de 2016 em Colônia, Hamburgo e outras cidades alemãs – casos de estupro, atentado violentos ao pudor, importunação ofensiva ao pudor e lesão corporal, alguns dos quais em autoria coletiva – foram incisivas as declarações de Chefes de Polícia, no sentido de que não anteviam punição nenhuma, porque, à dificuldade de amealhar possíveis testemunhos, seriam desprovidas de valor probatório em Juízo as inúmeras fotos e filmagens, visto que realizadas por particulares e não por instrumentos públicos de vigilância, concluindo o chefe da polícia de *Reeperbahn*, em Hamburgo, visivelmente desanimado, que, ante a exigência probatória do Tribunal de Justiça de Hamburgo, somente se atingiria o resultado punitivo se a comprovação da autoria se realizasse mediante “exames de DNA ou impressões digitais de agressores [...]”.³

2. Resposta penal às exigências sociais

A história do Direito Penal e do Direito Processual penal demonstra estreita correlação entre as necessidades da defesa da sociedade contra a criminalidade e os mecanismos de persecução penal, proporcionais a cada necessidade. As penas tornam-se adequadas às circunstâncias fáticas determinadas pelas características da delinquência em tempo e lugar determinados. Como na área da saúde pública, em época epidêmica, impõem-se medidas sanitárias apropriadas, cuja necessidade arrefece ou cessa ao enfraquecimento ou extinção da epidemia.

O número elevado de crimes violentos na atualidade explica o claro movimento revisionista do Direito Penal e Processual Penal no sentido do enrijecimento de providências, para o eficaz enfrentamento, em prol da preservação de direitos fundamentais de cada um dos cidadãos e de toda a sociedade – cujos valores, ante a impunidade evidenciada aos olhos da população, visivelmente se deterioram a cada insuficiência da resposta penal, já se registrando o recrudescimento de ações de realização da justiça pelas próprias mãos, até mesmo o linchamento de suspeitos sem culpa.

O Direito Penal e o Processo Penal, que experimentaram o abrandamento humanizado e civilizatório, após fase de desproporcionais sanções exacerbadas, não raro recaindo sobre os mais desfavorecidos da sociedade, recomeça a nortear-se pelo rigor progressivo, para adequação às exigências do necessário combate à criminalidade.

O fato do terrorismo cruel, escancarado pelas imagens de televisão e pela internet, ajunta componente especial à necessidade de reação proporcional à criminalidade, como, por exemplo, nos Estados Unidos após os atentados de 11 de setembro de 2001, e na França, em seguida aos atentados iniciados com o assassinio terrorista de jornalistas do Paris Hebdo e ações seguintes. Seguiram-se, nesses países e também em outros, medidas fortemente restritivas de direitos individuais.

³ *Hamburger Abendblatt*, várias edições em janeiro de 2016.

Parece que, realmente, em nossos tempos arrefece um ciclo de abrandamento com fundamentos sócio-humanitários da sanção penal, aproximando-se nova onda, de maior rigor na busca da efetividade do Direito Penal e do Direito Processual Penal – que, frise-se, tem de se realizar atendendo também às conquistas sócio-humanitárias no campo penal, inclusive construídas pelo chamado *garantismo* processual, que fulmina toda e qualquer moléstia ao devido processo legal.

3. Prevenção geral e prevenção especial do crime

No Brasil, impossível negar que a evidência de sensação de impunidade se implantou na sociedade, tanto para vítimas e circunstâncias como para agentes de delitos e, via comunicação, para toda a população. Essa sensação se reafirma em cada caso concreto, que vem ao conhecimento público, da não punição de autores de crimes graves, cuja impunidade frustra e aterroriza vítimas, familiares, amigos e vizinhos.

Os próprios autores de crimes graves, por vezes, contribuem para o aumento da sensação de impunidade, não raro, em seguida a ações criminosas ou no momento da prisão, emitindo declarações ou se portando com ostensivo menosprezo à persecução penal, à crença na soltura imediata a despeito do delito – para o espanto da sociedade.

Mas o maior alarde de impunidade provém, sem dúvida, do fato moderno de as ações criminosas serem filmadas, com toda a violência e crueldade, por câmaras de segurança ou de telefones celulares, às vezes pelos próprios autores de delitos, transmitidas pela televisão e disseminadas pelas redes sociais via internet, tornando-se incompreensível para a população a soltura, com ou sem fiança ou medidas substitutivas, pela autoridade policial ou pelos juízes, estes ao exame dos autos de prisão em flagrante, nas salutares audiências de custódia.

A nenhuma consequência punitiva, atemoriza vítimas e testemunhas e inibe denúncias e depoimentos.

Gravíssimos os fatos, numericamente crescentes, de a permanência de criminosos em liberdade ensejar a vingança particular, tantas vezes com o assassinio de vítimas, testemunhas e autoridades envolvidas.

E gravíssimo, aos olhos da população, o fato, que repetidamente se exhibe nos meios de comunicação, de cometimento de novos crimes graves por quem registra alentada folha de antecedentes, mas persiste tecnicamente considerado acusado primário, porque, à custa de sucessivos recursos, não transitada em julgado a sentença.

O progressivo enfraquecimento de instrumentos de efetividade da persecução penal desempenha papel de enorme relevância no aumento da criminalidade e da sensação de impunidade, que atuam em cascata, formando verdadeira bola de neve, cujo crescimento se opera em decorrência do próprio ininterrupto movimento.

Se, atualmente, uma efetiva ação contra a criminalidade implica a consequência do aumento da lotação dos presídios, sem dúvida a persistência da impunidade significará aumento progressivo do número de infratores da lei penal no futuro. Assim, o passar do tempo sem efetivo combate penal à impunidade somente fará crescer a exigência futura de aumento do número de vagas em estabelecimentos de execução de penas privativas de liberdade. Os custos que assustam os governantes com a neces-

sidade de construção e melhoria de estabelecimentos e execução da pena na atualidade, serão infinitamente maiores no futuro, se não interrompido o ciclo crescente de sensação de impunidade.

4. Danosidade social

Nesse ponto é preciso convir em que os bens protegidos pelo Direito Penal devem proporcionalizar-se à noção de danosidade social que ao Direito Penal cumpre observar. Esse conceito de danosidade social se altera com o passar dos tempos, atendendo às necessidades a que o Direito Penal – e o próprio processo penal – servem, como todo o Direito serve a toda a sociedade e a seus valores fundamentais.

A permanente transformação do que se considera danosidade social foi bem constatada por Hassemer, para quem “a doutrina penal dos últimos tempos transformou consequentemente a concepção do bem jurídico em uma teoria da danosidade social”, atentando-se a que, embora “nem toda lesão a um interesse humano (bem jurídico) exige uma reação mediante o Direito Penal”, no fundo tem-se que atender à premissa de que ao Direito Penal interessa a conduta “que apresenta o caráter de socialmente danosa, quer dizer, que em seus efeitos lesivos vá mais além do conflito entre autor e vítima, exige do legislador penal que disponha de conhecimentos empíricos e que os aplique na formulação das condutas puníveis e na previsão das consequências jurídicas⁴.”

5. *Spinta criminosa e contro-spinta penale*

Vem da doutrina penal clássica a distinção entre prevenção especial, consistente na aplicação da sanção penal a quem comete crime, para que não o volte a praticar, e a prevenção especial, sentimento geral de temor da punição no caso de transgressão da lei penal. Já há tanto tempo Romagnosi⁵, aproximando-se da Escola Positiva, à premissa inafastável de o Direito Penal destinar-se à defesa da sociedade, cunhou definitivamente as expressões “*spinta criminosa*”, o impulso criminoso do delinquente, e “*contro-spinta penale*”, o contra impulso penal, inibidor da “*spinta criminosa*”.

Carrara, tendo por certo que o Direito Penal visa à defesa do próprio Direito, mediante a punição de condutas de maior relevo na ofensa à lei, lecionou que “o preceito sem sanção não significaria mais preceito; e o mundo sem lei não significaria senão um teatro de perpétua desordem⁶”.

Reafirmando as noções consolidadas de prevenção especial e prevenção geral como elementos essenciais da criminologia, Jeschek expôs que a incidência da pena sobre a personalidade do agente, a prevenção especial, dosada segundo a ação delituosa praticada, atua o efeito da prevenção especial, “suficiente, mas também necessária⁷”.

⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução e notas de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 38.

⁵ ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791 – obra histórica, essencial ao entendimento dos rumos iniciais e ulteriores da Escola Positiva, visto que praticamente considerada por todos os demais positivistas.

⁶ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Firenze, 1912. v. 1, p. 24.

⁷ JESCHEK, Hans-Heinrich. *Einführung, Strafgesetzbuch*, 36. Auflage, 2001, München, 2001, p. XIV.

Nessa dupla perspectiva atua o Direito Penal, caracterizando-se como direito de garantia da sociedade – ou da lei da sociedade, se se preferir. Assim, com efeito, assinala não ter dúvida a respeito do caráter garantidor do Direito Penal, firmando que o direito punitivo protege, com redobrada sanção, que é a pena, os bens jurídicos.⁸

Esta, relembre-se, norma de garantia extrema da sociedade no caso da falência das normas comuns, extrapenais, no atendimento à ordem jurídica essencial ao Estado de Direito.

