

**AUNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS**

**UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**NÍVEL MESTRADO**

**ROBERTA LOFRANO ANDRADE**

**UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL FRENTE  
À POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA: A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO  
DE UM (VERDADEIRO) SISTEMA ACUSATÓRIO.**

São Leopoldo

2013

ROBERTA LOFRANO ANDRADE

**UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL FRENTE  
À POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA: A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO  
DE UM (VERDADEIRO) SISTEMA ACUSATÓRIO.**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Área das Ciências  
Jurídicas da Universidade do Vale  
do Rio dos Sinos, para obtenção do  
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo  
2013

A553L Andrade, Roberta Lofrano.

Uma leitura constitucional do direito processual penal frente à política criminal expansionista: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório / por Roberta Lofrano Andrade. – 2013.

250 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito 2013.

“Orientação: Prof. Dr. André Luís Callegari.”

1. Processo Penal. 2. Acusação (Processo penal).  
3. Direito Penal. I. Título.

**CDU 343.1**

Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Uma Leitura Constitucional do Direito Processual Penal frente à Política Criminal Expansionista: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório**”, elaborado pela mestranda **Roberta Lofrano Andrade**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de abril de 2012.

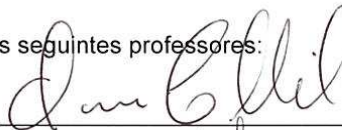


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

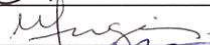
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

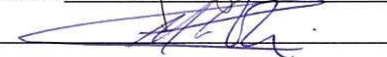
Presidente: Dr. André Luís Callegari



Membro: Dra. Marta Cristina Cury Saad Gimenes



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer...

Aos meus pais, Clayton e Maísa, pelo incansável apoio aos estudos.

A toda minha família (avós, tias, primos e irmã), especialmente a minha prima Larissa, pelos empréstimos de livros da biblioteca da PUC/RS.

Ao meu amado cachorro, Príncipe, companheiro fiel nesse período de intensa escrita.

Ao meu namorado Gustavo, também advogado, pelo diálogo constante e pela passagem do português às novas regras ortográficas.

Aos meus amigos, por tornarem esse trajeto mais leve.

Ao Prof. Dr. André Luís Callegari, pela convivência e pela confiança em mim depositada desde os tempos de graduação.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos e a CAPES, por me permitirem essa conquista.

## RESUMO

Em uma análise da sistemática processual penal brasileira percebe-se que, muito embora assim não admita grande parte da doutrina, continuamos inseridos em um modelo inquisitório. O Código de Processo Penal (de 1940) e o Projeto do novo admitem uma produção probatória nas mãos do magistrado, o que se constitui na própria essência de um sistema inquisitorial. Além disso, também lastreadas na busca da verdade, nosso processo admite a “livre apreciação da prova” e o “livre convencimento motivado”, bem como a delação premiada, todos passíveis de crítica e em desacordo com o princípio acusatório. Diante disso, a necessidade de implementarmos um modelo verdadeiramente acusatório se mostra premente. Esse sistema possui toda uma construção histórica, a qual merece ser verificada no sentido de se apontar que a sua efetivação advém da própria evolução do processo penal. Além disso, a verificação da situação de uma política criminal expansionista também se apresenta importante, o que faz esse trabalho perpassar pela Sociedade do Risco, pela percepção de uma sensação social de insegurança, pela influência da mídia, pela globalização, pela “criminalização da pobreza” e pelo Direito Penal simbólico. Tudo isso faz perceber que a necessidade de urgência incrustada nessa política criminal expansionista também alcança o processo penal, o qual recebe demandas de celeridade e da busca por um resultado condenatório. Esses aspectos, por fim, maculam a possibilidade de um sistema acusatório e acabam por admitir um método inquisitório (afinal, torna-se conveniente um juiz que busque a prova de ofício). Esses vícios devem ser combatidos através de um processo penal constitucional, levando-se em conta a ruptura paradigmática operada pela Hermenêutica Jurídica.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Sistema Acusatório; Sistema Inquisitório; Política Criminal Expansionista; Constituição Federal.

## ABSTRACT

In an analysis of the systematic Brazilian criminal procedure one realizes that, although much of doctrine does not admit that, we still keep inserted in an inquisitorial model. The Code of Criminal Procedure (from 1940) and the design of the new one admit a probatory production in the hands of the magistrate, which constitutes the very essence of an inquisitorial system. Besides, also grounded in the pursuit of truth, our process allows the "free evaluation of evidence" and "free conviction motivated" as well as plea bargaining, all liable to criticism and incompatible with the accusatory principle. Therefore, the need to implement a system truly accusatory shows itself pressing. This system has an entire historic construction, which deserves to be checked in order to point out that its effectiveness stems from the own evolution of the criminal proceedings. Also, checking the situation of a criminal expansionist policy also appears important, what makes this work pervades the Risk Society, by the perception of a sense of social insecurity, the influence of media, globalization, the "crimes of the powerless" and by the symbolic Criminal Law. All this makes you realize that the need for urgency encrusted in this criminal expansionist policy also reaches the criminal process, which receives demands for celerity and search for a condemnatory result. These aspects ultimately tarnish the possibility of an accusatory system and end up admitting an inquisitorial method (after all, it is convenient to a judge who seeks the proof of office). These defects must be opposed through a constitutional criminal procedure, taking into account the paradigmatic rupture operated by Juridical Hermeneutics.

**Key-words:** Criminal Procedure; Accusatory System; Inquisitorial System; Criminal Expansionist Policy; Federal Constitution.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 PRINCIPAIS ASPECTOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA HISTÓRIA OCIDENTAL</b> .....	<b>15</b>
1.1 O MODELO JURÍDICO INQUISITORIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO DIREITO ROMANO .....	15
<b>1.1.1 Aspectos processuais penais do Direito Romano</b> .....	<b>16</b>
1.2 IDADE MÉDIA: O DIREITO CANÔNICO E A INQUISIÇÃO .....	20
<b>1.2.1 Feudalismo</b> .....	<b>20</b>
<b>1.2.2 A Inquisição na Idade Média</b> .....	<b>23</b>
1.3 IDADE MODERNA.....	28
<b>1.3.1 Do feudalismo ao Estado Absoluto</b> .....	<b>28</b>
<b>1.3.2 A Inquisição na Idade Moderna</b> .....	<b>32</b>
1.4 A OPOSIÇÃO AO MODELO INQUISITORIAL .....	35
<b>1.4.1 A secularização</b> .....	<b>35</b>
<b>1.4.2 A Escola Penal Clássica</b> .....	<b>39</b>
<b>1.4.3 Estado Liberal e liberalismo</b> .....	<b>45</b>
<b>1.4.4 Constitucionalismo</b> .....	<b>56</b>
<b>2 A POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA</b> .....	<b>61</b>
2.1 SOCIEDADE DO RISCO .....	61
2.2 A SENSAÇÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA .....	84
2.3 A INFLUÊNCIA MUDIÁTICA .....	92
2.4 GLOBALIZAÇÃO .....	100
2.5 A “CRIMINALIDADE DOS POBRES” .....	110
2.6 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO .....	122
2.7 POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA E PROCESSO PENAL .....	132
<b>3 POR UMA NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>147</b>
3.1 A DICOTOMIA ENTRE OS MODELOS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO ...	147

3.2 A NECESSIDADE DE FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UM (VERDADEIRO) SISTEMA ACUSATÓRIO – A PARTIR DO ENTENDIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	158
3.3 ALGUMAS CRÍTICAS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (E A SEUS RESQUÍCIOS DE UM MODELO INQUISITÓRIO) .....	191
<b>3.3.1 Gestão da prova: possibilidades de atuação <i>ex officio</i> pelo magistrado.....</b>	<b>191</b>
<b>3.3.2 Livre apreciação da prova e livre convencimento .....</b>	<b>206</b>
<b>3.3.3 Artigo 212 do Código de Processo Penal: uma tentativa de implementação do modelo acusatório e o posicionamento (impeditivo) da doutrina e dos tribunais superiores .....</b>	<b>214</b>
3.4 CRÍTICA AO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA.....	226
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>246</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>252</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>264</b>
<b>ANEXO 1 – CAPA REPORTAGEM.....</b>	<b>265</b>
<b>ANEXO 2 – PRIMEIRA PARTE REPORTAGEM .....</b>	<b>266</b>
<b>ANEXO 3 – SEGUNDA PARTE REPORTAGEM.....</b>	<b>267</b>

# INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e o Projeto do novo (Projeto de Lei do Senado 156/2009) trazem vícios inquisitoriais que abarcam a própria essência do sistema inquisitório, na medida em que admitem a gestão probatória nas mãos do magistrado. Além disso, preveem outras vicissitudes como a “livre apreciação da prova” e o “livre convencimento”, as quais traduzem o modelo inquisitório na forma como a prova produzida deverá ser analisada pelo juiz. Nosso processo penal, ainda, admite o instituto da delação premiada, o qual se configura a partir de um acordo celebrado em segredo.

Todos esses fatores, a serem abordados nessa dissertação, demonstram que ainda não conseguimos, muito embora assim seja a vontade constitucional, incorporar um sistema processual penal acusatório na legislação pátria, bem como no entendimento de parcela da doutrina e da jurisprudência.

Para se chegar a esses aspectos e demonstrar a necessidade de implementarmos um verdadeiro sistema acusatório, inicialmente, é preciso tecer breve evolução histórica dos sistemas processuais penais. Por esse motivo, propõe-se observar o percurso processual penal desde o Direito Romano, quando tínhamos a previsão de um modelo inquisitório, até o surgimento do Estado Liberal, momento em que, finalmente, os questionamentos a essa sistemática ganharam força. Nesse interim, é de se observar as épocas da Idade Média e do Estado Absoluto, momento em que se deu o apogeu da Inquisição, com a ampla utilização da prática da tortura, tanto por tribunais Eclesiásticos quanto por Tribunais Seculares.

Nesse contexto, é de se ver que o secularismo, a Escola Clássica de Direito Penal (que, por meio de Marquês de Beccaria, postulou a humanização do Direito Penal e Processual Penal) e o movimento do Constitucionalismo, por exemplo, fizeram com que a prática anterior começasse a ser colocada em xeque e a exigência de um sistema de processo acusatório ganhasse voz.

Além disso, para se compreender o contexto atual do processo penal e os porquês de não se conseguir implementar um sistema penal a que se possa chamar de acusatório, imprescindível apontar a política criminal expansionista. Nesse sentido, abordar-se-á vários aspectos: a Sociedade do Risco, enquanto produtora de riscos ao Planeta Terra, devido aos avanços tecnológicos desenfreados; a sensação

social de insegurança, manifestamente superior ao risco existente de forma objetiva; a globalização, enquanto potencializadora da Sociedade do Risco e fomentadora de novas formas de criminalidade (principalmente a organizada); a influência da mídia, a qual dramatiza notícias criminosas e incita a opinião pública para o endurecimento do sistema penal; a tendência a uma “criminalização da pobreza”, através de movimentos de Lei e Ordem e políticas de Tolerância Zero; e o Direito Penal Simbólico, manifestado na criação legislativa para fins de agrado ao público eleitoreiro. Com isso buscar-se-á traçar um panorama geral da situação contemporânea do Direito Penal e Processual Penal, procurando-se estabelecer vínculos entre a expansão do Direito Penal e a demanda por segurança e as consequências processuais penais que isso acarreta.

Com efeito, a partir de uma análise de evolução histórica, percebe-se o surgimento de um sistema acusatório como modo de combate a um sistema inquisitório antes vigente. Entretanto, esse modelo, visto como o ideal, até os dias atuais, não conseguiu ser implementado no processo penal brasileiro, ainda mais se levarmos em conta uma política criminal expansionista, a qual exige um rito processual cada vez mais célere e que produza uma sensação de segurança à população.

Por tudo isso, importante também se faz a diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório, com o que, além de se atentar para as suas características originais, deve-se apontar para o fato de a sua real distinção estar na possibilidade (ou não) de gestão da prova pelo magistrado. Assim, a mera separação entre os órgãos da acusação e de julgamento não tornará um sistema acusatório, pois essa distinção somente poderá ser efetiva se tivermos o impedimento da gestão da prova pelo juiz, a qual deve ficar reservada às partes. Esse será o “princípio informador” que distinguirá as duas sistemáticas e fará concluir que, no direito processual penal brasileiro, ainda não conseguimos alcançar um sistema que se possa intitular de acusatório.

Além disso, a necessidade de implementação de um sistema acusatório deve ser vista a partir da Hermenêutica Filosófica. Isso porque a assunção de um sistema inquisitório está vinculada ao esquema sujeito-objeto (característico do positivismo), o qual se sustenta em um sujeito “assujeitador” das coisas, um sujeito que pode decidir somente conforme a sua consciência, chamado por Lenio Streck de “solipsista”. Nesse âmbito, o entendimento dos sistemas penais e da necessidade

de adotarmos o modelo acusatório deve perpassar por essa compreensão, entendendo-se que a partir da ruptura de paradigmas operada por Heidegger (com a introdução da linguagem no mundo prático), tem-se uma relação sujeito-sujeito, a qual pressupõe a existência de uma pré-compreensão. E essa pré-compreensão carregará todo um sentido histórico construído pela comunidade política, o qual deve ser respeitado no momento da decisão judicial. Com isso, não se poderá admitir um magistrado “solipsista” (ou, nesse viés, inquisitivo). É preciso que essa ruptura paradigmática alcance o processo penal, incorporando-se, então, o princípio acusatório à sistemática brasileira.

Entretanto, no nosso processo penal, apesar de a Constituição Federal ter elegido o modelo acusatório, o que vemos, em realidade, é um Código de Processo Penal com ranços inquisitoriais, bem como o seu Projeto de um novo. Do mesmo modo, a jurisprudência se coaduna com a legislação infraconstitucional. Isso pode ser percebido, por exemplo, na possibilidade de busca da prova pelo magistrado. Com relação à gestão da prova, é de se ver que ela vem prevista, entre outros dispositivos, no artigo 156 do Código de Processo Penal<sup>1</sup> e no artigo 165 do Projeto do novo Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Pela leitura desses dispositivos percebe-se a admissão da produção probatória *ex officio* pelo magistrado.

Outro aspecto que merecerá ser levado em conta está no modo como, produzida a prova ao longo do processo penal, ela será considerada pelo magistrado. O nosso Código de Processo Penal fala em duas modalidades, na “livre apreciação da prova” e no “livre convencimento”. O Projeto do novo código, por seu turno, em “livre convencimento motivado”. Nesse contexto, caberá ser verificada a adequação dessas modalidades à Constituição Federal e ao sistema acusatório, na linha desenvolvida por Streck.

Outro aspecto que demonstrará a resistência na adoção de um sistema verdadeiramente acusatório diz respeito ao artigo 212 do Código de Processo

---

<sup>1</sup> “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

<sup>2</sup> “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.”

Penal<sup>3</sup>. Segundo esse dispositivo, advindo com a Lei 11.690/2008, na inquirição das testemunhas, as partes devem formular as suas perguntas diretamente a elas para, após, a título de complementação, ao juiz ser permitido realizar questionamentos. A redação do dispositivo é clara, não deixa qualquer dúvida. No entanto, há parcela da doutrina advogando pela manutenção da forma de inquirição tradicional (quando o magistrado perguntava diretamente à testemunha e, após, os questionamentos das partes eram direcionados ao juiz para que ele os “traduzisse” à testemunha), alegando que uma leitura acurada do artigo assim faria concluir. Os tribunais superiores, por seu turno, citam esse posicionamento, e consideram a não aplicação do artigo 212 nulidade relativa, com o que não haveria um prejuízo presumido e nem ofensa ao sistema acusatório.

Por fim, merecerá crítica o instituto da delação premiada, o qual tem sido aplicado no processo penal brasileiro, mormente na repressão aos crimes econômicos. A delação está prevista em diversas leis esparsas e no Código de Processo Penal, sendo feita quando um dos autores do delito “entrega” os demais e o engendro delituoso. Em troca, ele recebe a redução de sua pena de um a dois terços ou mesmo o perdão judicial<sup>4</sup>. Ocorre que esse acordo de delação tem sido realizado em sigilo, impedindo-se o acesso ao seu conteúdo pelo acusado delatado e pela sua defesa. Isso, em afronta aos princípios da publicidade, ampla defesa e contraditório, manifesta-se como uma característica inquisitorial, maculando o modelo acusatório.

Todos esses aspectos deverão ser abordados nessa dissertação, sempre na linha de um pensamento crítico e levando-se em conta a evolução histórica, para que se possa compreender a necessidade de adotarmos um verdadeiro modelo acusatório no processo penal brasileiro, bem como as circunstâncias que fazem com que ainda estejamos atrelados a vícios de matriz inquisitorial, os quais tornam nosso sistema, em essência, inquisitório.

---

<sup>3</sup> “Art. 212 As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”

<sup>4</sup> Conforme o artigo 14, da Lei n. 9.807/99: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

# 1 PRINCIPAIS ASPECTOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA HISTÓRIA OCIDENTAL.

## 1.1 O MODELO JURÍDICO INQUISITORIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO DIREITO ROMANO

O estudo do Direito Romano se apresenta como de grande importância para a compreensão dos postulados jurídicos modernos. Não há que se negar o fato de diversas instituições liberais individualistas contemporâneas (principalmente aquelas concernentes ao direito de propriedade) terem se originado no *Corpus Juris Civilis Romano*. Nesse sentido, recorda Véras Neto o fato de o povo romano ter sido o primeiro a conceber a autonomia da ciência jurídica, com o que “não se pode desprezar tal fonte para estudo e crítica de qualquer instituto jurídico atual, por ele influenciado”.<sup>5</sup>

Apesar de sua maior intervenção no direito privado, não se pode deixar de reconhecer a importância de sua vertente pública, mormente no que tange ao direito processual penal, como se exporá em seguimento. Nesse aspecto, para Maier, o Direito Romano “extiende sus enseñanzas a esta rama de las ciencias jurídicas y, pese a que su luz ilumina preferentemente las instituciones del Derecho privado, no es menos cierto que logra también inmortalidad en el Derecho público, particularmente en el Derecho procesal”.<sup>6</sup>

Feitas essas considerações, cumpre-se esclarecer que a história de Roma compreende um período de doze séculos, que vai de 753 a.C (quando de sua fundação) até 476 d.C (com a queda do Império Romano Ocidental). Ela é, normalmente, dividida em três fases: o período da realeza (desde a fundação de Roma até a substituição do rei por dois côsules, em 529 a.C.); após, o período republicano (o qual durou até a sacração de Otávio Augusto como imperador em 27 a.C.); e, por fim, o período imperial (o qual é separado em alto império ou principado, de Otávio Augusto ao início do governo do imperador Diocleciano, em 284 d.C., e o

---

<sup>5</sup> VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 137.

<sup>6</sup> MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 273.

baixo império ou dominato, de Diocleciano à morte do imperador bizantino Justiniano, em 565 d.C).<sup>7</sup>

### 1.1.1 Aspectos processuais penais do Direito Romano

Com relação ao período da realeza ou monarquia, não se tem, de seu primeiro momento, registros de como se daria a persecução penal. Somente no que diz respeito à sua fase final é que se pode ter maiores informações. Naquele tempo, havia uma espécie de delegação do poder real aos magistrados denominados de *duumviri*, os quais assumiam a administração da justiça quando o rei não exercia o seu poder diretamente. Nesses casos, antes da prolação da decisão, havia uma instrução sumária (*cognitio*), na qual o magistrado ou o rei reunia todas as funções processuais, iniciava o procedimento quando sabia de uma infração e realizava a investigação de acordo com a sua vontade. Esse procedimento se chamava *anquisitio*. No entanto, havia a possibilidade de evitar as consequências da decisão do inquisidor público. Isso ocorria quando os cidadãos provocavam a reunião da Assembleia Popular (*provocatio ad populum*), exercendo um direito de perdoar do povo (não se tratava de um recurso, pois). Esse instituto marcou o início da jurisdição popular, que se desenvolveu no período da República.<sup>8</sup>

Nesse sentido, muito embora não se tenha abolido o princípio da cognição espontânea dos magistrados e nem se tenha limitado a sua competência, passou-se a permitir essa reclamação ao povo, que possuía efeito suspensivo. A *provocatio* constituiu-se, ao mesmo tempo, na primeira garantia do cidadão romano contra o poder coercitivo do magistrado, na consolidação do primeiro tipo de processo penal (o comicial), e na formação do primeiro núcleo de Direito Penal em Roma.<sup>9</sup>

Foram as leis *Valeriae* que, através dessa previsão de “recurso de apelação ao povo”, institucionalizaram a jurisdição popular, provocando uma lenta transmissão do poder de julgar dos magistrados aos tribunais populares (*comicios*). O magistrado

---

<sup>7</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e o seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 180.

<sup>8</sup> MAIER, Julio B. J. op. cit., p. 274-275.

<sup>9</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 118-119.



persistiu como o inquisidor público dotado dos mais amplos poderes, no entanto, a sua decisão era passível de anulação pelos tribunais populares, havendo, assim, uma certa limitação do seu poder.<sup>10</sup> Com efeito, a *Lex Valeria*, conforme Grassi, houve por estabelecer limites “à discricionariedade do magistrado, que passou a julgar acompanhado dos ditos “comícios” populares, para coibir abusos da prepotência anterior do magistrado, que chegava a castigar os condenados com mutilações corporais e tortura”<sup>11</sup>. Esse processo comicial foi amplamente difundido, sendo aplicado, inclusive, nas províncias. A decisão condenatória do magistrado adquiriu, assim, a característica do que hoje temos por pronúncia.<sup>12</sup>

Posteriormente, na fase republicana, uma nova mudança, dessa vez mais significativa: a transferência do poder de decidir e de requerer das mãos do magistrado às do cidadão. Ocorreu uma lenta atrofia do processo comicial, passando-se ao procedimento penal público, no qual a acusação era prerrogativa de qualquer cidadão, especialmente do ofendido. A vítima, munida das provas, fazia uma imputação perante o povo, havendo a posterior intervenção, diante do magistrado, da comunidade ou de seu representante e do acusado<sup>13</sup>. O poder jurisdicional foi confiado aos jurados, os quais eram presididos por um magistrado. A acusação pública também foi transferida aos cidadãos, pois a legitimidade ativa do processo penal foi reservada ao ofendido. Era um sistema de acusação popular, sendo que o poder de decidir estava condicionado à persecução penal iniciada pela vítima. Consolidou-se, assim, um sistema acusatório.<sup>14</sup> Nesse sentido, conforme Ferrajoli:

Es precisamente de esta naturaleza privada o polar – y en cualquier caso voluntaria – de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir la discricionariedad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio,

<sup>10</sup> MAIER, Julio B. J. op. cit., p. 274, 276, 277.

<sup>11</sup> GRASSI, Fiorindo David. *Direito Romano Hoje*. Síntese da História e da Filosofia do Direito Romanista. Frederico Westfalen: Editora da URI, 1999, p. 228.

<sup>12</sup> TUCCI, Rogério Lauria. op. cit., p. 121.

<sup>13</sup> GRASSI, Fiorindo David. op. cit., p. 229-230.

<sup>14</sup> MAIER, Julio B. J. op. cit., p. 274-277-278.

el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular.<sup>15</sup>

Com efeito, de acordo com Ferrajoli, “durante la República, el pueblo romano había sido simultaneamente legislador y juez, y sólo quedaban como delito privados, relegados al arreglo entre las partes los más leves”<sup>16</sup>. Nessa perspectiva, o processo acusatório da República Romana ocorria da seguinte forma: iniciava-se com a *accusatio* do ofendido ou do seu representante. Nesse momento, o cidadão que se apresentava como acusador oferecia o libelo (*postulatio, petitio*), o qual deveria conter a *delatio criminis*, que constava da indicação do crime e da lei violada.<sup>17</sup> Depois disso, havia um procedimento de pesquisa da materialidade e autoria, realizado pelo acusador na presença do acusado. A legitimidade para isso era concedida por um magistrado através de uma *Lex*, a qual dava poderes de buscar provas ao acusador. O acusado, por seu turno, poderia fiscalizar os atos do acusador.<sup>18</sup> Ao magistrado cabia ouvir os acusados, proferindo a sentença só após os debates. A sentença poderia ser objeto de apelação. O processo penal, portanto, conforme Grassi, possuía a seguinte estruturação: “instrução escrita; o acusado não podia ser julgado sem a sua presença; a apelação cabia em todas as causas, menos no homicídio, adultério ou envenenamento, com prova meridiana da confissão”<sup>19</sup>. Na *accusatio*, o Estado era, assim, um organismo que tinha poderes de “mero” exercício da função jurisdicional, na deliberação e conseqüente pronúncia da sentença.<sup>20</sup>

Na mesma linha, Lopes Jr. aponta as seguintes características da *acusatio* romana:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez (et al). Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 565.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General I. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 337.

<sup>17</sup> GRASSI, Fiorindo David. op. cit., p. 230.

<sup>18</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lunen Júris, 2003, p. 7.

<sup>19</sup> GRASSI, Fiorindo David. op. cit., p. 232.

<sup>20</sup> TUCCI, Rogério Lauria. op. cit., p.145-146.

- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (ate porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.<sup>21</sup>

Desse modo, no proceso penal acusatório romano, há uma regularização da função de acusar, tanto é que esse procedimento foi chamado de *iudicium publicum*, *questio* ou *accusatio*. Para Maier, “se repetía el esquema fundamental de este tipo de enjuiciamiento, cuyo eje central era un debate oral y público del cual emergía el fundamento de la decisión del tribunal”.<sup>22</sup> Assim, percebe-se haver, nessa época, três partes bem definidas, o contraditório e a impossibilidade de o juiz intervir e tomar qualquer iniciativa.

Ao depois disso, uma nova mudança no procedimento penal ocorreu na fase do Império. Isso se deveu à passagem da fonte de soberania: antes dos cidadãos, agora do Imperador, com o que, segundo Maier, “la ciudadanía debió abandonar necesariamente su función representativa de la comunidad a manos del emperador y sus delegados”<sup>23</sup>. Assim, modificou-se a composição dos tribunais e o exercício da persecução penal passou às mãos dos funcionários estatais. Conforme Zaffaroni, com o advento do Império, vai se afirmar a publicidade do Direito Penal romano “con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley”.<sup>24</sup> Nesse mesmo sentido, conforme Tucci, houve mudanças na justiça penal:

É que, com efeito – prossegue, e severamente, - o despotismo imperial tinha de manter, ampliar e consolidar o princípio do interesse público, tornando sempre mais suspeita e feroz, sempre menos escrupulosa, a justiça penal, a qual, se antes fazia-se instrumento e defesa de uma tirania coletiva, passou a ser, já agora, escudo e arma de uma tirania individual: os primeiros efeitos do acenado agravamento foram, na realidade, ligeira advertência de quão delicado sismógrafo político é o Direito Penal formal. Enquanto a sanguinária mania de punir a

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117-118.

<sup>22</sup> MAIER, Julio B. J. op. cit., p. 282.

<sup>23</sup> Ibid., p. 274-285.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 337.

todo custo, pela conservação do Estado, vilipendiava os direitos e abolia as últimas garantias de inocência, com a famosa *Lex quisquis*, os tribunais populares das leis *iudiciorum publicorum* foram, pouco a pouco, substituídos por jurisdições delegadas pelo Imperador, os famigerados tribunais *extra ordinem*; e duríssimas tornaram-se as penas, atenuadas somente para os *honestiores*.<sup>25</sup>

Além disso, já é possível verificar a influência do cristianismo nesse momento, ocorrendo um revigoramento do procedimento *ex officio*, privilégio dos senadores e dos eclesiásticos. Ainda, passou-se a catalogar as sanções contra os hereges e de todos os que não professassem a fé cristã.<sup>26</sup>

Naquela época surgiram os *delicta publica*, que eram os crimes de *lesae majestatis* de subversão e conjura, nos quais havia uma ofensa direta aos interesses do príncipe, sendo uma das partes da ação penal o próprio Estado<sup>27</sup>. Nasceu, desse modo, o sistema de acusação penal pública que mais tarde embasou a Inquisição, tendo-se em vista a aparição de funcionários (magistrados) encarregados de velar pela segurança pública, aos quais cabia perseguir penalmente os fatos puníveis que chegavam ao seu conhecimento, por meio de uma instrução escrita e secreta.<sup>28</sup>

## 1.2 IDADE MÉDIA: O DIREITO CANÔNICO E A INQUISIÇÃO

### 1.2.1 Feudalismo

Com a queda do Império Romano (ocorrida, ao final, com a invasão dos bárbaros), a Idade Média passou a se desenvolver economicamente e, nas palavras de Dultra dos Santos, “encontrou fundamentação para justificar seu discurso de poder”<sup>29</sup>. Após a invasão dos nórdicos à Europa Central e a decadência do Império Romano Ocidental, a influência romana continuou a existir, no entanto, não havia

---

<sup>25</sup> TUCCI, Rogério Lúria. op. cit., p. 188.

<sup>26</sup> GRASSI, Fiorindo David. op. cit., p. 232.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 565.

<sup>28</sup> MAIER, Julio B. J. op. cit., p. 286-287.

<sup>29</sup> DULTRA DOS SANTOS, Rogério. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 215.

mais uma lei a ser aplicada a todos. Cada população vivia de acordo com as regras jurídicas do seu povo, o que se denominou de “princípio da personalidade do direito”.<sup>30</sup>

Nessa perspectiva, certo é que um dos eventos mais importantes do início da era medieval foi o declínio do mundo antigo, o qual se deu pela desintegração do Império Romano escravagista (século V) e pela consolidação do cristianismo como doutrina hegemônica. Nessa medida, a época feudal tinha como característica o predomínio e controle eclesiástico, o que influenciou a própria sociedade, seus valores culturais e o poder político. Os cristãos vivenciavam assim, uma visão de mundo na qual as formas de saber e de verdade estavam expostas no Novo Testamento, nas Escrituras Sagradas e nos ensinamentos dos padres da Igreja.

A crise da estrutura político administrativa romana, ocorrida entre os séculos III e IV, abriu caminho para, conforme Wolkmer, um “sistema de poder descentralizado, com a soberania pulverizada em múltiplas esferas de governo”.<sup>31</sup> Além disso, as invasões dos povos germânicos fizeram com que o espaço político ficasse atomizado, proporcionando o surgimento de numerosos pequenos sistemas de governos autônomos, nos quais havia uma confusão entre propriedade e autoridade. Com isso, progressivamente, houve o fim das relações públicas entre o indivíduo e o Estado e a concentração da propriedade, o que fez com que as relações de produção restassem organizadas através dos vínculos de subordinação pessoal.<sup>32</sup>

Nessa perspectiva, é de ver-se que, a partir dos séculos X, XI e XII, houve o pleno desenvolvimento do feudalismo, momento em que a Europa Ocidental se transformou em diversos pequenos senhorios economicamente autônomos, comandados por nobres que possuíam seus próprios exércitos. Conforme Lopes, o sistema feudal vigorava para as relações de detenção da terra, sendo uma sociedade de ordens e estamentos. Com isso o direito era, também, “um direito de ordens: os homens dividem-se em oratores, bellatores, laboratores, isto é, aquelas

---

<sup>30</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, op. cit., p. 193.

<sup>31</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 37-38.

<sup>32</sup> DULTRA DOS SANTOS, Rogério. op. cit., p. 217-218.

que oram (clérigos), aquelas que lutam (cavaleiros e senhores) e aquelas que trabalham (servos)”<sup>33</sup>.

Havia um poder real, que era o superior da hierarquia medieval. Mas esse poder não era capaz de impor sua vontade aos nobres, o que fez com que desaparecesse a atividade legislativa imperial, sendo o poder judiciário desmembrado nas mãos dos senhores feudais. O direito medieval é, portanto, consuetudinário, expressando a complexidade daquela sociedade justamente nos particularismos, em um pluralismo que valoriza as microentidades. O ordenamento jurídico se apresentava como uma realidade ôntica, ou seja, “escrita na natureza das coisas”, que brota das raízes da sociedade e se identifica com o costume<sup>34</sup>. Os fatos consuetudinários exigiram, de acordo com Grossi, uma “tradução técnico-jurídica, uma definição e uma regulamentação; e serão os juristas, não o poder político a os fornecer, homens de práxis na oficina alto-medieval, práticos, mas também mestres/cientistas na maturidade do medievo tardio.”<sup>35</sup> Desse modo, conforme o autor, primeiro existia o Direito, e depois o poder político, com o que “en la civilización medieval, el derecho reposa en los estratos profundos y duraderos de la sociedad, armazón secreto y estructura oculta de ésta”<sup>36</sup>.