Comunicantes entre si, a prevenção geral e a prevenção especial completam-se, munindo a sociedade de necessários instrumentos de controle da delinquência, para a preservação da própria vida em sociedade e assegurando a incolumidade do cidadão observador do direito alheio contra quem os transgrida.

6. O Direito Penal

O Direito Penal e o Direito Processual Penal registraram notável evolução no sentido do respeito aos direitos fundamentais do ser humano – necessário ao movimento civilizatório, superando-se os tempos das penas cruéis e, mesmo, da prodigalização da prisão e da tortura, como prevalecente instrumento punitivo.

No campo penal, as penas humanizaram-se. A pena privativa de liberdade, sanção penal por excelência, que sistema jurídico nenhum foi jamais foi ou será capaz de totalmente suprimir, vem sendo em boa hora substituída por instrumentos de reeducação e ressocialização, indo longe os tempos da caracterização da privação da liberdade como providência sancionatória meramente retributiva da prática do crime.

O sistema progressivo, antes experimento de sistemas de vanguarda, passou a integrar o elenco de direitos do condenado. A execução da pena judicializou-se, nutrindo-se das garantias do processo judicial.

O preceptivo penal, isto é, o tipo penal, que de início se manteve intacto, apenas se autorizando a não aplicação da pena ou a transação, exclusivamente para delitos patrimoniais em casos de menor relevância e não reiteração, geralmente com o sancionador, ou seja, a pena criminal, substituída por medidas administrativas transacionáveis ou simplesmente perdoáveis, em lugar da sanção penal⁹, a critério do Ministério Público, com aprovação do Juízo¹⁰, passou a entender-se, à tradução a técnica do *Bagatelldelikt*, como pura e simples descriminalização do tipo penal.

Despojou-se, deve-se admitir, o Direito Penal, da diretriz que vinha dos séculos, difundida por Agostinho, de *que qui in minimis fidelis est, et in majus est fidelis*. E a chamada tolerância zero veio a ser estigmatizada ao ferrete verbal de desumana e antissocial, contrária ao próprio sentimento de Justiça.

⁸ ASSÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada. t. I, p. 34.

⁹ V. Eduard Dreher, *Festschrift für Hans Wenzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 917.

7. O Processo Penal

No âmbito processual penal, a medida cautelar pessoal mais efetiva – a prisão, seja em flagrante delito, seja a prisão preventiva –, despojou-se do fundamento objetivo, pautado pela tipicidade da conduta delinquencial imputada, para o subjetivismo da exacerbada aplicação dos princípios da proporcionalidade ao fato típico e à necessidade da restrição à liberdade.

A própria gravidade do fato (*Schwerer der Tat*), progressivamente perdeu como requisito suficiente para a imposição da prisão preventiva ou para a manutenção da prisão em flagrante delito. Tornaram-se prevaletentes requisitos, de enorme subjetividade jurisdicional, principalmente da atuação – o mais comum, na realidade judiciária brasileira –, o de atentar contra a investigação (“atrapalhar a investigação”¹¹).

Ainda no aspecto do processo penal, as necessárias garantias, essenciais ao Estado de Direito e à intangibilidade da liberdade individual, via presunção da inocência, levaram, em alguns sistemas nacionais, como o brasileiro, ao paroxismo do aguardo da trilha de quatro instâncias jurisdicionais (do 1º Grau, Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), para a configuração da reincidência e do início da execução da pena.

E as nulidades processuais agigantaram-se, com reflexos de monta na exigência de configuração da prova – à exacerbada interpretação do salutar e necessário *garantismo* processual penal – que, levado ao extremo, altera o foco da jurisdição penal do julgamento do fato para o julgamento exclusivamente formal do processo, voltando-se, sob nova roupagem, ao ultrapassado sistema de nulidades que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, quase centenário de 1940, já anatematizava como “frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades”¹².

8. Efeitos perversos da evolução

As conseqüências da combinação fatal do esboroamento dos preceptivos e dos sancionadores dos tipos do Direito Penal material e da exacerbção formal do processo penal, muito além da necessária garantia do devido processo legal, são explosivas e destroem a efetividade da sanção penal, levando ao sentimento de impunidade que, como na conhecida metáfora da bola de neve, cresce a cada inaplicação da sanção penal – criando verdadeira máquina de reprodução em escala crescente da criminalidade – no caso, a criminalidade violenta, a que se restringem estas observações.

¹⁰ V. § 153 StPO (Código de Processo Penal alemão): *Nichtverfolgung von Bagatellsachen*.

¹¹ No Direito Processual alemão, *Verdunkelungsgefahr*. No processo penal alemão, a prisão preventiva deve preencher, além do requisito da forte suspeita (*dringend Verdach*), um de quatro motivos: 1) fuga ou perigo de fuga (*Flucht oder Fluchtverdach*); 2) perigo de obscurecimento da prova (*Verdunkelungsgefahr*); 3) gravidade do fato (*Schwerer der Tat*) e 4) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*) – V. Sidnei Agostinho Beneti, *Prisão Provisória – direitos alemão e brasileiro*, Revista dos Tribunais, n. 669, p. 271.

¹² Francisco Campos, *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*, n. XVII.

Da impunidade resulta a quebra da prevenção geral, tornando-se insuficiente a prevenção especial da punição de cada delito em particular – em geral, após excessiva demora na trilha de custoso processo, pródigo na recorribilidade, por recursos propriamente ditos ou pela admissibilidade sem limites do habeas corpus.

Daí resultam algumas consequências de nítida evidência, no tocante ao enfraquecimento da prevenção geral – a percepção pública de que os delitos são punidos – a alimentar a impunidade:

a) quanto mais não se aplica a sanção penal, mais se encoraja a delinquência, de modo que esta aumenta, em quantidade e gravidade de casos;

b) ao aumento progressivo da criminalidade, pela impunidade, mais necessário será um dia retornar à sanção penal efetiva para a criminalidade violenta, com a retirada de criminosos perigosos e profissionalizados do convívio social, pela prisão – a título de defesa social. Quer dizer: se, de início, uma efetiva persecução penal implica exigência de aumento considerável do número de vagas em presídios, a procrastinação de providências implica, no futuro, necessidade de número muito mais elevado;

c) a impunidade corrompe a todos, a humildes e a poderosos, incentivando o agir injusto, ao baixo risco de alguma consequência penal efetiva;

d) sem dúvida, a impunidade prejudica sobremaneira os mais humildes, que são os que têm de suportar ações delituosas violentas, habitando, com as famílias, locais fragilizados, sem condições de controle social efetivo, de deslocar-se em horas e locais desertos, atravessando terrenos perigosos e tomando conduções públicas vulneráveis – situações que nem mesmo o mais maciço policiamento será capaz de atalhar;

e) diante da ineficácia da prevenção geral, de nada adianta clamar pela atuação policial. Esta, em verdade, se desmoraliza a cada ação que ostensivamente em nada resulta, com o retorno do infrator à convivência imediata com vítimas e persecutores;

f) além disso, evidentemente, os primeiros a sentir a falta de efetividade da sanção penal, isto é, a crise de prevenção geral, são exatamente os maus integrantes de forças policiais, que, por um lado, percebem claramente o déficit de punibilidade, e, por outro, vêm-se sempre às voltas com claro dilema: agir contra o crime, expondo-se ao risco da ação, inclusive eventuais ocorrências indesejadas de momento, não levando, contudo, a nenhuma consequência punitiva efetiva, ou não agir, ao conforto da inação e, muitas vezes, com percepção de vantagem escusa pela omissão;

g) na crise de impunidade, sem dúvida, situa-se um dos fatores mais notáveis de destruição, a higidez de conduta exigida aos agentes da segurança pública.

9. Registros recentes

Nesse contexto de restabelecimento da efetividade da prevenção geral, situam-se alguns registros recentes:

a) em primeiro lugar, a autorização legal para a validade da colaboração premiada¹³, complementada por outras provas amealhadas no processo, poderoso instrumento

¹³ Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

de atingimento de meios de prova da infração penal, sobretudo em delitos de concussão, peculato, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal.

A experiência, que já se havia provado eficaz, sobretudo em combate à criminalidade mafiosa na Itália, vem abrindo novos horizontes à sensação de quebra da cadeia psicológica de impunidade e, conseqüentemente, vem fortalecendo a prevenção geral;

b) em segundo lugar, cumpre lembrar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.291-SP, j. 21.2.2016, Rel. Min. Teori Zavascki, que veio a autorizar a prisão do condenado a pena privativa de liberdade imediatamente após o julgamento condenatório por Tribunal de Apelação, independentemente da consideração dos requisitos da prisão preventiva¹⁴.

Esse julgamento, aliás, repristina os fundamentos da Súmula 9/STJ, posterior à Constituição de 1988 (mas, atente-se, editada sob a égide da anterior redação do art. 594 do Código de Processo Penal), forte em julgamentos de que relator o saudoso Ministro Assis Toledo, a quem tanto se deve da oportuna humanização *garantista* do Direito Processual Penal brasileiro, dispondo aludida Súmula 9/STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”;

c) em terceiro lugar, no tocante a delitos relativos à organização criminosa ou com a participação de vários agentes, deve-se lembrar o desenvolvimento atual da teoria do domínio do fato, importantíssima para atingir a punição efetiva de comandantes de grupos que se dediquem à delinquência.

Essa teoria, que por vezes se presta a acentuada controvérsia a respeito das dimensões subjetivas para a condenação de agentes fisicamente distantes do local da prática do delito, tornou-se essencial à prevenção geral na sociedade moderna, bastando registrar que, sem ela, não teriam sido atingidos pela sanção penal os governantes Augusto Pinochet, no Chile, e Jorge Videla, na Argentina.¹⁵

10. Novos rumos

No momento histórico atual, o pêndulo do Direito Penal e do Direito Processual Penal começa a voltar-se, visivelmente, no sentido do retorno à efetividade da prevenção geral, para a recuperação da confiança pública na sanção penal.

Afinal, o sentimento público de que o cometimento do delito leva à consequência sancionadora penal constitui elemento essencial da própria existência do Direito Penal e, mais que isto, do próprio Estado de Direito.

Como está na conhecida frase de von Ihering: “O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a

¹⁴ Arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

¹⁵ A teoria do domínio do fato remonta a Hans Welzel, em 1939, desenvolvendo-se ulteriormente por Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963 – nunca prescindindo, frise-se, da complementação de outras provas do conhecimento da ação criminosa e do efetivo controle, por ação ou omissão.

espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Ou, como o mesmo von Ihering arremata: “Regra jurídica sem coação é uma contração em si, um fogo que não queima, uma luz que não ilumina¹⁶”.

São Paulo, 1º de março de 2016.

¹⁶ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito (Der Kampf um Recht)*. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Passim.

O STJ não impediu a análise do desvalor da conduta no crime de estupro de vulnerável

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

O crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, tem provocado polêmica intensa quanto à vulnerabilidade das vítimas abarcadas pelo dispositivo, principalmente no que concerne ao critério etário, previsto no *caput*, que proibiu a prática de qualquer ato libidinoso com pessoas menores de 14 anos.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei 12.015/2009, que conferiu a redação ao citado artigo, muito se discutia a respeito da natureza da presunção de violência que constava do artigo 224 do CP, se absoluta ou relativa, isto é, se haveria margem legal para se produzir prova de que, consoante as circunstâncias do caso, a vítima não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Intencionalmente, a alteração legislativa deixou de fazer qualquer alusão a *presunções* e, em termos mais taxativos, proscreeu a prática de atos sexuais com vulneráveis, assim entendidos os menores de 14 anos; aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática desse ato; e aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência.

A celeuma fica mais por conta do critério etário, conforme dissemos, porque os demais, por remeterem a elementos normativos ("*deficiência mental*", "*necessário discernimento*", "*qualquer causa*", "*resistência*") dão margem para a produção de provas, demandando juízo de valor. Entretanto, a idade é critério bem objetivo, preenchido com a simples juntada da certidão de nascimento da vítima, restringindo-se as possibilidades de defesa do acusado, já que, ao menos pela letra da lei, não poderá demonstrar qualquer ausência de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos. Ponderamos, no entanto, que como ocorre para todos os casos, sempre poderá haver a exclusão do dolo ou da culpabilidade, respectivamente, se o acusado demonstrar que agiu sob o erro de tipo invencível ou erro de proibição inevitável, desde que demonstrados os requisitos legais (arts. 20 e 21 do CP). Ilustrativamente, nos Estados Unidos, os crimes de estupro de vulnerável ("*statutory rape*") normalmente não admitem prova de que o sujeito de fato desconhecia, ou não tinha razões para conhecer, a idade da vítima, já que eles são entendidos como crimes de estrita responsabilidade ("*strict liability crimes*"), dispensando-se a demonstração da vontade de cometer o crime (*mens rea ou guilty mind*), já que, para eles, o dolo envolve a consciência da ilicitude.²

¹ Juiz da 2ª Vara Criminal de Assis/SP. Mestre em Direito Comparado pela Samford, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura.

² A ideia foi haurida do Direito Inglês, no julgamento de *Regina v. Prince* (1875), mas não é mais encampada por todos os estados dos EUA (SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2004. p. 196).

Pois bem. Sob outro prisma, sob a égide da lei em vigor, passou a haver decisões que deixaram de punir pessoas que mantiveram relações sexuais com menores de 14 anos, diante das peculiaridades de cada caso.³ Aparentemente, todavia, o Superior Tribunal de Justiça colocou uma *pá de cal* sobre a questão, no julgamento do REsp. 1.480.881-PI, rel. Min. SCHIETTI CRUZ, decidido sob o rito de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC), ao fixar a seguinte tese representativa da controvérsia:

*Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.*⁴

No entanto, apesar dos termos da tese de jurisprudência soarem peremptórios, apenas *aparentemente* sepultaram os questionamentos acerca da configuração desse delito, já que o próprio Ministro relator do acórdão esclareceu o seguinte:

É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais - como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos - em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Portanto, nem mesmo a fixação da tese pelo STJ apagou a chama das discussões acerca da tipicidade de certas condutas, calhando então a discussão a respeito dos fundamentos e parâmetros pelos quais serão admitidas essas hipóteses excepcionais de atipicidade das condutas.

Acreditamos que o ponto de partida para o enfretamento da questão redunde na classificação do crime de estupro de vulnerável como delito de lesão ou de perigo. Sabemos que os primeiros se consumam com a efetiva lesão ou bem jurídico tutelado pela norma penal, ao passo que os segundos se contentam com a mera exposição desse bem a uma situação de perigo, demonstrada em cada caso (crimes de perigo concreto) ou abstratamente prevista pelo tipo (crimes de perigo abstrato).⁵ Com o devido respeito à posição que sustenta ser o estupro de vulnerável um crime de dano, por ser evidente que a prática de atos libidinosos com vítimas vulneráveis acarreta a estas abalos psicológicos e outras consequências graves,⁶ parece ser inegável que o crime do art. 217-A do CP se

³ Por amostragem: Processo 7611-43.2012.8.26.0047, 2ª Vara Criminal de Assis/SP (por sinal, de lavra deste próprio articulista e publicada no *site* do *conjur* em 24.08.2015; e, mais recentemente, decisão do Juízo da 10ª Vara Criminal de Goiânia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/juiza-goias-sexo-menina-13-anos-nao-estupro>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁴ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stj-estupro-vulneravel-estupro-menor-14.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁵ Por todos, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 210.

⁶ E.g., GRECO, Rogério. *Adendo. Lei 12.015/2009*: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. p. 72.

consuma *independentemente de prova dessas conseqüências*, sendo incabível, portanto, classificá-lo como tal. Ao revés, a proibição da prática sexual com as pessoas ali elencadas fundamenta-se justamente na *presunção* desses abalos psicológicos. Se *presunção* de periculosidade *ex ante* existe, trata-se de crime de perigo abstrato, cuja consumação independe da produção efetiva desses danos.

Apesar de alguns autores sustentarem que os crimes de perigo abstrato não se conformam ao Estado Democrático de Direito,⁷ temos que nenhuma incompatibilidade há entre o crime de estupro de vulnerável, enquanto delito de perigo abstrato, com o Texto Constitucional, diante da envergadura do interesse em jogo, já que se trata de proteger a sexualidade de pessoas absolutamente indefesas, principalmente crianças e adolescentes, sujeitos para os quais a Constituição dedicou proteção especial, dada à condição peculiar de *sujeitos em formação*, nos termos de seu art. 227.

Ocorre, todavia, que ao contrário do que possa fazer crer uma leitura apressada da decisão do STJ, o crime do art. 217-A do CP não pode ser considerado como delito de mera conduta, já que, mesmo para os crimes de perigo abstrato, deve existir *periculosidade da ação*, um risco como pressuposto do injusto típico.⁸ Isto significa dizer que todas as condutas absolutamente inócuas a lesar o bem jurídico protegido – ainda que abstratamente – não poderão ser consideradas materialmente típicas, não se cogitando de seu desvalor, ainda que formalmente se subsumam ao tipo penal incriminador. Se assim não fosse, tomemos como exemplo um casal de namorados de 13 anos que foi flagrado na prática de beijos lascivos ou outro ato libidinoso. A imposição de medidas socioeducativas a ambos seria medida razoável? Quais critérios fundamentariam a exclusão dessa responsabilidade?

Sob essa perspectiva, portanto, deve ser entendida a ressalva do voto relator do citado recurso especial, ao fazer alusão, de maneira periférica, a certas situações excepcionálistimas, cuja resposta afitiva do direito penal seja realmente desproporcional. Portanto, ainda que tenha se tratado de argumento *obiter dictum*, a decisão do STJ não fechou as portas para o juízo de valor (prognose), que deve ser feito necessariamente pelo juiz, para verificar, ainda que abstratamente, a existência de perigo ao bem jurídico (dignidade sexual), devendo afastar punições relativamente a condutas absolutamente inócuas, que não podem ser criteriosamente estabelecidas no plano abstrato, mas, pelo contrário, dependem das vicissitudes de cada caso. Ainda assim, alguns parâmetros podem nortear o julgador, a saber: (1) pouca diferença etária entre os parceiros;⁹ (2) idade da vítima;¹⁰ (3) relacionamento de namoro conhecido pelos pais e sociedade em geral¹¹ etc. A combinação desses e outros elementos pode fornecer algumas balizas para o intérprete concluir pela ausência de perigo ao bem jurídico.