O direito fica, assim, restrito às relações dos senhores com os seus servos, sendo o costume a sua fonte por excelência.<sup>37</sup> Nesse aspecto, para Dultra dos Santos:

A segunda observação possível dessa genealogia é a característica descentralização da justiça, isto é, a dissolução das contendas particulares pelas verias autoridades temporais – os senhores feudais – agora investidas de jurisdição. O caso mais grave para resolver era o referente às leis de aplicação pessoal, em que o indivíduo só poderia responder pelas acusações que violassem as leis do seu próprio grupo, isto é, cada um vivia sob seu próprio direito.<sup>38</sup>

É de ver-se que, naquela época, ocorreu um imbricamento entre o Direito Germânico e o Romano, havendo mútuas influências entre dominadores e

<sup>33</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 73.

<sup>34</sup> GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 29.

<sup>35</sup> GROSSI, Paolo. *O Direito entre o Poder e o Ordenamento*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 29-30.

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo. op. cit., p. 25-26.

<sup>37</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. op. cit., p. 193.

<sup>38</sup> DULTRA DOS SANTOS, Rogério. op. cit., p. 222.

dominados. O Direito Germânico era, de um modo geral, consuetudinário, não havendo, inicialmente, uma distinção entre causas criminais e causas cíveis.

### 1.2.2 A Inquisição na Idade Média

Na época da Baixa Idade Média (séculos XII e XIII) vemos o apogeu do poder eclesiástico e, ao mesmo tempo, o firmamento da Inquisição. A Igreja Romana mostrou a sua supremacia, consolidando os ensinamentos da filosofia política em torno da forma de governo, da obediência dos deveres impostos pelo poder público, e a relação entre a Igreja e Estado. Nesse sentido Wolkmer aponta uma “filosofia do Direito Divino”, na qual o poder constituído advém de Deus, quem dá legitimidade aos governantes, cabendo ao povo, por isso, obedecer e se subordinar às autoridades.<sup>39</sup> Nesse momento, o poder dos reis era concedido pela Igreja, que, assim como os sagrava, podia os excomungar<sup>40</sup>.

Pode-se dizer que a Inquisição, na análise desse momento histórico, inicia quando, em 1232, o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império, devido ao seu temor de perseguições internas<sup>41</sup>. A partir disso, o Papa Gregório IX, temeroso das ambições político-religiosas do imperador, assumiu essa tarefa, instituindo os inquisidores papais, os quais foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos.<sup>42</sup> Houve, assim, o que foi denominado de Inquisição Medieval, consistente na identificação, julgamento e condenação dos indivíduos suspeitos de heresia, que, conforme Naspolini, consistia em “qualquer atividade ou manifestação contrária ao que havia sido definido pela Igreja em matéria de fé”<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 42.

<sup>40</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe. Aspectos históricos, políticos e legais da Inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 235.

<sup>41</sup> BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993, p.13.

<sup>42</sup> Ibid., p.14.

<sup>43</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe. op. cit., p. 235.

Falando em termos jurídicos, a Inquisição só foi possível tendo-se em vista a ocorrência de uma mudança no processo penal: de um método acusatório passou-se ao um método por inquérito.<sup>44</sup>

No método acusatório praticado na Idade Média, a ação penal somente poderia ser iniciada por uma pessoa privada, que fazia uma acusação pública e sob juramento, o que proporcionava a abertura de um processo contra o suspeito. O acusador devia apresentar as provas e, se elas fossem inequívocas ou se o acusado confessasse, o juiz decidiria contra ele. Em caso de dúvida, a decisão se dava a partir da intervenção divina. Deus deveria dar um sinal, que seria favorável ou contrário ao acusado. Normalmente essa verificação era feita através do ordálio, segundo o qual o próprio acusado era o meio em que Deus deveria manifestar referido sinal.<sup>45</sup> Como exemplo dessa prática, cita Napolini:

Os exemplos de prática do ordálio são variados: entre outros, o acusado mergulhava o braço em água fervente ou então carregava ferro em brasa, sendo que, após um certo número de dias, caso fosse inocente, deveria mostrar a ferida milagrosamente curada por obra de Deus; ou então era mergulhado num rio e seria considerado inocente caso afundasse (pois, neste caso, Deus tê-lo-ia acolhido).<sup>46</sup>

Além do ordálio, poderia se recorrer aos duelos judiciais, nos quais o acusador (ou seu padrinho) lutava contra o acusado (ou seu padrinho), vencendo aquele que seria inocente. Ainda, nos casos dos crimes considerados menores, poder-se-ia provar a inocência se se juntasse um bom número de testemunhas que jurassem a honestidade do acusado.<sup>47</sup>

Esse sistema, no entanto, se mostrou falho no combate à crescente criminalidade<sup>48</sup>. Além disso, a restauração do estudo do Direito Romano veio a

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 238.

<sup>45</sup> Ibid., p. 239.

<sup>46</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe. op. cit., p. 239.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> De acordo com Napolini, as principais deficiências do sistema acusatório daquela época eram as seguintes: “Esse sistema apresentava sérias deficiências: a) tornava os crimes ocultos difíceis de serem julgados; b) consistia num risco para a pessoa do acusador, que responderia um processo em caso de inocência do acusado; c) o apelo a meios sobrenaturais de prova poderia ensejar a manipulação do processo em benefício do acusado; d) uma maior resistência à dor e a facilidade para a cura de ferimentos, bem como técnicas respiratórias poderiam facilitar a passagem pelo ordálio; e) homens de renomada reputação ou muitas posses poderiam reunir muitas testemunhas e ser inocentados através da compurgação”. (NASPOLINI, Samyra Haidêe. NASPOLINI, Samyra Haidêe. op. cit., p. 239-240.).



estimular mudanças no sistema penal. Com efeito, a herança do Direito Romano, cultivada nas universidades italianas pelos glosadores e pós-glosadores superou de vez o Direito Germânico de tradição popular<sup>49</sup>. Assim, o processo acusatório foi substituído pelo processo por inquérito, o que se deu no século XIII, consolidando-se em toda a Europa Ocidental no século XVI.<sup>50</sup>

Foi a Igreja Católica a grande responsável pela adoção desses novos procedimentos no sistema penal, a fim de se combater as chamadas “doutrinas heréticas”. Ela proibiu, no IV Concílio de Latrão, em 1215, a participação dos clérigos no ordálio, fazendo com que eles não mais fossem realizados. Mas isso não se deu por motivações humanitárias, mas porque o novo sistema se mostrava muito mais eficiente no combate aos crimes de heresia.<sup>51</sup> Além disso, foi no Concílio de Latrão que se estabeleceu, conforme Carvalho, a “obrigatoriedade da confissão privada, o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização das suspeitas e dos indícios”<sup>52</sup>. Nesse sentido, aponta o autor:

A primeira grande mudança ocorreu no processo penal. Superado o procedimento acusatório utilizado até o século XIII, e sendo o direito romano reinstaurado pelos estudiosos da época – a Universidade de Bolonha ressuscitou o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano no século XII, a Igreja instigou a formalização e a mudança processual para o modelo inquisitório. Dentre as principais vantagens, situam-se: a) as denúncias eram públicas e restritas somente à vítima ou à sua família; b) a responsabilidade do acusador foi eliminada, bem como a necessidade de identidade; c) para a condenação eram necessárias provas conclusivas de culpabilidade; e d) redimensionou-se o uso da tortura para a obtenção de confissões e co-autores.<sup>53</sup>

O processo por inquérito poderia ser iniciado a partir de uma acusação privada (sendo que o acusador não possuía mais qualquer responsabilidade no caso de inocência do réu), poderia ser feita uma denúncia por um habitante da comunidade, ou, ainda, os próprios oficiais do tribunal poderiam intimar um suspeito

---

<sup>49</sup> PRADO, Geraldo, *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro, Editora: *Lumen Juris*, 2001, p. 97.

<sup>50</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe. NASPOLINI, Samyra Haidêe. op. cit., p. 240.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> CARVALHO, Salo de. op. cit., p. 61.

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 252.

a partir de informações sabidas por eles mesmos. Essas múltiplas possibilidades de iniciação do processo facilitaram o julgamento e a caça aos hereges.<sup>54</sup>

Eram considerados hereges todos aqueles que se manifestassem de forma contrária ao que havia sido definido pela Igreja sobre a palavra de Deus. No dizer de Boff: “o herege é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva. Ele cria novos discursos a partir de novas visões da realidade religiosa. Por isso está mais voltado para a criatividade e o futuro do que para a reprodução e o passado”<sup>55</sup>. Nesse contexto, Eymirich, inquisidor da época, define oito situações em que estaria presente a heresia. Pata o autor:

Aplicar-se-á, do ponto de vista jurídico, o adjetivo herético em oito situações bem definidas. São heréticos:

- a) Os excomungados;
- b) Os simoníacos;
- c) Quem se opuser à Igreja de Roma e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus;
- d) Quem cometer erros na interpretação das Sagradas Escrituras;
- e) Quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita já existente;
- f) Quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos;
- g) Quem tiver opinião diferente da igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé;
- h) Quem duvidar da fé cristã.<sup>56</sup>

Conforme Lopes Jr., referido Manual dos Inquisidores, de Nicolau Eymerich, relata o procedimento inquisitório do Direito Canônico:

O processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era o suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. A divergência entre duas

---

<sup>54</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe. op. cit., p. 240-241.

<sup>55</sup> BOFF, Leonardo. op. cit., p. 12.

<sup>56</sup> EYMERICH, Nicolau. Manual dos Inquisidores. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: EdUnb, 1993, p. 36.

peças levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura.<sup>57</sup>

Além disso, no procedimento por inquérito houve uma oficialização de todas as fases do processo a partir da denúncia. O juiz já não era mais imparcial, responsável somente por presidir um processo que seria decidido pelo divino. Ele e os demais oficiais do processo assumiam a investigação, realizavam interrogatório dos réus e das testemunhas e, ao final, decidiam sobre a sua culpabilidade. E tudo isso era registrado por escrito.<sup>58</sup> Saliente-se que, até o momento da sentença, o processo permanecia secreto, tanto para o público quanto para o próprio réu. Apesar desse segredo, as evidências do crime seguiam regras, o que dava a esse sistema um caráter racional, sendo os padrões de prova extremamente rigorosos. Nesse contexto, “toda uma tradição de direito romano-canônico prescrevia exatamente a natureza e a eficácia da prova”<sup>59</sup>.

De todas as provas a mais forte era a confissão, sendo ela suficiente em relação a qualquer outra. Devido à sua importância, explicava-se a utilização, pelos juízes e inquisidores, da tortura, a qual foi autorizada através da Bula do papa Inocêncio IV, em 1252.<sup>60</sup> Era considerada um método científico para a obtenção da verdade.<sup>61</sup> De acordo com Mandrou, “nada substituirá a confissão: para obtê-la, a tortura da inquisição é empregada cada vez que o acusado se mostra obstinado em suas negações, ou perseverante em um mutismo que parece a vontade inabalável de não trair o pacto diabólico”<sup>62</sup>. Dessa forma, para Carvalho, “o uso da tortura disseminou o conceito de bruxaria e aumentou as possibilidades de condenação devido à facilidade na obtenção das provas”<sup>63</sup>.

Nesse contexto, Prado aborda as principais características do método inquisitório daquela época: “forma escrita, em contraposição à oralidade, e o segredo, confronto a publicidade. Naturalmente, altera-se o eixo do procedimento e o acusado, sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades no sistema acusatório, passa a objeto de investigação.”<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 125-126.

<sup>58</sup> EYMERICH, Nicolau, op. cit., p. 241.

<sup>59</sup> Ibid., p. 241-242.

<sup>60</sup> Ibid., p. 242-243.

<sup>61</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 292.

<sup>62</sup> MANDROU, Robert. *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII*. São Paulo: 1979, p. 85.

<sup>63</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...* op. cit., p. 252.

<sup>64</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 98.

Tudo isso era justificado porque a Igreja considerava que somente ela era capaz de revelar a verdade absoluta, e quem atentava contra essa verdade deveria ser exterminado. Reforça-se, assim, o mito da segurança, o qual é oriundo de uma verdade absoluta não construída, mas imposta pelos concílios, encíclicas e outros instrumentos nascidos sob a assistência divina. E a verdade absoluta será sempre intolerante, sob pena de perder justo o seu caráter absoluto. Para mantê-la, já que núcleo fundante do sistema, autorizava-se o combate a qualquer custo da heresia, com o que se tinha por legitimadas a tortura e a crueldade.<sup>65</sup> A tortura era utilizada para se obter essa verdade absoluta, a qual advinha da confissão. E com a confissão, não se necessitava de mais nada, pois a confissão era a “rainha das provas”.<sup>66</sup>

Conforme Boff, a justificação da perseguição dos hereges estava em “salvaguardar o bem absoluto – a salvação eterna, apropriada pela adesão irrestrita à verdade absoluta como vem proposta, explicada e difundida pela igreja. Fora da Igreja não há salvação, porque fora dela não existe revelação divina e por isso verdade absoluta”.<sup>67</sup> A partir disso houve uma transformação do papel do acusado, o qual passou de sujeito processual a objeto de investigação e meio de prova<sup>68</sup>.

Desse modo, a partir dos interesses da Igreja Católica, foi instaurado, oficialmente, o método processual penal inquisitorial, o qual houve por perdurar, após, pela Idade Moderna, de uma forma ainda mais agressiva, como se abordará a seguir.

## 1.3 IDADE MODERNA

### 1.3.1 Do feudalismo ao Estado Absoluto

Não é possível estipular uma data precisa em que teria havido a passagem do feudalismo ao absolutismo, pois, conforme Capella, “durante séculos coexistiram na Europa ocidental e central dois modos econômicos de produção diferentes: um

---

<sup>65</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 124.

<sup>66</sup> Ibid., p. 126.

<sup>67</sup> BOFF, Leonardo, op. cit., p. 11.

<sup>68</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 297.

feudalismo que se dissolvia lentamente e um capitalismo mercantil crescente que ia a caminho da indústria”<sup>69</sup>.

No âmbito do sistema produtivo, percebe-se a formação de um capitalismo mercantil, de acordo com Wolkmer, “como novo modelo de desenvolvimento das forças materiais em que o capital é o instrumento essencial das atividades reais”, ocorrendo a passagem de uma economia agrária para uma produtividade econômica de mercado livre, pela sistematização do comércio por meio das trocas monetárias e pela força de trabalho assalariado, e, ao final, para uma economia de subsistência pela atividade mercantil financeira e lucrativa. Assim, no fim da Idade Média, vai haver um processo de crise e de ruptura do Feudalismo.<sup>70</sup> Devemos atentar, portanto, à ocorrência de uma linha evolutiva, na qual há a passagem (gradual) de um modo feudal ao Estado moderno (institucionalizado), cuja primeira manifestação se deu por meio do Estado Absoluto, havendo uma lenta transposição<sup>71</sup>.

Essa transformação ocorreu através da passagem das relações de poder das mãos do senhor feudal para um Estado centralizado. Nesse contexto, houve uma disputa entre os senhores feudais e os monarcas, vencendo os segundos, com o apoio da Igreja Católica. Conforme Maier:

Durante la última parte de la Edad Media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey el triunfo abrió paso – ya de manera genérica en la Edad Moderna – a la creación de los *estados nacionales*, que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse

<sup>69</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Tradução de Rosa Nunes de Gresiela e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 93.

<sup>70</sup> WOLKMER. Antonio Carlos, op. cit., p. 100-101.