⁷ Já que, segundo essa corrente, a intervenção penal somente se justifica para evitar ataques efetivos a bens jurídicos. Nesse sentido: TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 34, p. 825-847, 1981, p. 826. Entre nós, GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

⁸ BOTTINI faz uma compilação interessante a respeito das diversas correntes que fundamentam os delitos de perigo abstrato como delitos de periculosidade (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-128.

⁹ Até mesmo a UNICEF, por meio do documento *Minimum age of sexual consent*, recomenda que a diferença etária entre os parceiros seja levada em consideração como equilíbrio de poder entre eles. Disponível em: <http://www.unicef.org/lac/contact_26964.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016. O mesmo raciocínio norteou a edição das *Romeo and Juliet laws* nos EUA.

¹⁰ Parece ser natural que o grau de discernimento vai aumentando com o passar do tempo.

¹¹ Baliza que, em certos casos, pode afastar o desvalor social da ação.

Com isso, sob nossa ótica, diante dos elementos da norma penal, a discussão atual não reside mais no atributo da *vulnerabilidade*, se absoluta ou relativa, como antes se fazia com a presunção a que aludia o art. 224, mas, sim, no afastamento de condutas inócuas e absolutamente despidas de conteúdo de injusto penal, postura que se afina aos reclames de um Direito Penal Constitucional.

O crime de telecomunicação clandestina

Vicente Greco Filho¹

Professor titular sênior da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Sumário: História do Direito das Telecomunicações no Brasil – Crimes de perigo e bem jurídico – Estrutura linguística dos tipos penais – A tutela do espectro eletromagnético como bem jurídico substância do art. 183 da Lei nº 9.742, de 16 de julho de 1997 – O crime do art. 183 é de perigo abstrato – As rádios comunitárias – Inaplicabilidade do princípio da insignificância.

Palavras-chave: Telecomunicações. Perigo abstrato. Art. 183. Espectro eletromagnético. Bem jurídico. Rádios clandestinas. Rádios comunitárias. Insignificância.

I. Aspectos da evolução histórica do Direito das Telecomunicações no Brasil

O marco histórico do conjunto de normas que regem as Telecomunicações no Brasil, foi, sem dúvida, o diploma conhecido como Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

A partir daí, desenvolveram-se estudos, no Brasil, sobre seus aspectos peculiares, que levaram ao entendimento de que se poderia destacá-los como um ramo específico do Direito, já que seus conceitos e princípios nem sempre coincidem com o do Direito Administrativo comum.

Não hesitamos em adotar como conceito do novo ramo do direito o formulado por Gaspar Vianna, no trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Telecomunicações (v. nosso Curso Elementar de Direito de Telecomunicações na *Revista Justitia*, do Ministério Público de São Paulo, v. 88, 1º trimestre de 1975), qual seja: “O Direito das Telecomunicações é o conjunto de princípios e normas que regem as relações jurídicas decorrentes da utilização de telecomunicações”.

Por outro lado, a matéria, ou objeto, do Direito das Telecomunicações é o conjunto de relações jurídicas decorrentes da utilização de meios ou sistemas de telecomunicações.

Tentando classificar, para fins de sistematização, os tipos dessas relações jurídicas, podemos dizer que elas existem entre:

- a) a União de um lado, os órgãos da Administração direta ou indireta de outro;
- b) a União de um lado e os concessionários, permissionários ou autorizados a executar o serviço de outro, bem como os que pretendem utilizar os serviços;
- c) a União de um lado e as indústrias de equipamentos de radiodifusão, telefonia ou radiocomunicação de outro;
- d) os concessionários ou permissionários de um lado e os destinatários ou usuários dos serviços de outro;

e) os concessionários ou permissionários de um lado e aqueles que prestam serviços artísticos de outro;

f) a União de um lado e a comunidade internacional e seus organismos de outro.

No momento interessa-nos o bloco de relações “b”, a União de um lado e os concessionários, permissionários ou autorizados (ou que deveriam sê-lo) a executar o serviço de outro, no plano administrativo e penal.

O Código Brasileiro de Telecomunicações procurou abranger tanto os serviços de telefonia e afins quanto a radiodifusão, tendo em vista que o texto constitucional de então e o regente até a Constituição de 1988 unificavam todas estas atividades a partir de um único dispositivo, o artigo 8º, XV, que atribuía à União a competência para explorar “os serviços de telecomunicações” (na Emenda Constitucional nº 1/69).

As comunicações à distância por meios eletroeletrônicos nasceram com o telégrafo com fio, mas com o surgimento de transmissões por rádio, a grande preocupação mundial foi com a disciplina da utilização do espectro eletromagnético, tendo em vista que este é limitado e está sujeito à interferências ou ruídos capazes de prejudicar a utilização de uma pela utilização de outra.

O primeiro passo, no âmbito internacional, no sentido de disciplinar a administração das frequências radioelétricas, foi dado na Conferência de Radiocomunicações, em Washington, em 1927. Antes disso, em Berlim, procurou regulamentar-se o Serviço Móvel Marítimo, em 1906, além de acordos preexistentes a respeito de Telegrafia.

Mais tarde, em Madrid (1932) e no Cairo (1938), realizaram-se outras conferências internacionais, adotando a antiga União Telegráfica Internacional a denominação de União Internacional de Telecomunicações. Depois da Grande Guerra, a U.I.T. passou a ser órgão especializado das Nações Unidas, promovendo as Conferências Internacionais de 1963 e 1971, já sob a necessidade de regulamentação dos problemas surgidos com a utilização dos satélites.

A preocupação dominante, como se vê, sempre foi a preservação da utilização do espectro de frequências eletromagnéticas, quer no serviço público de propiciar aos consumidores uma forma de comunicação mais imediata que a postal e que não interfere no conteúdo das mensagens (telefonia e afins), quer na atribuição de frequências para que entidades as utilizem com conteúdo aberto de sua responsabilidade, no que modernamente se denomina *mídia* eletrônica aberta.

Tanto isso é verdade que a regulamentação e fiscalização dos órgãos governamentais se estende, inclusive, à fabricação e distribuição de equipamentos de telecomunicações. Para que? Pergunta-se. Para que mantenham a utilização de frequências em padrões de qualidade que evitem as mais possíveis interferências em outras, circunstância, porém, que é impossível de ser eliminada por completo em muitos casos, por mais adequado e funcional que seja o aparelho. Isso sem falar na utilização de frequências para outros fins que não as comunicações, como a dos equipamentos médicos, os computadores e nosso, hoje prosaico, forno de micro-ondas.

Outro marco significativo no panorama do Direito de Telecomunicações é a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispôs sobre “a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

A lei, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações, não tratou da radiodifusão, aliás, ressalvou a vigência, nesse aspecto, do Código de 1962.

A expressão “lei geral” justifica-se, porque a Constituição de 1988 desmembrou as duas áreas em dois incisos, o XI e o XII do art. 21 da competência da União: o XI dando os parâmetros gerais da telecomunicações, enquanto serviço meio a ser colocado à disposição das pessoas, e o XII, referindo a exploração da radiodifusão. Como regulamentadora do inciso XI ela é geral, apesar de que a radiodifusão também se insere no conceito amplo de telecomunicação. Acontece que ambas se imbricam, já que as telecomunicações, no sentido do inciso XI, podem utilizar-se de radiofrequências, enquanto transmissão de conteúdo pode dar-se via cabo.

A separação constitucional, porém, tem consequências interpretativas, gerando a pergunta: tratando a Lei nº 9.472/97 das telecomunicações no sentido do inciso XI e prevendo o crime (art. 183) de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações, aplica-se ele apenas às atividades que não sejam de radiodifusão, punidas as atividades clandestinas nessa área ainda pelo art. 70 do Código de 1962?

A questão será enfrentada no tópico penal deste estudo, de maneira rápida, porque visa especificamente à interpretação do art. 183 da Lei nº 9.472/97.

O que se observa, contudo, desde logo, é que a Lei nº 9.472 somente foi possível em virtude da Emenda Constitucional nº 8/1995, porque o texto original da Constituição de 1988 previa a exploração das telecomunicações por empresa estatal, eis que vigorava o chamado Sistema Telebrás em que a operação é quase monopolizada por entidades controladas pela União, direta ou indiretamente. Lembre-se, ainda, que o crime de atividade clandestina de telecomunicações já existia na Lei nº 4.117/1962, abrangendo quaisquer telecomunicações, incluída ou especialmente focalizada a radiodifusão, eis que a preocupação, como se vem discorrendo, era e é com a utilização do espectro eletromagnético. Lembre-se, também, que até a primeira metade da década de 1990 as telecomunicações no sentido de transmissão de voz e dados ponto a ponto num sistema integrado local eram quase que exclusivamente via cabo, excetuando-se as comunicações à distância, intermunicipais, interestaduais e internacionais. Mesmo estas se valendo alternativamente ao satélite de cabos submarinos.

II. Apresentação dos conceitos de crimes de perigo e bem jurídico

Os crimes, quanto ao resultado, podem ser de dano ou de perigo, subdividindo-se este em de perigo concreto e de perigo abstrato ou presumido.

O termo *resultado* tem sentido equívoco. Diz-se: não há crime sem resultado. Nesse sentido, resultado significa manifestação exterior da pessoa, conduta, para excluir de qualquer incriminação a simples cogitação, o pensamento, segundo o brocardo tradicional, *cogitationem nemo patitur*. O significado do termo *resultado*, como utilizado no parágrafo anterior, diferentemente, significa a modificação do mundo exterior, provocada pela conduta física, mas além dela.

Nos crimes de dano, o tipo penal exige para sua integração, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, como no homicídio a ocorrência morte, ou no estelionato, o efetivo prejuízo patrimonial. Nos crimes de perigo concreto há a ameaça real ao bem jurídico, aferida no caso concreto. Nos de perigo abstrato é ela potencial, mas decorrente de uma

valoração efetiva de risco, como nos crimes de drogas em que se reconhece, sem dúvida, o risco à saúde pública.¹ Na categoria dos crimes de perigo abstrato, com maior distância da lesão efetiva ao bem jurídico, há também crimes de mero risco, em que o perigo é hipotético, como ocorre em muitos crimes ambientais, em que a ocorrência de eventual dano é uma mera hipótese. São chamados crimes de cautela ou de precaução, instituída como princípio na sociedade moderna, em que se admite a atuação do Direito Penal ao instituir medidas de restrição de práticas, justificadas pela ausência de conhecimento científico sobre suas consequências.²

Nos crimes de perigo abstrato, ainda que este seja presumido, pode ocorrer, porém, que não exista, nem em tese, o perigo e nem mesmo o risco, de modo que a hipótese da realidade concreta exclui a aplicação da lei penal. Nos crimes de perigo abstrato, mesmo se consumando com a conduta independentemente de resultado, pode ocorrer a hipótese de inexistir totalmente a possibilidade de risco, de modo que não são incompatíveis com a figura do crime impossível. Foi o que ocorreu no caso do crime de drogas em que a substância guardada, apesar de ter sido encontrado o princípio ativo proibido, estava em situação de absoluta impossibilidade de utilização, fato por nós relatado em nosso *Tóxicos – Prevenção e Repressão*³.

Sob outro aspecto, quanto à sua estrutura linguística, os crimes podem classificar-se em tipos de:

1 - (conduta livre) ----- Resultado

(diferente de resultado entendido enquanto a conduta humana, ação)

2 - Conduta +++++ Resultado

(na hipótese de o tipo exigir um resultado, mas por meio de determinada conduta)

3 - Conduta -----(resultado inexistente ou desprezado)

(são os crimes formais e os de mera conduta)

4 - Conduta +++++ Fim ou Motivo

(resultado apenas visado)

Essas considerações, desde a preferência que deve ter o Direito Penal para os crimes de dano até a possibilidade de crimes de perigo abstrato, ressalvando-se a impunibilidade no caso de inexistência de perigo, sequer em tese no caso concreto, como também a não incriminação em casos de insignificância, tem por justificativa o conteúdo substancial do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos.

¹ Já se sustentou que os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais por violação do princípio da lesividade, mas essa alegação jamais foi reconhecida e estão eles aí em grande quantidade especialmente na sociedade moderna chamada, impropriamente, de “sociedade de risco”.

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

³ Ed. Saraiva, 14. ed., 2011, p. 183, nota 183, entre outros.

Como explica Claus Roxin⁴:

Pode-se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garantam todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos.

Há dois núcleos, portanto, de geração ou identificação de bens jurídicos: diretamente a pessoa, os direitos humanos e civis de cada um e o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos (aqui se justificam os crimes contra a Administração Pública).

E conclui o mesmo doutrinador: “a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito penal mas também a sistemática da teoria do injusto”⁵.

Inexistindo a lesão real ou potencial a um bem jurídico, inexistente razão ou fundamento quer para a instituição de um crime, no plano, portanto, da política criminal legislativa, quer no caso concreto, no momento de aplicação da lei penal.

No caso do art. 183 da Lei nº 9.472/1997, trata-se de crime de perigo abstrato e também de norma penal em branco, porque remete a regularidade da conduta à regulamentação da autoridade administrativa. Quanto ao bem jurídico por ele tutelado, discorrer-se-á no item relativo à análise do tipo.

Há, ainda, outro aspecto a considerar.

O Direito penal não é auxiliar dos outros ramos do Direito. Ele existe para reafirmar os valores indispensáveis à convivência social e que já são disciplinados pelos demais ramos, é certo, mas não para auxiliar aquelas áreas da ciência jurídica, não como sanção civil (no sentido de não penal), mas como sanção própria em última *ratio*, quando os outros ramos são insuficientes para alcançar a proteção social.

O Direito penal não é instrumento ou auxiliar dos poderes da Administração Pública, como não é do Direito civil, por exemplo, daí a proibição da prisão por dívida, como não é possível a prisão por infração administrativa. E, se as sanções administrativas são suficientes, não tem cabimento a atuação do Direito Penal.

III. Análise do tipo penal nos elementos gramatical, lógico, sistemático e teleológico. Bem jurídico tutelado

Dispõe o art. 183 da Lei nº 9.472/1997:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

⁴ *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

⁵ *Idem*, p. 61.

Complementa-o o artigo seguinte formando um conjunto único:

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Há, inicialmente, que se tratar da abrangência do artigo tendo em vista a divergência quanto à sobrevida do art. 70 da Lei 4.117/1962.

A respeito, é possível identificar três posições: a que entende que o art. 70 está revogado e que o art. 183, acima transcrito, abrange tanto a radiodifusão quanto as telecomunicações, no sentido da Lei nº 7.472/1997; a que entende que o art. 70 continua se aplicando à radiodifusão e o art. 183 às telecomunicações⁶; e a que entende persistirem duas figuras, a do art. 70 como forma de realização de atividade irregular e o art. 183 como realização de atividade *clandestina*, porque esse termo, “clandestina”, aparece somente na lei mais recente, que institui pena mais grave, sendo a atividade *irregular*, menos grave. Este último entendimento considera *irregular* a atividade com autorização, mas em desacordo com a regulamentação, e *clandestina* a atividade sem autorização⁷.

Dominante é a primeira corrente, ou seja, a de que o art. 70 está revogado, aplicando-se exclusivamente o art. 183 mais recente. Este é o entendimento da Procuradoria-Geral da República pelo então Procurador-Geral Claudio Leme Fonteles e da jurisprudência mais recente, que tem aplicado somente o art. 183 a partir de sua vigência, inclusive para as chamadas rádios clandestinas ditas comunitárias, mas em desacordo com a lei reguladora (Lei nº 9.612/1998) que, aliás, tem o maior número de casos⁸.

A jurisprudência e a doutrina, aliás, focadas na radiodifusão, não têm enfrentado com minúcias os elementos do tipo penal que incidiria no caso, qual seja, o art. 183 da Lei nº 9.472/1997 para os casos de telecomunicações no sentido da Lei.

É indispensável fazê-lo.

O crime é de perigo abstrato, mas perigo a que?

Ao bem jurídico tutelado, que resta enfrentar qual seja.

São, sem dúvida, as telecomunicações enquanto serviço da União, que pode ser concedido, permitido ou autorizado, mas, como imediatamente se demonstrará, que utilizem radiofrequência ou satélite (que não deixa de se comunicar por meio de ondas eletromagnéticas).

⁶ MARIA LINA SILVA DO CARMO, *Exploração clandestina de serviços de radiodifusão: tipificação e competência*, disponível em: <uj.novaprolink/doutrina/1497>, acesso em: 13 ago. 2012.

⁷ V. a sustentação de FRANCISCO DIAS TEIXEIRA, Crime em Telecomunicações, em *Boletim dos Procuradores da República*, n. 21, 2000, p. 6-14, e ANDRE STUDART LEITÃO, *Do crime das rádios clandestinas*, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/505/do-crime-das-rádios-clandestinas#ixzz235vJ9TEW>.

⁸ V., por todos, ACR 503 SP 2005.61.27.000503-0, Relator Cotrim Guimarães, 06/09/2011.

Isso está expresso no parágrafo único do art. 184, que integra o elemento normativo “clandestina” do art. 183, *verbis*:

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

O óbvio, o patente, o expresso fica difícil de demonstrar.

Mas não o é no caso em tela, porque há outros elementos interpretativos corroborando o que a lei claramente dispõe. É ela mesma, no art. 131 da mesma lei, que ao disciplinar a figura da autorização, conclui “[...] acarretará o direito de uso das radio frequências necessárias”.

Em suma, o foco da legislação continua sendo o cuidado quanto à utilização do *espectro eletromagnético*, porque este é bem jurídico relevante, predominante e que justifica a incriminação (grifo nosso).

O bem jurídico tutelado, portanto, pelo crime do art. 183, *é o serviço de telecomunicações que utiliza radiofrequências ou satélite (que também faz uso delas)* (grifo nosso).

Mas e os demais princípios da Lei Geral, a continuidade, a integração a universalidade etc., não são também tutelados?

No plano penal são, mas desde que a atividade se utilize do espectro.

Há outros elementos, ainda.

Nos processos de radiodifusão clandestina é realizado laudo para constatar não somente a falta ou irregularidade da atividade, mas também que a utilização pode causar interferência em outros usuários do mesmo canal.