<sup>71</sup> Nesse ponto, há de ser observado que essa passagem não se deu de uma forma abrupta ou revolucionária, mas lenta e profunda, nas palavras de Grossi: “Não é, certamente, uma passagem improvisada, como a ingenuidade de uma exposição necessariamente apressada poderia fazer acreditar, nem uma revolução brusca do relógio histórico; é, melhor, uma escavação tão lenta quanto profunda que, do século XIV em diante, incide a sociedade na sua constituição e na sua imagem. No velho organismo, como sempre acontece, com sinais de cansaço e de usura, estavam as células tumorosas que lentamente tomaram cada vez mais espaço e ali encontraram, ainda, hospitalidade e nutrição. O velho traz em si o germen do novo, nutre a sua morte; um processo que nós desentwickamente somos avessos a liquidar com uma palavra, a identificar em um só fato, em uma monocausa, mas que na realidade histórica é sempre o fruto de um feixe de motivos, os quais, se acumulando um sobre o outro, no final rompem e transtornam.” (GROSSI, Paolo. *O Direito entre o Poder e o Ordenamento...* op. cit., p. 57-58)

*absolutismo o monarquía absoluta.* La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía – legislar, juzgar y administrar – en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado. Como nota adicional el período también reflejó, a manera de conclusión de la Edad Media, el notable crecimiento de la iglesia Católica con su idea de *universitas christiana*, que viene a ceder, como el feudalismo al final de la Edad Media, a favor del comienzo de formación de los estados nacionales, organización política perfectamente estructurada durante la Edad Moderna, no sin dejar profundas huellas culturales, en especial en el área jurídica y del enjuiciamiento penal.<sup>72</sup>

A partir de então, houve uma diferenciação do que hoje denominamos de funções tradicionais de governo, bem como a configuração das características de território, povo, governo, poder e autoridade<sup>73</sup>. Com efeito, a pressão do ambiente externo provocou a necessidade de uma racionalização da organização do governo, e isso porque os senhores feudais não eram mais capazes de satisfazer as novas exigências diplomáticas, militares e financeiras, com seus ultrapassados instrumentos. A consequência foi o surgimento do serviço diplomático. Além disso, ocorreu uma transformação da técnica militar, fazendo surgir os exércitos estatais permanentes. Por fim, no plano interno, viveu-se um período de problemas de ordem e de paz social, momento em que ocorreram diversas guerras civis por razões religiosas.<sup>74</sup> De acordo com Matteucci, o Estado Absoluto “nace como respuesta específica al problema de la paz interna e internacional, se diferencian más claramente las que para nosotros hoy son funciones tradicionales de gobierno”<sup>75</sup>. Foi, assim, a partir do desenvolvimento do Estado Absoluto, que os elementos do conceito moderno de Estado, quais sejam: povo, território e soberania, são definidos.<sup>76</sup>

De tudo isso, Matteucci resume os principais aspectos do Estado Absoluto:

Desde un punto de vista tipológico, por Estado absoluto se entiende un particular momento de desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de

<sup>72</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 288.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

<sup>74</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del consitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 30-31.

<sup>75</sup> Ibid., p. 32.

<sup>76</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 33.

nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político. El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos. A esta premisa corresponde una mayor capacidad del gobierno central de penetrar en la sociedad, bien para regular el comportamiento de los individuos y de las fuerzas sociales, bien para extraer mayores recursos con instrumentos y procedimientos más racionales.<sup>77</sup>

Nesse contexto, deve-se atentar para a lenta evolução de uma jurisdição feudal para a real, a qual houve por prevalecer sobre os tribunais locais. Assim, de tribunais locais passou-se ao desenvolvimento de tribunais reais, compostos por funcionários permanentes, profissionais da administração da justiça, até que, conforme Maier, “de comienzo débil y final potente y pujante, la jurisdicción real terminó, alrededor del siglo XV, por avasallar todas las facultades que antes pertenecieron a tribunales locales y populares, proceso que siguió al político de supremacía central y creación de los estados nacionales”.<sup>78</sup>

A evolução é percebida também pela apropriação do poder de normatização diretamente pelo Príncipe, com o que seus atos isolados passaram a configurar um tecido normativo bem programado, o qual acabou por substituir o velho pluralismo das fontes.<sup>79</sup> Nesse contexto, a lei se converteu em pura forma, desimportando o seu conteúdo. Seu caráter legal não dependia de seu conteúdo concreto, mas de sua procedência ser do sujeito soberano.<sup>80</sup>

Dito isso, em suma, pode-se considerar que o Estado Absoluto era personificado na figura do rei. Ele era considerado o representante de Deus na Terra, possuindo, assim, um poder divino para governar. Não havia qualquer limite à sua autoridade, sendo que ele desenvolvia, ao mesmo tempo, as funções de legislar e julgar e, portanto, de acordo com Metteucci, “en resumen, el Estado absoluto

---

<sup>77</sup> Ibid., p. 29.

<sup>78</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 294.

<sup>79</sup> GROSSI, Paolo, op. cit., p. 31-32.

<sup>80</sup> Ibid., p. 33.

puede ser definido como el monopolio de la fuerza que actua sobre tres planos: jurídico, político, sociológico”<sup>81</sup>.

### 1.3.2 A Inquisição na Idade Moderna

Foi na Idade Moderna (séculos XVI, XVII e XVIII) que a Inquisição atingiu o seu apogeu. Conforme Salo de Carvalho, “as versões otimizadas do modelo inquisitorial ocorreram principalmente na Península Ibérica no final do século XV, quando da formação do Império de Espanha sob o reinado de Fernando de Aragão e Isabel de Castela”<sup>82</sup>, momento em que se pretendeu fazer um procedimento de “limpeza” contra os mouros e os judeus.<sup>83</sup>

Em 1542 foi editada a bula *Licet ab initio*, por meio da qual se formulou a Congregação do Santo Ofício, composta de seis cardeais que detinham plenos poderes para a instrução e conclusão dos processos por heresia. Posteriormente, a tarefa de julgamento, antes atribuída somente aos membros do clero, passou a ser dividida entre os Tribunais Eclesiásticos e os Tribunais Seculares. Essa extensão de competência se deu pela forte influência da Igreja no poder temporal, motivo pelo qual as heresias passaram a ser consideradas crime “lesa-majestade”, julgados, assim, também pelos Tribunais Seculares.<sup>84</sup> Desse modo, conforme Napolini:

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. No apogeu da Inquisição, os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiásticos como instrumentos judiciais da perseguição.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 33.

<sup>82</sup> CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 11.

<sup>83</sup> Observe-se que, conforme Jorge de Figueiredo Dias, o processo penal inglês clássico, ao contrário do ocorrido em outros países da Europa (como citado), é um exemplo padrão de processo penal de partes. O interesse na perseguição e punição das infrações estaria na figura do representante da acusação e o interesse do réu no papel do defensor, com o que o processo se apresenta como uma discussão entre eles, a se dar perante um juiz imparcial. (DIAS, Jorge de Figueiredo de. *Direito Processual Penal*. In: *Clássicos Jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão (1ª Ed 1974), 2004, p. 247).

<sup>84</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe, op. cit., p. 235.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 237.



Evidentemente, não se deve pensar ter havido uma perda de interesse da Igreja em punir as condutas heréticas, cedendo esse poder às instituições seculares. Em verdade o que houve foi uma identificação do pecado com o delito, com o que a criminalidade de lesa-majestade divina passou a ser de jurisdição mista.<sup>86</sup> Foi assim que o clero, juntamente com os Estados absolutistas em ascensão, conforme Carvalho, “fundamentou suas perseguições, ampliando o rol dos culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial”<sup>87</sup>. Esse poder onipresente não admitia a existência do outro, o qual, em sendo diferente, era classificado como herético.

Ambos os tribunais adotavam o mesmo procedimento: aprisionamento dos suspeitos (muitas vezes a partir de meros boatos), interrogatório (utilizando-se da tortura para se chegar à confissão), e, por fim, condenação. A pena variava de acordo com a gravidade do crime: poderia ser execução pelo fogo, banimento, trabalho nas galerias dos navios e, sempre, o confisco de bens.<sup>88</sup> Dessa forma, a caça aos hereges passou a ser uma operação judicial a partir do momento em que, de acordo com Naspolini, “Igreja e Estado uniram-se no combate aos seguidores de Satã, que ameaçava não somente o poder da Igreja, como também do soberano”<sup>89</sup>. Portanto, conclui-se, nas palavras de Carvalho:

Parece claro e incontroverso o imbricamento de Estado e Igreja neste momento histórico. Aliás, a própria conotação atual que se dá ao tipo de criminalidade da época pré-iluminista – crimes de lesa-majestade divina difundidos pela Escolástica – demonstra as fragilidades e suspeitas de um judiciário completamente vinculado ao poder e aos interesses da elite econômica e intelectual da época: a Igreja.<sup>90</sup>

Especificamente no Brasil, a Inquisição chegou através de Portugal. Aqui não era mantido um tribunal permanente, mas havia tribunais “visitadores”. A tradição judiciária era claramente clerical, existindo crimes de fé no Código Penal comum e a invocação, pelos juízes, de Nossa Senhora para a legitimação das sentenças, as quais poderiam ser motivadas tão somente nas leis de Deus

<sup>86</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...* op. cit., p. 253.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>88</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe, op. cit., p. 235.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>90</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 254.

(ignorando os cânones legais). Como não havia tribunais de Inquisição permanentes, havia uma delegação de bispos que poderia prender, confiscar bens e enviar os prisioneiros a Lisboa, a fim de que fossem lá julgados.<sup>91</sup>

A título de exemplo, uma sentença proferida em 1833, em Porto da Folha, Minas Gerais, condenou um homem acusado de “coxambranças” com uma mulher à pena de capação a macete, mesmo havendo proibição de aplicação de penas cruéis pela Constituição Imperial de 1824<sup>92</sup>. A condenação se deu pois o réu estaria incorrendo em pecado mortal e transgredindo as leis da Igreja, inexistindo, na sentença, menção ao nome da vítima e nem à capitulação da conduta tida por delituosa (ignorando-se o Código Penal do Império de 1830 e o Código de Processo Penal e tão somente baseando-se nos mandamentos da lei de Deus). Alguns anos antes, em 1792, foi condenado Tirandentes (Joaquim José da Silva Xavier) a penas cruéis e infamantes impostas pela Inquisição aos inimigos da Igreja, com uma sentença dada em ordem da “Rainha Nossa Senhora”, apesar de a condenação ter sido decretada pelo braço secular, sob a vigência das Ordenações Filipinas.<sup>93</sup>

Com efeito, a inquisição medieval, criada para combater os hereges, na Idade Moderna, assumiu uma feição muito mais violenta e apresentou uma finalidade política, na medida em que foi utilizada para perseguir os indivíduos que se constituíam em uma ameaça ao seu poder.<sup>94</sup> Nesse contexto, a aproximação entre o Estado moderno e a Igreja propiciou uma violenta negação do outro, fazendo com que o primeiro adquirisse legitimidade (jusnaturalismo teleológico) e que a segunda pudesse se utilizar dos quadros burocráticos e administrativos.<sup>95</sup>

A partir disso, a Inquisição, na sua fase moderna, apresentou um viés também político, na medida em que objetivou estancar rebeliões que poderiam desestabilizar a nobreza, que se encontrava intrinsecamente ligada à Igreja Católica. A tortura era um meio amplamente utilizado e o soberano veio a ser o maior interessado na punição do investigado, assumindo esse papel anteriormente da vítima. De tudo isso, conforme Naspolini, este período da história do Direito “é denominado de “vingança pública”, no qual – diferentemente do sistema acusatório

---

<sup>91</sup> THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006, p. 226.

<sup>92</sup> Art. 179, § 18: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis”.

<sup>93</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 227.

<sup>94</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe, op. cit., p. 236.

<sup>95</sup> CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 14.

em que a vítima era a principal interessada na punição de seu ofensor – o soberano vem substituir a vítima. O crime passa a ser uma ofensa não de um indivíduo a outro, mas ao Estado”.<sup>96</sup>

Nesse contexto, todas as técnicas e procedimentos utilizados na Idade Média (como, por exemplo, a tortura para fins de confissão) são, aqui, também aplicados. De tudo isso, observa-se que, em suma, o processo inquisitório se caracteriza por uma identificação entre o juiz e o acusador, pelo procedimento em sigilo, pela busca de provas pelo magistrado e pela negação do contraditório.

## 1.4 A OPOSIÇÃO AO MODELO INQUISITORIAL

### 1.4.1 A secularização

Secularização é a denominação do processo pelo qual, de acordo com Carvalho, “a sociedade, a partir do século XV, produziu uma laicização e um rompimento entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas e demais instituições jurídico-políticas”<sup>97</sup>. Isso se deu por diversos motivos.

Primeiramente, deve-se levar em conta o avanço das ciências humanas.

De início, é de ver-se que o domínio do conhecimento humano era dos mosteiros, sendo todas as explicações para os fenômenos naturais e metafísicos apontadas pela doutrina da Igreja, o que impediu a evolução científica do homem, a qual ficou estagnada pelos mais de quinze séculos da era do cristianismo. Toda a verdade que se quisesse buscar advinha, conforme Thums, de um “ser supremo, que tudo criou e tudo governa, mas que não pode ser visto, só imaginado”<sup>98</sup>.

Até o final do século XV, o mundo ocidental era visto a partir de uma perspectiva teo e eurocêntrica, na qual a Terra era o centro do universo e o homem, imagem e semelhança de Deus, centro de todas as coisas. Foi um choque para a doutrina cristã o fato de Copérnico ter demonstrado não ser a Terra o centro do universo, afirmando a impossibilidade de ele possuir um centro. A partir disso, nas

---

<sup>96</sup> NASPOLINI, Samyra Haidêe, op. cit., p. 244.

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 254.

<sup>98</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 245-246.

palavras de Carvalho, “modificou-se toda uma natureza simbólica e as formas de interpretação desses símbolos que se julgavam eternos”<sup>99</sup>, com o que a descentralização da Terra significou a descentralização do próprio homem e o questionamento da figura de Deus (afinal, se o homem é feito à sua imagem e semelhança, não deveria estar ocupando o centro da geografia universal?).<sup>100</sup>

Além dessa descoberta científica, Cristóvão Colombo provou que a Terra era redonda, igual a todos os demais astros, revelando um mundo totalmente diferente das tradicionais instituições cristãs.

Mas foi Spinoza quem trouxe uma noção de natureza que fundamentou a separação entre ciência e religião. Ele defendeu que existiria um mundo completamente independente da teologia, pura extensão e movimento, e passível de cálculo matemático. Assim, para Carvalho, “o mundo considerado teologicamente como criado não era mais compatível com os anseios científicos”<sup>101</sup>. Nessa perspectiva, também, não se pode olvidar da era dos descobrimentos (América e Índias), momento em que se viveu uma inédita experiência de universalidade e na qual houve um “renascer da liberdade do homem em seu estado primitivo”<sup>102</sup>, conforme o jurista. A pluralidade, o politeísmo e a heterodoxidade são novas realidades que se apresentaram, levando à constatação da existência de uma liberdade natural.

As concepções da tradição cristã entraram, a partir de então, em crise. Durante muitos séculos, a produção científica foi monopolizada pela Igreja, e, após, quando ela passou a fugir do seu controle, foram negados os frutos de suas pesquisas. A partir disso, o pesquisador tinha duas possibilidades: o secularismo, que negava totalmente a teologia (estabelecendo a noção de um mundo profano e dessacralizado), ou o concordismo, o qual buscava uma adequação das descobertas científicas à cristandade.<sup>103</sup> Nesse contexto a tradição e o costume começaram a perder valor frente à modernização, que passou a demonstrar o quanto eles eram irracionais. Nas palavras de Mateucci:

Al mismo tiempo, la tradición o la costumbre comienza a perder valor, a perder la importancia que tenía a los ojos de la

<sup>99</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 255.

<sup>100</sup> CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 22-23.

<sup>101</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 255.

<sup>102</sup> CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 25.

<sup>103</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 255.

comunidad por su naturaleza intrínseca, por la cual todo lo que siempre había existido era legítimo y sólo el pasado era depositario de los modelos genuinos. La moderna razón comienza, así, a entrar en conflicto con la historia, es decir, con las costumbres e las tradiciones que precisamente por su variedad demuestran su irracionalidad.<sup>104</sup>

Em termos jurídicos, foi a partir do século XVII que as verdades impostas pelo cristianismo começaram a ser questionadas. Nesse ponto, não se pode negar a influência da produção intelectual científica e filosófica, as quais já vinham criticando o poder arbitrário dos inquisidores.<sup>105</sup>

Nesse contexto, a atuação dos magistrados franceses foi fundamental nesse processo de laicização do direito. Os juízes, antes obstinados a conseguir confissões, passaram a atuar de forma mais prudente na denúncia, tortura, condenação e execução dos acusados de heresia.<sup>106</sup>

As primeiras críticas à recorrente utilização da tortura foram originadas da classe médica. Sua presença era obrigatória nesse momento dos flagelos e suplícios, por isso puderam perceber, com o avanço das ciências médicas, que casos em que se dizia haver intervenção diabólica, na verdade, não passavam de enfermidades como histeria, melancolia e epilepsia.<sup>107</sup>

Além disso, os magistrados iniciaram uma modificação na jurisprudência tradicional. Por exemplo, em 1570, o Tribunal de Dijon decidiu não condenar dois acusados à fogueira e ainda atribuiu culpa aos curas, por não formularem as provas de maneira adequada. Posteriormente, o Tribunal de Paris passou a reconhecer, em alguns casos, a loucura dos acusados, encaminhando-os aos hospitais locais.<sup>108</sup>

A limitação do uso da tortura ocorreu de uma forma gradual. Conforme Maier, começou-se a se exigir alguns requisitos para a sua utilização:

La limitación comenzó como privilegio hacia ciertas personas (honestas y de buena fama, nobles), que luego perdieron su prerrogativa, para convertirse después en exigencias acerca de su procedencia: la necesidad de que fuera ordenada por una decisión concreta de un tribunal, cuya integración se preveía, fundada en presunciones vehementes, en el testimonio de un

<sup>104</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 35.