Isso porque, se não puder causar interferência, não haverá risco e, consequentemente, não haverá crime a considerar.

Mesmo os crimes de perigo abstrato, como dito em item anterior deste parecer, exigem, em tese, a possibilidade de lesão, que não existe, no caso do art. 183, se não há possibilidade de interferência em outros usuários.

Não é, portanto, qualquer mera irregularidade formal e administrativa que enseja a incidência do tipo penal, mas a que pode colocar em risco o serviço em geral.

Na mesma linha de pensamento, qual seja, o de que para ocorrência do crime há necessidade de perigo, o projeto do novo Código Penal apresentado no Senado, coloca o atual crime do art. 183 no título dos Crimes Contra a *Incolunidade Pública*, a confirmar a necessidade de perigo e reitera que se considera clandestina “a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão, ou autorização de serviço, de uso de *radiofrequência e de exploração de satélite*” (art. 199, § 1º, II do Projeto) (grifo nosso).

Ademais, não há identidade entre o “clandestino”, que é o oculto, o dissimulado, o dolosamente irregular, o de má-fé, com a simples irregularidade formal.

Os termos “clandestinamente”, “clandestina” foram introduzidos pela Lei nº 9.472/1997, inexistindo na legislação anterior. Se assim o fez o legislador é porque tem significado, distinguindo-se do simples não atendimento à regulamentação formal.

E não pode o intérprete, nem mesmo o legislador, alterar a natureza das coisas.

E como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal em memorável acórdão relatado pelo Ministro LUIZ GALOTTI no Recurso Extraordinário nº 71.758, com as devidas adaptações:

Se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição”.

Aliás, ruiria todo o sistema jurídico e o que vale para o legislador, vale, também, para o intérprete.

O afastamento do tipo penal, na hipótese, evidentemente não exclui a responsabilidade administrativa da falta de autorização e, ainda, a responsabilidade civil se a atividade causou dano.

IV. A questão das rádios clandestinas e comunitárias

O problema é paralelo, mas se insere no âmbito da interpretação do crime comentado e da utilização do espectro eletromagnético.

A respeito, há duas posições que podem ter consequências interpretativas quanto ao delito de atividade clandestina de telecomunicações.

Uma entende que o espectro eletromagnético é bem da humanidade e que, em princípio, seria de uso comum do povo, mas, tendo em vista sua limitação, é regulamentado para que possa ser utilizado com proficiência e para que não haja abusos. Ao Estado competiria apenas a autorização e fiscalização para o atendimento dessa finalidade. Adotada essa concepção para a “propriedade” do espectro, o crime relativo à utilização indevida somente poderia ser de perigo concreto ou de dano, ou seja: se o espectro é bem da humanidade a sua utilização seria, em princípio, livre, somente se admitiria a infração penal se a conduta concretamente causasse perigo ou dano na utilização por outro devidamente autorizado.

Outra entende que o Estado ou os Estados, no plano internacional, se apropriaram do espectro e poderiam conceder, permitir ou autorizar⁹ a sua utilização, que não é originalmente livre. Nesse caso, o crime pode ser de perigo abstrato porque qualquer utilização sem autorização é, desde logo, uma apropriação indevida e independe de concreto perigo ou dano ao espectro.

Esse é o entendimento dominante, inclusive em decorrência de nosso texto constitucional, que institui, no art. 21, incisos XI e XII, a competência da União para a exploração dos serviços de telecomunicações, podendo explorá-los diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização, daí a justificativa para que o crime do art. 183 seja de perigo abstrato, presumido em caráter absoluto.

⁹ Note-se que os conceitos de concessão, permissão e autorização no Direito das Telecomunicações é diferente dos conceitos tradicionais do Direito Administrativo.

Se o problema das chamadas rádios comunitárias não autorizadas fosse apenas esse a questão estaria resolvida, mas é que no caso incide também a problemática do direito à livre manifestação do pensamento e à informação.

Esses direitos, consagrados em todos os países democráticos, têm como referencial a primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte e estão consagrados no art. 5º, incisos IV e IX da Constituição, sendo que este último inciso expressamente assegura a liberdade de comunicação.

Acontece, como se sabe, que nenhum direito ainda que constitucional é absoluto, porque tem de compatibilizar-se, no seu exercício, com outros direito e com o direito de outros.

No caso, o direito de comunicação, desde que mediante a utilização do espectro eletromagnético, sofre a restrição do art. 21, incisos XI e XII da Constituição, já referido, e a realidade física de que o espectro é limitado e que a utilização de uma frequência não somente é reservada para quem detêm a autorização estatal, mas também porque qualquer emissão de sinais pode interferir na utilização de outrem, inclusive em serviços de segurança, como o aeronáutico.

Por mais perfeito que seja um aparelho de telecomunicações, pode gerar interferência além da faixa que se propõe a utilizar, de modo que é adequada a necessidade de autorização para o uso e, conseqüentemente, o crime pela utilização clandestina.

Para compatibilizar o direito à comunicação e o interesse em assegurar uma radiodifusão livre comunitária com a correta utilização do espectro, foi editada a Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que, além de outros requisitos, manteve a exigência da autorização pelo órgão competente regulador da atividade de telecomunicações. Como explica André Studart Leitão¹⁰:

Para uma rádio ser considerada comunitária é imprescindível o preenchimento de requisitos: a autorização de funcionamento, pressuposto constitucional de existência, ante a exegese do art. 21, XII, alínea "a", da Carta Magna, bem como o perfeito ajuste às disposições previstas na Lei 9.612/98.

Se não respeitar essas exigências, que culminam com a necessidade de autorização administrativa atestatória do seu cumprimento, a rádio é clandestina e, portanto, os agentes da atividade incidem na prática do crime do art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Não é possível, no caso, alegar o direito à liberdade de expressão ou comunicação, porque prevalece a regra constitucional da proteção ao espectro eletromagnético.

Rádio comunitária, portanto é a que legitimamente está autorizada segundo os parâmetros legais. Fora disso, será clandestina e é farta a jurisprudência reconhecendo a ilegalidade dessa situação.

Por todos, V. o já citado acórdão ACR 503 SP 2005.61.27.000503-0, Relator Cotrim Guimarães, 06/09/2011, e o acórdão em AgRg no HC 258842/SP, AGRAVO REGIMENTAL NO

¹⁰ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/505/do-crime-das-radios-clandestinas#ixzz235vJ9TEW>>.

HABEAS CORPUS,2012/0235450-6, do qual se extrai o seguinte teor:

Esta Corte possui o entendimento pacífico de que “a prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos” (CC 101.468/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 10.9.2009).

O paciente foi condenado por “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação” (fl. 52), pois operava rádio comunitária sem a devida autorização da autoridade competente, o que atrai a incidência do art. 183 da Lei 9.472/1997.

Precedentes: AgRg no REsp 1.113.795/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13.8.2012; CC 94.570/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 18.12.2008.

Sob outro aspecto, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça em AgRg no HC 260074/BA, AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2012/0248254-5, que não se aplica o princípio da insignificância ao crime de radiodifusão clandestina considerando-se tratar de crime de perigo abstrato. E mais amplamente em AgRg no AREsp 395249/SP, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0309940-5.

Como temos sustentado, porém, em outras oportunidades, os crimes de perigo abstrato não excluem a possibilidade de ocorrer a figura do crime impossível. Afirmando inadequadamente ser o caso de insignificância, o Supremo Tribunal Federal, em STF, 2ª Turma, HC 115729 (18/12/2012), entendeu de desconsiderar o crime em hipótese em que a emissão de ondas eletromagnéticas claramente não poderia causar interferências. Ora, a conclusão absolutória está correta, mas a solução não é pela aplicação do princípio da insignificância, mas de crime impossível pela absoluta impropriedade do meio.

V. Conclusões

Do exposto conclui-se:

- a) o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, é a integridade de utilização do espectro eletromagnético;
- b) não há o crime se o serviço ou atividade de telecomunicações, ainda que não autorizada, não utiliza, em qualquer de suas fases, o referido espectro, restando, apenas, a responsabilidade administrativa e eventual responsabilidade civil se causou prejuízo;
- c) as chamadas Rádios Comunitárias devem ser autorizadas e respeitar as exigências da Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, sob pena de serem clandestinas e seus responsáveis incidem nas penas do art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

d) não se aplica ao art. 183 da Lei nº 9.472, 16 de julho de 1997, o princípio da insignificância por se tratar de crime de perigo abstrato, mas a situação não é incompatível com a existência de crime impossível, em virtude da absoluta impropriedade do meio.

Referências bibliográficas

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

CARMO, Maria Lina Silva do. *Exploração clandestina de serviços de radiodifusão: tipificação e competência*. Disponível em: <uj.novaprolink/doutrina/1497>. Acesso em: 13 ago. 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRARA, FRANCESCO. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, out./dez. 1992.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1965.

FROSALI, Raul Albert. *Sistema penale italiano*. Torino: UTET, 1958.

GARCÍA, LUIS M. La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el código procesal penal de la nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada: 2ª parte. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 405-477, ago. 1997.

GONÇALVES, Carlos dos Santos; ROSA, Rose Santa. Aspectos criminais do funcionamento clandestino de emissoras de radiodifusão. *Boletim dos Procuradores da República*, ano I, n. 20, dez. 1999.

GRECO FILHO, VICENTE. *Tóxicos – prevenção e repressão*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183, nota 183.

_____. Curso de Direito de Telecomunicações. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 88, 1975.

LEITÃO, Andre Studart. *Do crime das rádios clandestinas*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/505/do-crime-das-radiosclandestinas#ixzz235vJ9TEW>.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Paulo: Freitas Bastos, 1965.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime em telecomunicações. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 21, p. 6-14, 2000.

Embriaguez ao volante – Análise da efetividade da norma penal

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

I. Introdução

O sistema jurídico de uma sociedade, salvo os casos de imposições autoritárias, é, naturalmente, estruturado a partir das regras costumeiras consolidadas durante o desenvolvimento histórico de suas relações sociais, com o objetivo de promover a organização, a pacificação e a contenção social.

A contenção social possui duas perspectivas, quais sejam: a informal e a formal.

A informal é implementada pelas instituições naturalmente estruturadas pelo desenvolvimento da dinâmica social, quais sejam, a família, a religião, a escola e outras tantas que concorrem para o desenvolvimento e consolidação dos valores indispensáveis à organização social.

A formal corresponde ao sistema jurídico, cuja atuação coercitiva, preventiva e repressiva, é indispensável à concretização da contenção social.

Assim, a contenção social se dá, tanto pelas normas de conduta, que, independentemente de sua positivação, são natural e espontaneamente observadas e exigidas nas relações sociais, por sua compatibilidade com as práticas costumeiras tidas como adequadas, morais e éticas, como também pelas normas positivadas, que objetivam a normatização das relações sociais mais importantes e críticas para a organização social, de modo a evitar conflitar e, ainda, a permitir a composição de conflitos.

É preciso ter em vista, sob essa ótica, que o sistema jurídico jamais será resultado de uma unanimidade, mas que será sempre estabelecido a partir do consenso social possível, legitimado pela observância da regra da maioria, pois, evidentemente, no âmbito social, as pessoas, de acordo com suas próprias circunstâncias, acabam tendo perspectivas, naturalmente divergentes ou colidentes sobre o que é positivo e, portanto, necessário ao adequado desenvolvimento das relações sociais.

O sistema jurídico, dessa forma, deve ser tido como uma exigência de postura ética mínima imprescindível à manutenção da coesão e da estabilidade social.

As regras jurídicas objetivam estruturar e viabilizar a vida em sociedade, estabelecendo e impondo os limites comportamentais necessários para permitir que todos, consideradas suas circunstâncias, possam se inserir adequadamente nas atividades sociais, atender seus interesses e exercer seus direitos fundamentais, sem prejuízos ou indevidas limitações aos interesses ou direitos fundamentais dos demais integrantes do meio social.

O sistema jurídico, portanto, estruturado a partir da supremacia do interesse público e da centralidade do princípio da dignidade humana, objetiva a coercitiva

organização e pacificação social, por meio do resguardo dos valores e das práticas costumeiras, tidas como adequadas.

Entretanto, há casos em que determinadas práticas sociais, mesmo as que, há muito, são consideradas como adequadas, ou, ao menos, toleradas por expressiva parcela da coletividade, com a progressiva complexidade do convívio social acabam por se revelar como nocivas, impróprias à manutenção da ordem pública.

Nesses casos, eventual norma positivada com o propósito de promover mudanças de mentalidade da coletividade, para que possa apresentar razoável efetividade, demanda cuidadosa consideração de seus impactos social e institucional.

É preciso que se tenha ou se promova o desenvolvimento de razoável consciência social a respeito da necessidade da edição da norma e, além disso, é necessário que a estrutura administrativa estatal esteja devidamente aparelhada, quer para promover programas educativos, quer para a devida e eficiente fiscalização.

Por outro lado, é preciso, ainda, que eventual preceito proibitivo não deixe margem a dúvidas sobre os limites da tipicidade, de modo a não comprometer o controle social.

II. Necessidade de mudança de mentalidade quanto à condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos

As normas, em geral, são editadas sob as formas de preceitos de comando e de proibição.

Enquanto as normas de comando, em regra, se destinam à estruturação e sistematização dos institutos jurídicos, os preceitos de proibição, dotados de sanções, à evidência, objetivam prevenir situações comprometedoras da organização e coesão social, assim como promover a responsabilização daqueles que, desrespeitando tais preceitos, causem situações de risco ou dano não tolerados.

Na esfera penal, dados os atributos das normas penais e os efeitos que lhes são inerentes, em especial, o simbólico, estigmatizador, tanto a edição de preceitos proibitivos como suas alterações devem observar a lógica da *ultima ratio*, com a indispensável consideração e avaliação dos impactos social e institucional.

Assim, sempre que a dinâmica social, de acordo com as circunstâncias vigentes, indicar a necessidade de drástica redução do grau de tolerância de alguma conduta em especial, ou mesmo de seu banimento das práticas sociais costumeiras, com a necessária reeducação da coletividade, por terem passado a constituir sério obstáculo à complexa manutenção da organização e coesão social, tais parâmetros deverão ser observados.

Tal necessidade de alteração legislativa, normalmente, decorre da insuficiência, quer dos programas educativos, quer dos preceitos proibitivos menos gravosos, inclusive nas esferas administrativa e civil, em promover a proteção da sociedade.

Importa considerar, também, neste aspecto, a razoável assimetria de nosso ambiente social no que concerne à consciência social e política.

É, sem dúvida, o que ocorre com a condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou uso de substância de efeitos análogos.

O recrudescimento da resposta estatal, tanto na esfera administrativa como na penal, apresenta-se como absolutamente razoável, pois sua legitimidade repousa nos notórios e irrefutáveis dados estatísticos da área da segurança pública, reveladores do impressionante ônus suportado pela sociedade.

Tais dados estatísticos demonstram, de forma evidente, a necessidade de sérias providências para a manutenção da ordem pública, para a concretização do respeito aos direitos fundamentais, providências que, em absoluto, não constituem ônus excessivo aos infratores em geral, na medida em que são imprescindíveis à organização social, dada a expressiva assimetria do grau de consciência social e política da população em geral, em todos os seus segmentos.

Importa considerar, nesse aspecto, que, apesar da importante assimetria de nosso ambiente social, é possível identificar importante consolidação de razoável consenso a respeito da necessidade de providências coercitivas mais eficazes para a proteção da sociedade, em relação à reiterada prática social de condução de veículo automotor em via pública após o consumo de bebida alcoólica, ou de substância de efeitos análogos.

É certo que a responsabilidade pela mudança de mentalidade é de toda a sociedade, mas, sem dúvida, dada a complexidade de nosso ambiente social, que compromete a eficiência dos sistemas informais de contenção social, esse mister cabe principalmente ao Estado, que, em sua perspectiva moderna, foi concebido justamente para, a partir da supremacia do interesse público, organizar e pacificar coercitivamente a sociedade, tendo como referências a centralidade do princípio da dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

No que tange à concretização da supremacia do interesse público, que constitui a principal referência para a organização social, ocorre através do regular exercício do poder de polícia, cujo amplo exercício compreende desde a edição das normas jurídicas até sua execução, tanto no âmbito administrativo como na composição de conflitos.

Interesse público, por outro lado, consiste em cláusula constitucional geral, cuja noção, a ser determinada com base no sistema constitucional vigente, não pode ser entendida como o conjunto dos interesses fundamentais individuais e coletivos, pois, por vezes, são notoriamente contrapostos e conflituosos.

Na realidade, interesse público deve ser entendido como a objetividade subjacente comum a todas as normas jurídicas, qual seja, a objetividade transcendente de implementar a organização social possível para a concretização do espaço indispensável ao razoável exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos, consideradas suas assimétricas perspectivas, o que traduz estrito respeito ao princípio central da dignidade da pessoa humana.

Esses são os parâmetros inerentes à organização social do Estado Democrático de Direito, em cujo âmbito, considerado o princípio da supremacia do interesse público, não se pode conceber o exercício absoluto de qualquer espécie de direito fundamental, nem mesmo a vida, direito fundamental pressuposto de todos os demais, o qual, de forma inquestionavelmente razoável, encontra importantes limitações em sede infraconstitucional, em particular, no estatuto substantivo penal, quais sejam, as excludentes de antijuridicidade.

Assim, no contexto da organização e pacificação das relações sociais, a atividade legislativa, sem dúvida, possui importância diferenciada, pois é a partir do seu exercício regular e razoável que se estruturam as atividades administrativa e jurisdicional.

III. Adequada estruturação do tipo penal

A atividade legislativa em geral, particularmente na esfera penal, para que possa atingir satisfatório grau de eficácia, além da observância dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais para a edição das regras jurídicas, demanda, como já assinalado, que as normas editadas ou alteradas encontrem ressonância no senso comum da sociedade, ou seja, que tenham uma projeção social positiva, ao menos para razoável parcela da coletividade disposta a, espontaneamente, obedecê-la, e, ainda, que haja suficiente estrutura administrativa estatal para implementar o que for necessário à efetivação do comando legal, quer programas educativos e outros correlatos, quer a fiscalização indispensável para promover coercitivamente sua obediência.