<sup>105</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 257.

<sup>106</sup> Ibid., p. 257-258.

<sup>107</sup> Ibid., p. 258.

<sup>108</sup> Ibid., p. 259.

testigo *de visu* o en indicios graves y demostrados por dos testigos.<sup>109</sup>

A repressão aos crimes de bruxaria passou, então, por uma fase de restrição, pois se passou a exigir um rigoroso exame probatório. Aqueles boatos que antes eram suficientes para a instauração de um processo criminal passaram a não mais sê-lo. Nesse contexto, dois atos legislativos foram de grande importância: o apelo de ofício de 1624, quando foi determinado que os juízes inferiores não poderiam mais decidir em última instância no que dizia respeito aos crimes de lesa-majestade; e, em 1640, momento em que se desvinculou a feitiçaria da criminalidade (ao menos na capital francesa), a qual deixou de ser crime por depender somente de uma medida terapêutica.<sup>110</sup>

Além disso, as ordenanças reais de 1670 e 1682 acarretaram um processo de minimização e abolição dos crimes de feitiçaria<sup>111</sup>. Na ordenança de 1670, por exemplo, se restringiu o uso da tortura. Na ordenança de 1682, por seu turno, o tipo penal de feitiçaria foi considerado superstição e substituído por dois delitos, envenenamento e sedução. A magia foi considerada crime subsidiário, mas o sacrilégio, por sua vez, acabou sendo mantido, penalizado com a pena de morte.<sup>112</sup>

Além da evolução das decisões jurisprudenciais e da legislação, dois movimentos foram imprescindíveis para possibilitar a derrocada de toda a sistemática de dominação da Igreja Católica em conjunto com o Estado: o humanismo e o racionalismo.

A cisão das concepções delito-pecado, ocorridas a partir da lei e da jurisprudência desencadeou teses humanistas (principalmente contrárias à utilização da tortura) que estruturaram os direitos de primeira geração (direitos humanos e direitos e garantias fundamentais). Com base nessas teorias, conforme Carvalho, “solidificar-se-ia uma estrutura principiológica em matéria penal e processual penal que, ao menos no aspecto teórico e doutrinário, garantiria a construção da cidadania tutelada de forma positiva por um poder autônomo, racional, independente e imparcial”<sup>113</sup>. Alguns postulados serviram de base para os novos direitos surgidos na

<sup>109</sup> MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 297.

<sup>110</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial...*, op. cit., p. 259-260.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 260-261.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 262-263.

época Iluminista: reserva legal, taxatividade e irretroatividade, tripartição independente dos poderes, intervenção mínima, pessoalidade, individualização e proporcionalidade das penas, devido processo legal e igualdade perante a lei.<sup>114</sup>

Percebe-se, desse modo, de acordo com Mateucci, a ocorrência de “un gran proceso de secularización (o de desacralización) de la política, en el que comienza a relativizarse el fundamento religioso de la obligación política”<sup>115</sup>. Esse processo veio a influenciar os constitucionalistas, os quais, nas palavras do autor, se “vieron obligados por el cambio producido a razonar em terminos distintos”<sup>116</sup>.

### 1.4.2 A Escola Penal Clássica

No período de transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberal de Direito surge o que denominamos de Escola Clássica. O século XVIII foi marcado por uma revolução intelectual e cultural. As críticas ao sistema de ideias que fundava a organização social, o espírito renovador, bem como as respostas daqueles que queriam mantê-lo, sendo conservadores, segundo Maier, “conformaron un período brillante, en el cual la discusión principista, ideológica, alcanzó su cumbre y conbsumió todos los esfuerzos intelectuales de su tiempo”<sup>117</sup>. Dentro desse contexto, o Direito Penal não ficou imune às ideias transformadoras.

Embasada em ideais humanistas, a Escola Clássica se projetou no sentido de contrariar as barbáries praticadas no Direito Penal então vigente. Nesse sentido, explica Manzanera que ela “fue la reacción contra la barbárie y la injusticia que el derecho penal representaba, procuró la humanización por medio del respecto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado”<sup>118</sup>.

A Escola Clássica pode ser dividida em dois períodos: o filosófico e o jurídico.

A primeira fase teve como marco inicial (e fundamental) a obra *Dei delitti e delle pene*, do Marquês de Beccaria. É a obra que mais representa o ponto de

<sup>114</sup> Ibid, p. 262-263.

<sup>115</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 34.

<sup>116</sup> Ibid., p. 35.

<sup>117</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 334.

<sup>118</sup> MANZANERA, Luis Rodríguez. *Criminología*. México: Porruá, 1999, p. 235.

partida do Direito Penal moderno. Ela é considerada fundadora da Escola Clássica e principal obra do humanismo penal. Nesse contexto, para Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes:

Particularmente significativa no novo enfoque da “questão criminal” é a obra de BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas* (1764), que teve grande difusão na época, constituindo legítimo manifesto (ou seja: o ponto de partida) da orientação liberal no Direito penal (foi um verdadeiro grito de guerra, um programa tático). BECCARIA criticou a irracionalidade, a arbitrariedade e a crueldade das leis penais e processuais penais do século XVIII (um resíduo anacrônico dos preceitos históricos absolutos).<sup>119</sup>

A formação de Beccaria se deu na *Accademia dei Pugni*, editora do jornal *Il Caffè*, dos irmãos Pietro e Alesandro Verri, sendo que Pietro, posteriormente, questionou a autoria da obra do marquês. O autor, lastreado na teoria do contrato social de Montesquieu<sup>120</sup>, traz a ideia de que os delitos e as penas deveriam respeitar o princípio da legalidade, e, ainda, de que as penas deveriam ser proporcionais ao dano causado, abolindo-se as cruéis e a de morte<sup>121</sup>. O livro criticou todas as instituições penais (materiais e processuais) daquela época, postulando a sua completa reforma. Abordou a presunção de inocência, a necessária certeza acerca da culpabilidade para se obter um juízo condenatório (*in dubio pro reo*), a publicidade do julgamento (a qual permitiria a livre defesa e a formação de uma opinião pública capaz de controlar a administração da justiça), foi contra a acusação secreta e repudiou a tortura do acusado que ainda não havia sido

---

<sup>119</sup> BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais*. Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.77.

<sup>120</sup> Beccaria se autointitulava de seguidor de Montesquieu. Ele utilizava a teoria do contrato social do pensador iluminista para embasar suas teses contra o sistema penal da Monarquia Absoluta. O contrato social demarcaria a origem da sociedade civil, da autoridade e do próprio direito de castigar. Nele, os cidadãos entregariam parte de sua liberdade ao Estado, o qual era o representante da vontade geral e, portando, encarregado de sua defesa. (BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p.77-79).

<sup>121</sup> Nesse ponto, com relação à aplicação da pena, Foucault aduz que, após esse rechaço às penas cruéis, a punição passa a ser a parte velada do processo penal, já que deixa de ser percebida diariamente (quando se executava as penas em praça pública) e passa a pertencer à consciência abstrata. A eficácia da pena é atribuída, então, a sua fatalidade, e não a sua visibilidade, com o que o impedimento do delito deveria se dar pela certeza da punição e não pelo “teatro” que ela significaria. A justiça deixa de assumir publicamente a violência ligada à sua prática. Nas palavras do autor, “o fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História das violências nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 13.)



declarado culpado.<sup>122</sup> Além disso, na linha da dessacralização, conforme Jimenez de Asua, proclamou que “la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios, y que la justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bien estar del mayor número”<sup>123</sup>. Em suma, conforme Lyra, pode-se dizer que Beccaria propôs um modelo de Direito Penal e Processual Penal com as seguintes características:

Beccaria pugnou, sob o absolutismo, por um Direito Penal leigo, preventivo, com base em limites, pela previa legalidade do crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, pela pureza e certeza da prova, pelo direito de asilo, pela proporcionalidade entre crime e pena, pela abolição da prisão preventiva, da pena de morte, da tortura, da infâmia, do banimento, do uso de por a cabeça a premio, do “suplicio da incerteza”, pela aplicação moderada da pena somente em caso de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias – necessária, útil, justa.<sup>124</sup>

E as palavras de Beccaria:

De quanto se viu ate agora pode deduzir-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, que é o mais vulgar legislador das nações: *para que toda pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstancias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis.*<sup>125</sup>

A partir de sua obra, intensificou-se a necessidade de limitação do poder estatal, passando-se a justificar o direito de punir em uma nova função: a garantia dos direitos humanos fundamentais, mormente os de cunho individual. Saliente-se que, conforme Correia, *Dei Delitti e Delle Pene* se constitui “na mais severa crítica ao direito penal tradicional e o mais complexo repositório das ideias que deveriam presidir à reforma total deste ramo do direito”<sup>126</sup>. É por isso que Rodríguez dá ao autor o mérito de fundador da moderna ciência do Direito Penal, marcando o início

<sup>122</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 337-338.

<sup>123</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de *Derecho Penal*. Concepto del Derecho Penal y de La Criminología, historia y legislación penal comparada. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 253.

<sup>124</sup> LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal*. Vol 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 37.

<sup>125</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 163.

<sup>126</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 84.

do estudo do delito de uma maneira sistemática e racional, com a pretensão de lhe atribuir validade objetiva, acima das vicissitudes dos governantes e legisladores. Ele conseguiu sistematizar as exigências principais do pensamento ilustrado vinculadas à atividade de castigar, que pertenciam, arbitrariamente, aos governantes, com o que sua obra é crítica e questionadora do Direito Penal do Antigo Regime.<sup>127</sup>

Por essa razão, referindo-se a essa obra, aduz Copetti ser este o início da manifestação, em matéria de Direito Penal, das diretrizes do iluminismo e do liberalismo, “nos quais o indivíduo figura como *punctum saliens* de todas as questões primordiais que envolvem a determinação da extensão do exercício das funções estatais”.<sup>128</sup> Assim, Beccaria foi o primeiro a, baseando-se em uma lógica contratualista e rechaçando a arbitrariedade do Direito Penal da forma estatal absolutista, realizando uma análise da origem das penas, propor uma delimitação ao direito de punir, o que hoje conhecemos como o princípio da intervenção penal mínima.<sup>129</sup> <sup>130</sup> Além disso, não se pode olvidar de sua importante manifestação no que hoje conhecemos por princípio da legalidade, conforme Asua: “nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley”. Essas premissas puseram fim à arbitrariedade dos juízes e firmaram o famoso enunciado *nullum crimen, nulla pena sine lege*, o qual passou a integral o Direito do século XIX.<sup>131</sup>

Outro aspecto importante está no fato de, a partir de então, propugnar-se pela publicidade da justiça penal. Ao contrário do sistema inquisitivo, no qual a

---

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Política Criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 70-71.

<sup>128</sup> COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27-38.

<sup>129</sup> Saliente-se que, conforme alerta Copetti, o princípio da intervenção mínima, fora do âmbito do Direito Penal, pode ser visualizado nas obras de Locke, Smith, Humboldt, Tocqueville, conterrâneos de Beccaria.

<sup>130</sup> Sobre o princípio da intervenção penal mínima, importante, ainda, destacar o que afirma Copetti: “A construção doutrinária do princípio da intervenção penal mínima e a funcionalidade que lhe foi atribuída tiveram o claro propósito de complementar a garantia da autonomia do indivíduo frente ao poder estatal penal que já havia sido esboçada insuficientemente através do princípio da legalidade. Na origem do princípio da intervenção mínima, havia uma demanda de limitação do poder estatal absolutista, e, para isso, este princípio, juntamente com a reserva legal, cumpriram papéis históricos fundamentais para a concretização dos projetos de Sociedade, Estado e Direito liberal-iluminista.” (COPETTI, André Leonardo Santos, op. cit., p. 27-38).

<sup>131</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis., op. cit., p. 254.

tortura e as penas corporais eram aplicadas de maneira secreta, Beccaria veio a propor a publicidade de um sistema acusatório.<sup>132</sup>

De acordo com Andrade, por tudo isso, a Escola Clássica proporcionará “uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Daí por que a denominação de ‘garantismo’ seja talvez a que melhor espelhe o seu projeto racionalizador”<sup>133</sup>.

A segunda fase da Escola Clássica é atribuída a Francesco Carrara, que houve por, em sua obra *Programma di Diritto Criminale*, definir o delito como jurídico e não como um simples acontecimento fático. Para o autor, segundo Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes, “a noção de delito é essencialmente jurídica, visto que implica uma necessária “relação” ou referencia à norma. O delito não é mais que a contrariedade com a norma”<sup>134</sup>. Assim, não importaria a índole ou a natureza do criminoso, mas sim o delito em si (enquanto infração da lei do Estado), o qual deveria embasar a proporção da penalidade.

Na base de tudo isso, concluem Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes a respeito da Escola Clássica, a qual, na visão dos autores, deve ser atribuído o aparecimento da ciência penal: “a defesa das garantias individuais e sua reação contra a arbitrariedade e os abusos do poder seria uma reação contínua, coerente com suas origens iluministas e com o liberalismo político que propugnava”<sup>135</sup>. Foi assim que, conforme Thums, “os movimentos de oposição ao uso da tortura contra o ser humano, surgidos no século XVIII, apontam para a irracionalidade do procedimento inquisitorial”<sup>136</sup>.

Os aspectos inicialmente levantados por Beccaria, acima apontados, foram, posteriormente, recepcionados pelas Declarações de Direitos americana e francesa<sup>137</sup>, começando um processo de positivização das garantias defendidas pela

---

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga., op. cit., p. 76.

<sup>133</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47.

<sup>134</sup> BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio., op. cit., 2009, p. 85.

<sup>135</sup> Ibid., p. 90.

<sup>136</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 210.

<sup>137</sup> Na Declaração de Direitos americana (de 1787), em sua emenda XIV está assentado que “nenhum dos Estados poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens, sem processo legal ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. (De acordo com tradução disponível em <[www.braziliantranslated.com](http://www.braziliantranslated.com)>, acesso em 23/12/2012). Na

Escola Clássica, o qual culminou na sua integralização ao conseqüente constitucionalismo. Nas declarações dos direitos, conforme Canotilho, “os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos”<sup>138</sup>. Assim, nas palavras de Matteucci, “en un plano constitucional se va fortaleciendo la defensa del individuo, único y solitário protagonista de la vida ética y económica frente al Estado y a la sociedad”<sup>139</sup>.

No espírito da Revolução Francesa, essa proclamação de direitos serviu para fundamentar uma nova concepção do poder estatal, determinando a sua legitimidade sobre a base de uma orientação liberal. A Declaração não era, propriamente, direito positivo, mas o reconhecimento das verdades de uma filosofia política, manifestação do espírito comum de toda uma época. Buscava-se a destituição do Antigo Regime e a instauração do reino da liberdade e da igualdade jurídica em uma sociedade que não as conhecia, e que somente poderia conhecê-las através de uma profunda reforma da legislação civil, penal e administrativa.<sup>140</sup>

---

Declaração francesa, de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o direito à igualdade, por exemplo, já vem reconhecido no primeiro artigo: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais perante a lei; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum”. O Princípio da legalidade, por sua vez, pode ser encontrado no artigo 7º: “Ninguém pode ser acusado, preso, nem detido, senão nos casos determinados pela lei, e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, ou fazem executar, ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão chamado em virtude da lei deve obedecer incontinenti; ele torna-se culpado em caso de resistência”. Os Princípios da Proporcionalidade das Penas e da Intervenção Mínima podem ser vistos no artigo 8º: “a Lei não deve estabelecer mais do que penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma Lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. Além disso, no artigo 16º, constata-se a importância dada à ideia de Constituição: “toda sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição”. (Disponível em <[www.historianet.com.br](http://www.historianet.com.br)>, acesso em 23/12/2012).

<sup>138</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 111.

<sup>139</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 36.

<sup>140</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Grascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 52.