A desconsideração desses pressupostos e perspectivas no exercício da atividade legislativa, em regra, compromete a manutenção da ordem pública e, conseqüentemente, da estabilidade social.

No Brasil, é importante destacar neste aspecto, desenvolveu-se noção rigorosa e restritiva, em relação a possíveis limitações legislativas aos direitos fundamentais, de modo a restringir de forma importante a intervenção estatal através de seus agentes públicos nas relações sociais, sob o fundamento da necessidade de proteção da intimidade e da privacidade individual.

Essa noção potencializou, no âmbito jurídico, o entendimento de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor.

Não se pode negar que esse entendimento, principalmente nos casos em que se busca uma importante mudança de mentalidade, passou a constituir sério obstáculo à edição de qualquer regramento jurídico eficaz, quando, por força da estrutura típica adotada, sua eficácia, de alguma forma, estivesse subordinada à concordância do infrator no sentido de produzir prova em seu desfavor, como no caso da aferição da embriaguez de condutor de veículo automotor, tanto por meio de exame de sangue ou clínico como através de etilômetro.

É importante lembrar, nesse aspecto, que a redação original do tipo penal do crime previsto no art. 306, do Código de Trânsito Nacional, possuía adequada estrutura típica para efetiva proteção da sociedade.

Tratava-se de crime de perigo concreto, em relação ao qual, portanto, para demonstração da tipicidade, era possível, até mesmo, a produção de prova exclusivamente testemunhal, destinada a demonstrar sinais de ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos e a situação de perigo concreto decorrente da condução anormal do veículo automotor.

Houve, é certo, a implementação de programas educativos e de forte fiscalização ao início da vigência da Lei 9.503/97, que produziu importantes reflexos sociais, no que tange à alteração da mentalidade das pessoas.

Entretanto, com o decorrer do tempo, dadas outras prioridades também importantes da Administração Pública, principalmente no âmbito da segurança pública, pois as

demandas sociais, atualmente, são muitas, houve significativa redução dos programas educativos e da fiscalização, o que revelou a insuficiência do que até então havia sido implementado.

É preciso lembrar, nesse aspecto, que, principalmente, quando necessária a mudança de mentalidade da sociedade, apenas a edição da lei, sem apoio em contínuos e eficientes programas educativos e fiscalização, é absolutamente insuficiente à obtenção de sua objetividade jurídica.

Ocorre que, em seguida, sem que tivessem sido retomados, com intensidade, os programas educativos e a fiscalização, que anteriormente haviam produzidos algum resultado positivo, e com base, principalmente, no isolado discurso sobre a necessidade de recrudescimento do combate à condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos, conduta ainda recorrente, houve a alteração legislativa introduzida pela Lei 11.705/08, que instituiu modalidade de crime de perigo abstrato, exigindo para sua configuração, tão somente, que o condutor apresentasse concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas, ou estivesse sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Surgiram, então, a partir do exacerbado entendimento de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor, conflitos decorrentes da não disponibilidade dos condutores de veículos automotores, em geral, de se submeterem a qualquer tipo de procedimento pericial destinado a constatar a quantidade de álcool no sangue, indispensável para a demonstração da tipicidade de sua conduta, na medida em que tal quantidade é impossível de ser demonstrada por qualquer outra espécie de prova.

Essa nova realidade legal teve como consequência negativa, portanto, em razoável medida, a subordinação da eficácia da lei penal à concordância do condutor do veículo em produzir prova em seu desfavor.

É preciso considerar, ainda, outras situações prejudiciais à consolidação da consciência social sobre a presente questão, na medida em que, por gerarem perplexidades, redundaram em sensação de injustiça.

Nos casos de pessoas com baixa tolerância ao álcool, ainda que presente a alteração comportamental perigosa, passou a ser impossível a aplicação da lei penal, mesmo quando, com a concordância do condutor do veículo em relação à realização do exame de sangue ou à utilização do bafômetro, ficasse demonstrada concentração de álcool por litro de sangue inferior a 0,6 dg (seis decigramas), uma vez que não atingido o limite legal, pressuposto de tipicidade.

Por outro lado, em se tratando de pessoas mais resistentes ao álcool, passou a estar configurada a hipótese de aplicação da lei penal, mesmo nos casos de constatação de concentração de álcool minimamente superior ao limite legal e sem qualquer alteração comportamental.

Essas distorções, sem dúvida, potencializadas pelo reduzido grau de consciência social e política de nossa sociedade, em todos os seus segmentos, comprometeram a prevenção da indevida condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos, bem como a consolidação da conscientização social.

Essa modalidade típica de perigo abstrato, à evidência, não se prestou ao objetivo perseguido, tanto que houve nova alteração promovida pela Lei 12.769/12, exigindo para a tipicidade do crime em tela a constatação de capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Não há dúvida que, atualmente, predomina o entendimento de que esta nova figura típica é de perigo abstrato.

No entanto, a meu ver, considerado o princípio interpretativo de que o tipo penal não pode ter elementares inúteis ou desconsideradas, constata-se que, por meio de outro formato, foi retomada a modalidade típica de perigo concreto.

É preciso demonstrar a situação fática de perigo concreto decorrente de *capacidade psicomotora alterada* pela ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou seja, é preciso demonstrar alteração de comportamento.

Tanto é assim que, no limite, o parágrafo segundo do artigo 306 da Lei 9.503/97 permite a produção de prova testemunhal, ou seja, o que se demonstra por prova oral é alteração de comportamento ou sinais de ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, mas jamais qualquer índice de concentração de álcool no sangue.

Aliás, as disposições dos incisos I do parágrafo primeiro, relativas aos limites mínimos de concentração de álcool no sangue, e as do parágrafo terceiro, que permitem a prova da influência do álcool ou de substância de efeitos análogos, por prova testemunhal, em princípio, não são compatíveis.

A primeira, em tese, indica situação de perigo presumido, abstrato, enquanto a segunda, indiscutivelmente, perigo concreto.

Entendo que, caso fosse essa a intenção do legislador, a edição de um tipo penal de perigo abstrato, bastaria a previsão, como típica, a conduta de conduzir veículo automotor após a ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, sem a utilização de qualquer outra elementar.

Ademais, em sendo o tipo penal atualmente vigente de perigo concreto, houve descriminalização da conduta típica anterior, que, para sua integração, exigia, tão somente, o perigo abstrato decorrente da constatação de determinada concentração mínima de álcool no sangue, prescindindo da demonstração de alteração de comportamento.

É preciso assinalar, a respeito da presente análise crítica, que é a inquestionável necessidade de conscientização social de que se deve evitar a condução de veículo automotor após a ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos.

O que se busca, na realidade, é delinear a forma mais adequada de combate ao comportamento a ser evitado.

A presente abordagem objetiva discutir, inclusive, a técnica legislativa adequada à elaboração de norma penal dotada de eficácia.

Por outro lado, a partir do entendimento de que o crime em tela é de perigo concreto, é preciso assinalar que qualquer esforço interpretativo, no âmbito jurisdicional, no sentido de conferir ao tipo penal em estudo a natureza de perigo abstrato, pode ser considerado como gerador de mutação legal informal.

Esse esforço interpretativo, não se pode negar, pode ser considerado como natural decorrência do fenômeno da constitucionalização da jurisdição e da judicialização das relações sociais, mas, na esfera penal, não se pode deixar de observar a limitação interpretativa da legalidade estrita, sem qualquer possibilidade de interpretação extensiva no âmbito do reconhecimento dos limites da tipicidade.

IV. Conclusão

A efetividade de uma norma penal demanda técnica legislativa adequada, bem como razoável consideração de seu impacto social e institucional.

Os limites da tipicidade devem ser identificados sem maiores esforços interpretativos, para que não haja comprometimento da segurança jurídica.

Os impactos social e institucional sempre devem ser previamente avaliados, pois, principalmente quando se trate de uma norma destinada a promover uma mudança de mentalidade, é indispensável que seja possível, por meio de programas educativos e correlatos, bem como de eficiente fiscalização, a obtenção de razoável adesão da sociedade.

No que tange ao tipo penal do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, estruturado como crime de perigo concreto, em princípio, consideradas as experiências decorrentes das recentes alterações legislativas, é o que se apresenta como mais adequado à proteção da sociedade.

Esse formato, de um lado, afasta a sensação de exagero na intervenção estatal, descomplicando a adesão social, na medida em que é mais compatível com o senso comum concernente à questão em tela.

Aliás, nessa linha de raciocínio, a legislação vigente orienta-se no sentido de ressaltar situações consideradas não perigosas, ao estabelecer limites mínimos de concentração de álcool no sangue.

Por outro lado, no que tange à produção probatória, ficam afastadas as dificuldades enfrentadas ao ensejo da vigência do tipo penal de perigo abstrato.

Insta assinalar, finalmente, que, ainda que consolidado o entendimento de que o crime do art. 306 da Lei 9503/97 é de perigo abstrato, a efetiva proteção da sociedade tem como pressuposto a consideração da lógica constitucional da inexistência de qualquer direito fundamental de índole absoluta, para que se não se estabeleçam indevidos obstáculos à atuação dos agentes públicos, em prejuízo do interesse público.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis, 1993.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. I, t. I.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. I.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – parte geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal - parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.