### 1.4.3 Estado Liberal e liberalismo

Muito embora não se possa negar suas anteriores manifestações,<sup>141</sup> o Estado Liberal surge, principalmente, na França, que, através da Revolução Francesa (1789) e seus ideais iluministas, houve por reagir ao ordenamento absolutista e pugnar pela defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos.<sup>142</sup> Nessa medida, foi a partir da Revolução Francesa que inicia a formação de uma cultura das liberdades, a qual advém de uma combinação entre os modelos individualista e contratualista, de um lado, e estadista, de outro.<sup>143</sup>

Essa nova visão de mundo se funda numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva e expressa valores dessa camada social emergente burguesa que se apresenta contrária ao feudalismo aristocrático fundiário<sup>144</sup>. Nesse cenário, Wolkmer aduz que “fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista”.<sup>145</sup>

O liberal-individualismo se apresentou como a proposta ideológica adequada às necessidades desse novo mundo, como legitimação das novas formas da produção de riqueza e como justificativa racionalista dos novos interesses. O

---

<sup>141</sup> Conforme Copetti, tais manifestações podem ser resumidas da seguinte forma: “numa concepção de mais ou menos mil anos atrás, na filosofia grega encontramos as ideias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei); na antiguidade a ideia de uma constituição mista carregava consigo a pretensão de um poder regulado, moderado, em contraposição à tirania ilimitada; a ideia de vinculação do soberano às leis fundamentais do reino; as doutrinas de resistência contra tiranos e do contrato social; e, por fim, o pensamento medieval da liberdade no Direito, ou seja, a liberdade a partir de um determinado estatuto que conduziria à ideia de liberdade natural do homem. Como precedentes mais próximos podem ser destacadas a *rule of law* inglesa, que proibia o arbítrio, trazia o princípio da pré-determinabilidade do direito penal, a legalidade da administração, a igualdade perante o Direito, a independência dos tribunais e a proteção das liberdades civis e políticas. Nos Estados Unidos, por sua vez, vemos a ideia de Estado Constitucional, que trouxe importantes garantias de liberdade dos cidadãos através da instituição de uma constituição formal e do devido processo legal (*due process of law*)”. (COPETTI, André, op. cit., p. 52).

<sup>142</sup> COPETTI, André, op. cit., p. 52-53.

<sup>143</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 57.

<sup>144</sup> Com relação aos interesses da burguesia, cumpre realizar, conforme Rodríguez, o seguinte alerta: “La necesidad de un desarrollo autónomo del individuo, es en realidad la necesidad del desarrollo de la burguesía como bien explica Laski, Con palabras de este autor, la burguesía «no busca la libertad como fin universal, sino como medio de disfrutar la riqueza que se abre ante ella». La consagración de la doctrina de los derechos naturales, por consiguiente, significa la afirmación de la autoridad del hombre sobre las cosas y de su imperialismo, de la importancia del individuo en el universo – su individualismo - . Ello explica que se desarrollen principalmente derechos naturales de libertad o derechos individuales. (RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga, op. cit., p. 72.)

<sup>145</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil...*, op. cit., p. 24-25.

liberalismo vai enaltecer o homem como ser capaz de escolhas econômicas, políticas e racionais, apresentando o ser individual como “um valor absoluto”. A partir disso, conforme Wolkmer, “a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais”<sup>146</sup>. Foi no século XVIII que, lentamente, ocorreu esse processo que culmina com a ruptura, transformadora da cultura jurídica de um instrumento a serviço do despotismo esclarecido à expressão do ideário liberal-individualista e constitucional.<sup>147</sup> Conforme Fioravanti, “el liberalismo vuelve indudablemente a privilegiar la libertad como seguridad de la persona y de los bienes, y así pone en primer plano las libertades civiles, las ‘negativas’”<sup>148</sup>.

A validade do Direito está, aqui, amparada no que, a partir de então, passou a ser um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, a legalidade. Percebe-se, assim, uma primazia da lei frente à Administração, à jurisdição e aos cidadãos, com o que o Estado Liberal se apresenta como um estado legislativo. Essa primazia da lei significava a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime.<sup>149</sup> Nesse aspecto, passou-se a considerar necessária a instituição de um sistema jurídico unitário e a formalização de normas positivadas, superando-se o antigo regime jurídico, no qual, segundo Feldens, “as fontes não se concentravam na lei, senão que se enraizavam em instituições diversas de inserção social (v.g., Império e a Igreja)”<sup>150</sup>. Por esse motivo, conforme Fioravanti, o primeiro aspecto substancial desse Estado de Direito pode ser resumido da seguinte forma: “de la proclamación revolucionaria de las libertades a la tutela de los derechos en el derecho positivo estatal”<sup>151</sup>. Além disso, conforme Bolzan de Moraes, “o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção”<sup>152</sup>.

O Estado passa, nesse contexto, a ter que se submeter ao ordenamento jurídico, que é respaldado pela centralização da produção normativa, pela divisão de

<sup>146</sup> Ibid., p. 25.

<sup>147</sup> Ibid., p. 149-150.

<sup>148</sup> FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 57.

<sup>149</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 24.

<sup>150</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

<sup>151</sup> FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 113.

<sup>152</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 72.

poderes e pela proteção outorgada aos direitos de liberdade.<sup>153</sup> O conceito de Estado de Direito<sup>154</sup>, no momento do seu surgimento, está vinculado ao conteúdo próprio do liberalismo, o que impõe, nas palavras de Bolzan de Moraes, “aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes*

---

<sup>153</sup> COPETTI, André, op. cit., p. 53.

<sup>154</sup> Observe-se, segundo Zagrebelsky, que “el siglo XIX es el siglo del «Estado de derecho» o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o «o Estado bajo el régimen de derecho», se distingue del *Machtstaat*, o «o Estado bajo el régimen de fuerza», es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el «Estado bajo el régimen del policía», es decir, el régimen del Depotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII.” A partir disso se indicam tipos ideais que só são claros conceitualmente, úteis para se reconhecer as principais diferenças da evolução histórica do Estado moderno. Nesse contexto, não há dúvidas que o Estado de Direito represente, historicamente, um dos elementos básicos das concepções constitucionais liberais (mesmo que se possa considerá-lo compatível com outras orientações político-constitucionais). No entanto é de ver-se que, ao Estado de Direito, pode se dar uma definição exclusivamente formal, vinculada à autoridade estatal e desvinculada do conteúdo e fim da ação do Estado. Isso fez com que se discutisse, na época dos totalitarismos entreguerras, se esses regimes poderiam ser definidos como Estados de Direito. Isso porque para tal bastaria a submissão à qualquer lei, não importando qual fosse, o que fazia com que qualquer Estado que possuísse ordenamento jurídico pudesse ser chamado, genericamente, de Direito. (ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 21-23). É por tudo isso que o Estado de Direito pode ser visto sob duas perspectivas: a primeira, de origem germânica, se dá num sentido lato, débil ou formal. Nela os atos do Estado estão submetidos ao Direito, o que pode se manifestar, inclusive, pelo princípio da legalidade. Entretanto, tal subsunção se dá exclusivamente no que tange à forma. Assim, o Direito será, aqui, um instrumento manipulado pelo Estado, ou seja, ficará a mercê da vontade dos governantes, já que não há uma relação hierarquizada entre um e outro. Por essa razão, diz-se que, nessa perspectiva, serão considerados Estados de Direito inclusive aqueles regimes totalmente autoritários. Pode-se dizer, desse modo, que há uma subsunção do Estado à lei, entretanto, isso se dá somente sob uma perspectiva formal, não havendo qualquer vínculo com o conteúdo da norma. A segunda, que é vista num sentido forte ou substancial, será a adotada nesta dissertação. De acordo com tal concepção, a subsunção do Estado ao Direito não ocorrerá em um sentido apenas formal, mas no aspecto de seu conteúdo. Como alerta Bolzan de Moraes, “à formalidade jurídica são incorporados conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 68). Nesse sentido, serão Estados de Direito aqueles ordenamentos que possuem seus poderes vinculados a princípios fundamentais estabelecidos pelas normas constitucionais. O Estado de Direito não se identificará, portanto, com qualquer lei, independentemente de seu conteúdo, mas somente com aquela que traga seus valores fundamentais. Nas palavras do mesmo autor: “Portanto, não basta que o Estado possua uma qualquer legalidade. Indispensável será que seu conteúdo reflita um determinado ideário. Ou seja, para o Estado ser de Direito, não é suficiente que seja um Estado Legal”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 70). Nessa linha, sobre a significação de Estado de Direito, aduz Garcia-Pelayo: “El Estado de Derecho, en su prístimo sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido – pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad – sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la «idea del Derecho». El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista : *non ratio, sed voluntas facit legem*, podría decirse que para la idea originaria del Estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*.”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 52.). É com essa segunda conceituação que se identifica esse trabalho.

ou funções e, a nota central, a *garantia dos direito individuais*.<sup>155</sup> Conforme Zagrebelsky, o Estado Liberal de Direito possuía uma conotação substantiva, relativa às funções e fins do Estado, tendo como destaque “«la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad»”. Assim, a sociedade, e não a autoridade do Estado, passava a ser o ponto central para a compreensão do Estado de Direito, e a lei começava a ser vista como instrumento de garantia dos direitos.<sup>156</sup>

O Estado não poderia mais ser concebido “à margem” ou “acima” da lei (como ocorria no absolutismo monárquico), mas “dentro” e “submetido” à lei, configurando-se como um dos sujeitos disciplinados pelo Direito. Não deveria haver nenhuma supremacia, pois todos os sujeitos jurídicos deviam ser disciplinados pela lei, e a posição de cada um deles com relação aos demais justamente dela dependia.<sup>157</sup>

Nesse contexto, Bolzan de Moraes aponta para os seguintes aspectos dessa forma estatal:

A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça. B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado. C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito, etc. – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade. D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.<sup>158</sup>

Para Copetti, no mesmo sentido, o Estado Liberal possui, em suma, as seguintes características principais: a) o Estado deixa de ser compreendido por meio de ideias de cunho transpessoal, de ordem divina, para ser entendido de uma forma racional e jurídica, como uma “coisa pública destinada a satisfazer os interesses dos indivíduos, o que mais tarde revelou-se como sendo os interesses de uma

<sup>155</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 70.

<sup>156</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 23.

<sup>157</sup> Ibid., p. 47.

<sup>158</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 70-71.



determinada classe, a burguesia”;<sup>159</sup> b) a finalidade do Estado seria a garantia da liberdade e da segurança da pessoa e da propriedade privada; c) a atividade do Estado é organizada e regulamentada de acordo com princípios racionais: “reconhecimentos dos direitos individuais, garantias dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder”;<sup>160</sup> d) “conceito de lei como eixo de concretização constitucional do Estado de Direito”;<sup>161</sup> e e) esta lei vincula a Administração Pública.

Para que o Estado seja considerado legítimo, é necessário, assim, que sejam respeitadas uma série de garantias: princípio da legalidade penal, humanização geral das penas, abolição da tortura e das demais penas corporais, igualdade perante a lei, proporcionalidade entre o delito e a pena, utilização da intervenção penal para fins sociais de prevenção dos delitos.<sup>162</sup>

Nesse contexto, o Direito Penal estabelecido com o advento do Estado Liberal, seguindo as características dessa forma estatal, era, de acordo com Albrecht, um mecanismo de “defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado”.<sup>163</sup> A lei penal só era justificada pois objeto sancionador dos ataques contra o Direito, garantidora, portanto, da liberdade de todos os cidadãos. Para esse Direito Penal, portanto, conforme Quiroga: “la clave se encuentra en la descriminalización; se considera que el Derecho penal es excesivamente represivo en relación con la sociedad civil, que abarca un ámbito demasiado grande y que precisa su reducción. Surge con fuerza la Idea del carácter subsidiario del Derecho penal y del «Derecho penal mínimo»”.<sup>164</sup>

A legitimação do direito de punir, no Estado Liberal, estaria, então, no contrato social (marco de passagem do estado de natureza para o Estado Civil), no qual os cidadãos, obrigados a viver em sociedade, abririam mão de parte de sua

---

<sup>159</sup> COPETTI, André, op. cit., p. 53.

<sup>160</sup> Ibid., p. 53-54.

<sup>161</sup> Ibid., p. 54.

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga, op. cit., p. 72.

<sup>163</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Coord. Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-487.

<sup>164</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 50-66.

liberdade (saliente-se: da menor parte possível) em favor do Estado, a fim de que a liberdade de todos fosse garantida.<sup>165</sup> Para Ferreira da Cunha:

Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas, essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, à defesa da sociedade; quer dizer, para a proteção da liberdade e direitos subjetivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenirem danos sociais, mas já não para se alcançarem fins transcendentais, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho para a perfeição. Para Beccaria, o «ius puniendi» resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte da sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a «liberdade possível em sociedade». Também Feurbach via «nos direitos inatos do indivíduo e do Estado, reconhecidos no contrato social, os únicos bens penalmente tuteláveis». Assim, «quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime». Também para Melo Freire o direito de punir deriva do pacto social, através do qual os cidadãos renunciam a parte dos seus direitos em favor do Estado. Para os

---

<sup>165</sup> Nesse contexto, deve-se atentar para ao alerta de Hassemer: “Este contrato social tampoco es una realidad temporal que se dé en un momento determinado, o por lo menos no de un modo completo y ejemplar. Solo es una condición de posibilidad del derecho, una vez que el derecho natural perdió esa función. En el contrato social las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, consiguiendo, así, que la libertad de todos quede garantizada. La igualdad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad son los elementos propios de este contrato social: sin su equilibrio el modelo teórico democrático degenera en el dominio de unos sobre otros. El contrato social, adoptado como fundamento del derecho no es, sin embargo, tan obvio en la convivencia cotidiana, por más que teóricamente sea evidente y normativamente vinculante. Se hace, por tanto, necesario marcar además con específicas garantías los límites de la renuncia a la libertad”. (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999, p. 43-44.) Além disso, é de ver-se que, de acordo com Fioravanti, na França, havia toda uma necessidade de um estadismo, frente ao contratualismo e às exigências da sociedade civil. “Junto a todo esto aparece también la tendencia a reforzar y legitimar los poderes constituidos frente al contractualismo y las exigencias de la sociedad civil. En este sentido, en el liberalismo posrevolucionario se manifiesta la imposibilidad, histórica y teórica, de que la Europa continental siga las huellas del constitucionalismo estadounidense, en el qual - como hemos visto - individualismo e historicismo se habían aliado frente al estatismo. En realidad, el liberalismo europeo *tine necesidad de su estatismo, que se manifiesta en la formula europeo-continental del Estado de derecho*: por una parte «de derecho», porque se empeña en la tutela de la sociedad y de los individuos frente a las exigencias de dirigistas de los poderes público, pero por otra parte también plenamente «Estado», porque se empeña en la defensa de las instituciones políticas frente a la misma sociedad civil. (FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 103.)

iluministas, é no contrato social que se encontra o fundamento e os limites ao poder criminalizador.<sup>166</sup>

A concessão dessa liberdade, nesse prisma, estaria limitada, e quem definiria esse limite seria o Direito Penal, possuidor do papel de impedir que o Estado invadisse a liberdade do cidadão aquém do que havia sido “contratado”, além de, é claro, sancionar aquele que havia ferido a liberdade alheia. De acordo com Albrecht, o programa do Direito Penal clássico marcava os limites da autonomia: para o Estado por um lado, para os agressores pelo outro.<sup>167</sup>

Nesse sentido, para Copetti, no Direito Penal correspondente ao Estado Liberal haveria a ideia de “cessão de um mínimo de liberdade por parte dos indivíduos, para a construção de um pacto social que inclui o direito de punir”. E está seria a expressão máxima do liberalismo, sendo um dos reflexos fundamentais, em matéria penal, dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>168</sup>

Assim, somente as lesões que ferissem as liberdades asseguradas no contrato social poderiam ser consideradas um delito. O conceito de bem jurídico<sup>169</sup>

<sup>166</sup> FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 32.

<sup>167</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 475.

<sup>168</sup> COPETTI, André, op. cit., p. 27-38.

<sup>169</sup> Embora não se pretenda esgotar o tema (tampouco aproximar-se disso), é necessário, nesse momento, apesar de sua definição não ser pacífica, bem como sua consideração como razão de ser do Direito Penal, conceituar-se bem jurídico. A título de introdução, sobre o surgimento do que sejam bens jurídicos, é oportuno transcrever as palavras de Hassemer: “El concepto del bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento. ‘La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico’. Com esta máxima (re)aparece la víctima, tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses”. (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 37-38). Dito isso, como conceituação, para Roxin, bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. (ROXIN. Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.) O autor traz essa distinção entre realidades e finalidades pois, ao contrário do que entendido classicamente, defende que os bens jurídicos podem ser criados pelo legislador (no âmbito do Direito Tributário, por exemplo), não necessitando existirem previamente à criação da lei (que seria o caso da vida humana). Em suma, ele os define nos seguintes termos: *objetos legítimos de proteção das normas*. (ROXIN. Claus, op. cit., p. 18.) Francisco de Assis Toledo, por sua vez, traz que, “dentro o

assume aqui um carácter limitador e negativo, visto que impede uma criminalização ilegítima, ou seja, onde não haja uma lesão a um bem jurídico não pode haver qualquer conduta criminosa. Nesse sentido, conforme Ferreira da Cunha:

Embora a paternidade do conceito «Bem Jurídico» tenha sido atribuída pela historiografia a Birnbaum, há quem entenda que as raízes deste conceito se podem encontrar no período do Iluminismo Criminal, uma vez que foi nesta fase que, reagindo-se contra a arbitrariedade da «justiça» criminal do período anterior (não só na forma de aplicação e execução das penas mas também a definição – e na falta de definição clara e prévia – dos crimes), se pretenderam traçar limites ao «*jus puniendi*» na determinação dos crimes, procurando-se, para esse fim, um conceito material de delito. Assim, identificou-se o crime com a necessária lesão de um direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade, pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano directamente a uma pessoa em concreto ou à própria «república».<sup>170</sup>

O Direito Penal possuía, dessa forma, a função de manutenção do contrato social, devendo estabilizar as condições do pacto, sendo um direito que castiga, já que detentor da pretensão de evitar as lesões à liberdade.<sup>171</sup> Segundo Hassemer, nessa concepção clássica, o Direito Penal é certamente um meio violento de repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade cidadã, e, como tal, é indispensável para assegurar a convivência entre os homens, sendo considerado a *ultima ratio* para a solução dos problemas sociais.<sup>172</sup>

Esse Direito Penal, portanto, acompanhando as premissas do Estado Liberal, é uma forma de proteção do cidadão contra o poder estatal de punir, que advém do contrato social.

Diante de tudo isso, Hassemer aponta, em suma, três importantes consequências da concepção clássica de Direito Penal:

1. Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. El concepto de bien

---

imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa 'dignos de proteção' e os erige em 'bens jurídicos'".(TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16).

<sup>170</sup> FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, op. cit., p. 28.

<sup>171</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 4-45.

<sup>172</sup> Ibid., p. 46.

- jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito.
2. Los límites a la renuncia de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados de un modo absolutamente contundente. Deben evitarse, por tanto, posteriores modificaciones de estos límites, o intervenciones sociales o gubernamentales en los acuerdos adoptados en el contrato social. Tampoco deben dejarse al poder interpretativo de un tercero, sea este la administración de justicia o el gobierno. En esto se materializa la ética del positivismo legal y ello explica también que en aquel momento se prohibieron comentarios e interpretaciones de las leyes. Precisamente fue esta a razón de ser del mandato de certeza en derecho penal.
  3. El Estado es sólo una institución derivada de los derechos de los ciudadanos, de ellos percibe su legitimación e ellos son, al mismo tiempo, los límites de su poder. Lo contrato social no permite ningún poder autónomo, ni usurpador. Precisamente por esto, hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta es decir, en el derecho penal, que debe ser configurado desde el punto de vista de los derechos individuales, con una forma de protección, la más enérgica y contundente, de los mismos. Ello explica también la existencia en derecho penal de principios como los de subsidiariedad y proporcionalidad, y de derechos como el de recurrir a los tribunales, a la defensa o a no declarar contra si mismo.<sup>173</sup>

De toda a análise dos fundamentos do Estado Liberal, lastreados no indivíduo e na proteção de sua liberdade, bem como na intervenção mínima estatal, conclui-se, inevitavelmente, que houve a transposição de tais alicerces ao Direito Penal, que, seguindo a lógica de seu tempo, legitimado pela teoria do contrato social, adotou o princípio da intervenção penal mínima, o qual vigora (ao menos teoricamente) até os dias de hoje. Tem-se, assim, que o Direito Penal que corresponde à forma estatal Liberal, seguindo seus preceitos, será, como já dito, um mecanismo de defesa do cidadão frente às intervenções estatais, assumindo uma concepção de intervenção mínima e de garantia de direitos fundamentais individuais.

No que tange ao processo penal, depois de prevalecer por dois séculos, a reforma do modelo inquisitorial se apresentava como inevitável. De acordo com Thums, a partir do Iluminismo, “a renovação da cultura, o destaque aos princípios

---

<sup>173</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 45.

humanitários e o avanço das ciências, o Direito Penal e Processual Penal torna-se alvo de ferozes críticas, notadamente em face da irracionalidade do procedimento processual e da severidade das penas”<sup>174</sup>.

Com isso, depois de todo esse tempo de vigência de um sistema inquisitório na Europa Continental, com o iluminismo, essa sistemática perde força. No entanto, alerta o autor para o fato de que parte da doutrina aduz ter surgido, então, uma nova sistemática denominada de mista<sup>175</sup> (a qual, como se verá no último capítulo, não deve assim ser considerada). Em sua visão, com a Revolução Francesa, o sistema processual penal sofreu reformas, mas as modificações ainda traziam características do modo inquisitorial, como, por exemplo, o procedimento ser secreto. A Assembleia Constitucional, em 1791, editou uma nova lei que revogou as Ordenações de 1670, no entanto, ainda mantendo resquícios inquisitoriais. Ainda assim, ela foi considerada um marco de superação da inquisição na França, o que vai afetar toda a Europa, afinal, tem-se o objetivo de introduzir o sistema acusatório e apagar as marcas do sistema inquisitório.<sup>176</sup>

Na linha de Ferrajoli, em termos de processo penal, o Iluminismo penal reformador houve por se posicionar contra a irracionalidade e arbítrio do procedimento anterior (inquisitorial), concordando com “a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter político da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas de tradição acusatória, tal como transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês”<sup>177</sup>. Para o autor, após a Revolução Francesa teria se adotado o sistema acusatório, com base na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo, por exemplo.<sup>178</sup> No entanto, o jurista alerta que esses modelos recepcionados pelos Decretos de 1789 (o qual impôs a publicidade e a defesa do acusado em todos os graus de jurisdição<sup>179</sup>) e 1791 (que suprimiu o velho sistema ao introduzir, a partir da fase instrutória, o modo acusatório com o júri popular, abolindo o segredo e vinculando o

---

<sup>174</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 210.

<sup>175</sup> Ibid., p. 203.

<sup>176</sup> Ibid., p. 207.

<sup>177</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 521.

<sup>178</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, op. cit., p. 521.

<sup>179</sup> Ibid., p. 131.

processo à oralidade e à imediatividade<sup>180)</sup><sup>181</sup> não sobreviveu na França pós-revolucionária. O Código termidoriano de 25 de outubro de 1795 e o Código Napoleônico de 1808 desintegraram o sistema, visto que substituíram a acusação perante o júri por um rito sumário, escrito e secreto, conduzido de ofício por um juiz de instrução o qual deveria julgar segundo a sua íntima convicção. Aí teria surgido o procedimento misto, no qual haveria uma parte inquisitória, na fase de instrução, e outra acusatória, na fase dos debates, sendo ambas conduzidas com base na livre convicção do juiz inquisidor. Esse acoplamento dos procedimentos inquisitivo e acusatório teria, de acordo com Ferrajoli, “somado os defeitos de um e de outro”.<sup>182</sup>

Giacomolli também alerta para o fato de o modelo inquisitorial napoleônico não ter abolido totalmente a base doutrinária anterior (sacro), pois “manteve a gestão da prova sob a iniciativa judicial (descoberta da verdade) e a instrução secreta, apesar de ter adotado a separação das funções, a oralidade, e ter atribuído à defesa a um sujeito próprio”<sup>183</sup>. Assim, esse dito acusatório reformado teria amenizado o modelo anterior, mas sem romper com a sua essência, pois continuou a se preocupar com a manutenção e fortalecimento do poder, bem como com a necessidade de se agradar aos súditos.<sup>184</sup> Essa combinação de sistema inquisitório e acusatório, que teria formado o sistema misto, introduzida pelo *Code d’instruction criminelle* francês, conforme Gomes Filho, teve grande aceitação, vindo a influenciar outros ordenamentos e sendo o modelo que inspira, até os dias atuais, a maioria das legislações.<sup>185</sup>

---

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Gomes Filho esclarece que o Decreto de 1789 manteve em vigor o procedimento escrito da Ordenança de 1670, mas introduziu algumas garantias em favor do acusado, principalmente a publicidade e o direito a um defensor. A primeira fase, da investigação, ainda era secreta, mas previa a participação de cidadãos indicados pelas municipalidades para acompanharem as diligências probatórias. Após, com o interrogatório do acusado, começava a segunda fase do procedimento, que era pública e contraditória, com a participação de defensor, o qual poderia inquirir as testemunhas da acusação e produzir contraprova. Mas a ruptura com o sistema do antigo regime viria com o Decreto de 1791 sobre a reorganização da justiça criminal. A grande inovação era a introdução dos julgamentos por jurados, consagrando-se a oralidade na produção da prova. No que tange à avaliação dessas provas, entretanto, era conferida ampla liberdade aos juízes e jurados, os quais decidiam de acordo com a sua convicção, não necessitando de motivação. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 28-29)

<sup>182</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, op. cit., p. 134.

<sup>183</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008, p. 5.

<sup>184</sup> Ibid., p. 5.

<sup>185</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 31.

Independentemente da denominação misto ou inquisitório reformado para o sistema surgido nessa época, conclui-se que, apesar dos fundamentais avanços, os quais demonstram toda uma construção histórica no sentido de se apontar a necessidade de escolha de fixação de um sistema acusatório, concorda-se com o Thums quando ele afirma que o sistema inquisitório nunca foi abolido “porquanto continua encastelado na maioria das legislações mundiais, modificando-se pequenos detalhes como, por exemplo, assegurar direito de defesa, contraditório e acusador público, mas o princípio inspirador ainda é dominante”<sup>186</sup>.

#### 1.4.4 Constitucionalismo

A Constituição, em seu sentido moderno, como conhecemos hoje, surgiu a partir de diversos movimentos constitucionais, localizados em épocas e espaços diferentes. Com efeito, não se pode ignorar o fato de ter havido um constitucionalismo inglês, um americano e um francês, por exemplo. No entanto, pode-se dizer que eles possuem, conforme Canotilho, “momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”<sup>187</sup>. Dentro desse contexto, o constitucionalismo, visto de um modo geral, deve ser entendido como uma forma de limitação de poder. Deste modo explica o jurista: “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade”<sup>188</sup>. No mesmo sentido o define Matteucci como “una técnica de la libertad contra el poder arbitrario”<sup>189</sup>. Na mesma linha, para Loewenstein, a história do constitucionalismo é “la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar de sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”<sup>190</sup>.<sup>191</sup> Ainda, nessa mesma perspectiva, para Moreira:

---

<sup>186</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 204.

<sup>187</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 51.

<sup>188</sup> Ibid., p. 51.

<sup>189</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 24.

<sup>190</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Callego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 150.



Nascida das Revoluções Americana e Francesa, o Constitucionalismo obedeceu essencialmente à idéia de submeter o poder político ao Direito, de limitar as suas funções, de garantir a liberdade dos cidadãos contra as invasões do Estado, de proceder à separação dos Poderes para desse modo melhor o controlar.<sup>192</sup>

Além disso, o Estado Constitucional se baseia no princípio da distribuição do poder, o qual existe quando vários e independentes detentores do poder ou órgãos estatais participam na formação da vontade estatal. As funções designadas a cada um deles estão submetidas a uma espécie de controle por parte dos outros detentores do poder, fazendo com que, a partir dessa distribuição, o poder político esteja controlado. Com efeito, segundo Loewenstein, “el constitucionalismo caracteriza a una sociedad estatal basada en la libertad e igualdad y que funciona como Estado de Derecho”.<sup>193</sup>

Em uma perspectiva histórica, no sentido de uma definição do constitucionalismo moderno, ele pode ser entendido como um movimento político, social e cultural, ocorrido a partir de meados do século XVIII, que objetivou se opor ao tradicional domínio político (antigo regime), fazendo surgir uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.<sup>194</sup> Sua origem está ligada ao aparecimento de uma constituição escrita, possuidora de uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas; contrária, portanto, à ideia vigente na tradição medieval, a qual se lastreava em “leis fundamentais” consuetudinárias.<sup>195 196</sup>

<sup>191</sup> Na mesma linha, veja-se o que aponta Choukr: “Desta forma, o primeiro ato de manifestação da razão no plano forma-material e que serve como obstáculo ao exercício irrestrito do poder, é o ato de *fundação* da sociedade a ser regida, que ocupará espaço central na legitimação e na legalidade do exercício do poder. Historicamente ocupa esse papel um conjunto de normas especialmente destinado para refrear o poder da organização que se convencionou chamar de Estado, um texto ao qual, como sobejamente é sabido, dá-se o nome de *constituição* e que, pela característica morfológica da palavra, esconde o perfil fundamental – no sentido de algo que pertence a fundação – que possui”. (CHOURKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 16-17).

<sup>192</sup> MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 314.

<sup>193</sup> LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 50-51.

<sup>194</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 52.

<sup>195</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 25.

<sup>196</sup> Observe-se, no entanto, o alerta de Loewenstein, que aponta a possibilidade de existência de Constituições não escritas: “Allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitacion trae consigo restricción y control. La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa – constitución en sentido espiritual, material – o

Dentro desse contexto, aponta-se a necessidade de surgimento de uma Constituição, a qual se entende como, de acordo com Canotilho, a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”<sup>197</sup>. A partir disso, conforme o autor, pode-se estabelecer uma concepção ideal de Constituição, calcada em três aspectos: “(1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um “poder limitado e moderado”<sup>198</sup>. Desse modo, em resumo, a Constituição visava a limitar o poder político e reconhecer direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, esclarece Matteucci:

(...) se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole. En efecto, la constitución no sólo regula el funcionamiento de los organismos del Estado, sino que además consagra los derechos de los ciudadanos, puestos como límites al poder del Estado.<sup>199</sup>

O constitucionalismo moderno se liga, inevitavelmente, ao racionalismo iluminista, sendo a Constituição um “produto da razão”. Esse “produto da razão” é colocado em prática por meio da linguagem escrita, que expressa, formalmente, esse fenômeno de racionalização da ordem política. Nesse contexto, a racionalização promove uma lei abstrata e universal, que possui um sentido não histórico, na medida em que rompe com as leis fundamentais do reino (da época do Estado Absoluto).<sup>200</sup>

Além disso, o constitucionalismo, visto nessa perspectiva histórica, possui uma relação intrínseca com o liberalismo. Isso porque, segundo Canotilho, “a

---

bien podrá estar contenida en un documento escrito – constitución em sentido formal-. (LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 150-151). Para o autor, a existência de uma constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo, tendo-se em vista que organizações políticas anteriores viveram sob um regime constitucional (como os hebreus os gregos, os romanos...), pois possuíam limites ao poder profundamente enraizados nas convicções da comunidade e nos costumes. (LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 154).

<sup>197</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 52.

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> MATTEUCCI, Nicola, op. cit., p. 25.

<sup>200</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 107-108.

sociedade burguesa fornecia o substrato ideológico ao Estado constitucional e, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico<sup>201</sup>. A economia capitalista, embasada no liberalismo econômico, necessitava de segurança jurídica, a qual era inexistente no Estado Absoluto, tendo-se em vista os amplos poderes de intervenção do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos, bem como na alteração e revogação das leis. Essa necessária certeza do direito é fornecida pelo constitucionalismo liberal, pois o Estado passa a ser submetido à lei, de acordo com o jurista, promovendo, de acordo com o jurista, a proteção do “sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado”<sup>202</sup>. Nesse contexto, Moreira aponta as seguintes bases do constitucionalismo que emergiu das revoluções liberais: “soberania popular, governo representativo, subordinação do poder à lei, divisão dos Poderes, reserva de lei e legalidade da administração”<sup>203</sup>. Por isso, conforme Loewenstein, deve-se considerar que “desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideologia liberal”<sup>204</sup>.

É por esses motivos que a Constituição advinda do modelo liberal do século XVIII era considerada como um limite à ação do poder público, constituindo-se, nas palavras de Teixeira, “em um marco inicial daquilo que será a pauta de conduta político-jurídica que todos – seja o Estado ou os indivíduos – deverão se guiar: o Estado de Direito”<sup>205</sup>, e passando a garantir direitos que antes eram infraconstitucionais, limitando-se, assim, o poder soberano em decorrência das necessidades dos cidadãos.<sup>206</sup>

De tudo isso, cumpre, por fim, referir que a Constituição originária é a Constituição do Estado Liberal burguês, estando lastreada, portanto, de acordo com Moreira, nestes pressupostos: “redução do Estado às tarefas de garantia da liberdade e da segurança, participação política reservada à burguesia, separação

---

<sup>201</sup> Ibid., p. 109.

<sup>202</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 109.

<sup>203</sup> MOREIRA, Vital, op. cit., p. 314.

<sup>204</sup> LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 151.

<sup>205</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do Direito*. In: A constitucionalização do Direito. Anderson Vichinkeski Teixeira e Luiz Antônio Longo (Coord.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 47.

<sup>206</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit., p. 47-48.

Estado/sociedade, administração dedicada às tarefas de ordem pública e de polícia, economia entregue à auto-regulação do mercado”<sup>207</sup>.

Nesse enfoque, o Direito Penal, do mesmo modo, não ficará imune aos postulados do Liberalismo, sendo visto como um meio de garantia de uma intervenção mínima estatal, protegendo o cidadão das intervenções do Estado. O processo penal, antes confundido com o Direito Penal, do mesmo modo, será influenciado por esses pressupostos, quando se inicia a verificação da necessidade de implementação de um sistema acusatório.

---

<sup>207</sup> MOREIRA, Vital, op. cit., p. 314-315.

## 2 A POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA

Conforme Maier, mostra-se importante analisar os principais problemas atinentes à política criminal na valorização da aplicação do poder penal do Estado, porque o “problema penal” “es único y alcanza a todos sus sectores componentes, las ramas jurídicas en las que, de ordinário, se divide el poder penal del Estado: Derecho penal, processo penal y de ejecución penal”<sup>208</sup>. Por esse motivo, nesse momento, proceder-se-á na análise dos principais fatores atinentes à expansão do Direito Penal, atrelando-os, ao final, também ao processo penal.

### 2.1 SOCIEDADE DO RISCO

O modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade do Risco. Isso se dá porque vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos. Nesse sentido, convém recordar o pensamento de Zygmunt Bauman, no que ele refere como “modernidade líquida” esse novo contexto de instabilidade social.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> MAIER, Julio B. J, op. cit., p. 371.

<sup>209</sup> A expressão líquida é usada para se referir às características da nossa era, tendo-se em vista que os fluídos “diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluídos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente ao seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas.” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 8). O autor aponta que a modernidade foi um processo de “derretimento dos sólidos” desde o início. Os primeiros a serem derretidos foram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que impediam as iniciativas. Com isso se libertou, progressivamente, a economia de seus tradicionais empecilhos políticos, éticos e culturais, definindo-se uma nova ordem, lastreada em termos econômicos. Hoje, percebemos ter havido uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade, os quais afetaram as instituições existentes, como os estamentos hereditários. Com isso, as pessoas foram libertadas de

A expressão Sociedade do Risco foi criada por Beck<sup>210</sup>, termo que dá título à sua obra: *Risikogesellschaft*. Nesse sentido aduz Silva Sánchez que, desde o referido livro, é comum nossa sociedade pós-industrial ser caracterizada desse modo. Isso porque assistimos a uma economia rapidamente variante e ao aparecimento de avanços tecnológicos sem precedentes na história da humanidade. Conforme o autor, “o extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas”.<sup>211</sup>

Antes de adentrarmos nas características da Sociedade do Risco, cumpre referir brevemente, para que se possa abordar o assunto em questão, que Beck

---

suas “velhas gaiolas” e, ao mesmo tempo, censuradas caso não consigam se realocar na moldura das classes. Conforme Bauman, “a tarefa dos indivíduos livres era usar sua nova liberdade para encontrar o nicho apropriado e ali se acomodar e adaptar: seguindo fielmente as regras e modos de conduta identificados como corretos e apropriados para aquele lugar” (BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 13). Atualmente, os padrões e configurações não são mais “dados”, são muitos, chocam-se e contradizem-se. A modernidade vai, então, iniciar quando o espaço e tempo passam a ser separados, podendo ser caracterizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação. E isso porque a velocidade do movimento através do espaço passa a ser uma questão de engenho, da imaginação e da capacidade humana. Nesse sentido explica Bauman: “Quando a distância percorrida numa unidade de tempo passou a depender da tecnologia, de meios artificiais de transporte, todos os limites à velocidade do movimento, existentes ou herdados, poderiam, em princípio, ser transgredidos. Apenas o céu (ou, como acabou sendo depois, a velocidade da luz) era agora o limite, e a modernidade era um esforço contínuo, rápido e irrefreável para alcançá-lo” (BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 16). Com isso, a velocidade do movimento se tornou a principal ferramenta de poder e dominação. E, nesse contexto, o que leva muitos a falarem em pós-modernidade ou segunda modernidade é o fato de que a aceleração da velocidade do movimento chegou ao seu limite natural. De acordo com Bauman, “o poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico” (BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 18), reduzindo-se o tempo à instantaneidade. Com o advento do telefone celular, por exemplo, o poder se tornou extraterritorial, não mais limitado ou desacelerado pela imposição do espaço – sequer é necessário o acesso a um ponto telefônico para que uma ordem seja cumprida. De tudo isso, a desintegração social se apresenta como condição e resultado da nova técnica de poder, que tem como elementos o desengajamento e a “arte da fuga”. Para o poder fluir, o mundo deve estar livre de quaisquer barreiras ou fronteiras, com o que qualquer rede densa de laços sociais, especialmente se estiver territorialmente enraizada, deve ser eliminada, pois os poderes globais querem tirar proveito de sua contínua e crescente fluidez. E é a fragilidade, o “quebradiço”, o imediato desses laços humanos que dão espaço para que esses poderes ajam dessa forma. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 7-22).

<sup>210</sup> Conforme alerta o próprio autor: “El término *sociedad* (industrial) *del riesgo* há obtenido también y esencialmente en este sentido (empleado desde hace más que un año contra mucha resistencia de voces interiores y exteriores) un resabido amargo de verdad. Mucho de lo que he obtenido argumentativamente al escribir (la imperceptibilidad de los peligros, su dependencia respecto del saber, su supranacionalidad, la «explotación ecológica», el paso de la normalidad a la absurdidad, etc.) se lee después de Chernobil como una trivial descripción del presente. ¡Ojalá hubiera sido sólo la prognosis de un futuro que había que evitar!” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, 14).

<sup>211</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29.

distingue dois conceitos de modernização: a modernização denominada de simples, ocorrida durante o período industrial, e a modernização a que ele chama de reflexiva, ocorrida nos tempos atuais.

A modernização reflexiva deve ser entendida, de acordo com Machado, como “o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em auto-destruição”.<sup>212</sup> Em outras palavras, conforme Lazo, a reflexividade está no fato de que a civilização colocou em perigo a si mesma, pois “sus mismos progresos desencadearan una producción de nuevos riesgos que se revisten de una importancia inédita y particular”.<sup>213</sup>

Nesse sentido, esse processo de “reflexividade” da atual modernidade é, em realidade, um confronto das bases traçadas na modernidade industrial com as consequências da própria modernização. Tal confronto, no entanto, não decorreu de uma necessidade de oposição ao modelo industrial, mas do seu próprio desenvolvimento desmedido, que acarretou, nas palavras de Machado, “efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial”.<sup>214</sup> Assim, quanto mais se desenvolvia o processo de modernização, mais se consumiam as bases do modelo industrial, culminando tal processo na Sociedade do Risco.<sup>215</sup>

A modernidade atual (reflexiva) pode, ainda, na linha de intelecção de Beck, ser dividida em dois estágios: o correspondente à “reflexividade”, que é justamente esse confronto das matrizes da modernidade industrial com as consequências de sua própria evolução; e o relacionado à “reflexão”, que se caracteriza pela conscientização da modernização. Desse modo, num primeiro momento, há um desenvolvimento autônomo, despercebido e irracional que leva à Sociedade do Risco (reflexividade), para, posteriormente, haver uma tomada de consciência, tornando-se o risco alvo de consideração pública, política e científica (reflexão). Assim, o aparecimento dos riscos se deu diante de uma perspectiva de normalidade, para, posteriormente, virem a figurar como uma ameaça à humanidade. Conforme Machado, essa teoria da Sociedade do Risco vem a surgir com a percepção social

---

<sup>212</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

<sup>213</sup> LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: *Política Criminal y Sistema Penal*. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Iñaki Rivera Beiras e Gemma Nicilás Lazo. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 226-235.

<sup>214</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 30.

<sup>215</sup> Ibid.

do surgimento dos riscos tecnológicos globais, considerando, a autora, ser esta “uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento”.<sup>216</sup>

Outro autor que aborda o assunto, Campione, explica o fato de Beck realizar a distinção entre primeira (correspondente à era industrial) e segunda modernidade (correspondente à Sociedade do Risco):

En esta obra, el sociólogo alemán proponía una distinción entre una primera y una segunda modernidad en la cual, con el primer término, pretendía describir una sociedad estatal y nacional, con estructuras colectivas, el pleno empleo, una industrialización rápida y una explotación de la naturaleza no «visible». En resumidas cuentas, el modelo desarrollado en Europa occidental desde el siglo XVIII, un modelo en el cual «las relaciones y redes sociales y las comunidades de entendien esencialmente en su sentido territorial» (Beck, 2002, 2). En la actualidad, según Beck, estaríamos ante una «segunda modernidad», una suerte de modernización de la modernidad que asume los rasgos de una modernidad reflexiva donde los fundamentos, las insuficiencias y las antinomias de la primera modernidad se ven cuestionadas y se vuelven objeto de «reflexión». Dentro de este marco se estarían afirmando nuevos estilos de vida y un nuevo modelo de sociedad capitalista, con nuevos procesos y nuevos retos como la globalización, la individualización, la crisis ecológica y las turbulencias de los mercados financieros.<sup>217</sup>

E, ainda, nos termos do próprio Beck:

Si podemos denominar reflexividad a la transición autónoma, no intencional y no percibida, cuasi refleja, desde la sociedad industrial a la sociedad del riesgo —en distinción y oposición a la reflexión—, entonces “modernización reflexiva” significa autoconfrontación con las consecuencias de la sociedad del riesgo que no pueden abordarse y resolverse (adecuadamente) en el sistema de la sociedad industrial (Beck, 1992), es decir, según los parámetros de los propios estándares institucionalizados de la sociedad industrial. En una segunda fase esta constelación puede, a su vez, convertirse en objeto de reflexión (pública, política y académica), pero esto no debe

<sup>216</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 31.

<sup>217</sup> CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollateralschadengesellschaft*. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio Gracia Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds.). Barcelona: Atelier, 2003, p. 11-26.



encubrir el “mecanismo” de la transición, carente de reflexión, cuasi reflejo. Esto se produce y deviene real precisamente a través de la abstracción de la sociedad del riesgo.<sup>218</sup>

Reconhecidos os efeitos da modernização, e percebido que os riscos tecnológicos são derivados da ação humana, conforme Callegari e Wermuth, “os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas”,<sup>219</sup> bem como se atenta para os mecanismos de controle e distribuição dos riscos, principalmente no que tange à constatação da ineficiência dos mecanismos atuais e a consequente busca por novas alternativas. Por essas razões, referidos autores definem a Sociedade do Risco como: “um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade”.<sup>220</sup>

Compreendidas, assim, as bases da teoria de Beck, torna-se fácil perceber a Sociedade do Risco como aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e econômicos propiciam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém, também trazem aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança<sup>221</sup>. Conforme Zuñiga Rodríguez, passa-se a ter consciência de que a tecnologia tem proporcionado indubitáveis benefícios à vida humana “pero también, al poseer su propio dinamismo y sus peculiares reglas que escapan a la voluntad humana, se impone una «lógica del riesgo», en tanto, se presentan peligros irreversibles para las plantas, los animales y las personas”.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 115.

<sup>219</sup> MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, op. cit., p. 32.

<sup>220</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

<sup>221</sup> Nesse mesmo sentido Mulas aponta: “se caracteriza pela aparição de novos avances tecnológicos y ello, sin duda, ha significado un notable aumento del bienestar individual, pero también ha acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere. La revolución científica y técnica, como tendremos ocasión de comprobar, constituye tanto factor de progreso como motivo acuciante de nuevas desigualdades en la sociedad internacional. Aporta todo un arsenal de expectativas que pueden servir tanto para liberar al hombre de sus servidumbres frente a la naturaleza, como para imponerle nuevas y mucho más sofisticadas técnicas de dominación frente a sus semejantes”. (MULAS, Nieves Sanz. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. In: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p. 09-28.)

<sup>222</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga, op. cit., 2001, p. 259.

Nesse passo, o manuseamento das tecnologias atinentes à biologia, à informática, à indústria química e à energia nuclear, por exemplo, traz riscos que ameaçam o meio ambiente e a vida humana. De acordo com Machado, “a própria modernização trouxe consequências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo”.<sup>223</sup> Nesse sentido, Buergo aborda o surgimento dessas novas atividades tecnológicas, as quais concentram um enorme potencial de capacidade lesiva, podendo produzir efeitos danosos com ampla difusão (alcançando as futuras gerações), o que, atrelado às dificuldades de sua limitação espacial e temporal, constitui aspecto peculiar dos novos riscos.<sup>224</sup>

Sobre esse aspecto, em relação à passagem de uma Sociedade Industrial clássica, na qual havia uma confiança no progresso e na evolução científica, à atual Sociedade do Risco, preocupada e consciente dos riscos que o próprio desenvolvimento tecnológico e científico, descontroladamente, criou, Lazo afirma parecer nos estar reservado um destino de perigo do qual não há como escapar. A sociedade industrial clássica, alicerçada em seus parâmetros de Estado nacional soberano, de confiança no progresso, do conhecimento científico e do bem-estar, transformou-se na Sociedade do Risco, organizada ao redor do conceito de risco e gestora de seus conflitos em “términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo”.<sup>225</sup>

Claro está, portanto, que o fato de vivermos em uma sociedade denominada do risco significa que os descontrolados avanços econômicos e tecnológicos e da ciência no geral, apesar de proporcionarem maior facilidade para a vida humana, ameaçam a sua própria existência. Dito isso, com base na obra de Machado, cumpre-se proceder, atrelado ao que ela denomina da perspectiva principal, qual seja: o fato de os riscos de uma consequência normal do progresso tecnológico (como eram vistos na modernidade industrial) passarem a ser percebidos como uma ameaça à existência da vida humana “gerar uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e

---

<sup>223</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 36.

<sup>224</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

<sup>225</sup> LAZO, Gemma Nicolas, op. cit., p. 226-235

insegurança”,<sup>226</sup> na enumeração, resumidamente, das mais importantes características da dinâmica sociopolítica dos riscos.

Inicialmente, os novos riscos se diferenciam das catástrofes naturais, na medida em que eles advêm de decisões humanas tomadas em um âmbito industrial ou técnico-econômico, enquanto que as catástrofes eram atribuídas à natureza e ao destino. Nesse aspecto, para a autora:

A característica definidora dos novos riscos - e o que os diferencia dos perigos desde os medievais até os da primeira modernidade - é a idéia de que esses riscos, necessariamente, derivam de decisões humanas. Acontecimentos como as pragas, a fome, os desastres naturais podem ser diferenciados dos riscos derivados das *megatecnologias*, substancialmente, por não se encontrarem lastreados em decisões. Os novos riscos presumem decisões industriais, especificadamente, decisões que tem seu foco em vantagens e oportunidades econômicas, baseadas em critérios de utilidade.<sup>227</sup>

A artificialidade dos riscos (termo utilizado por Ripollés para designar os riscos “en cuanto producto de nuevas actividades humanas”)<sup>228</sup> também é frisada por Buergo, que destaca o fato de a sociedade atual se caracterizar “por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son «artificiales», en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de este”.<sup>229</sup>

E, nas palavras de Beck, sobre a relação entre os riscos e as decisões humanas:

Los dramas humanos - las plagas, enfermedades y desastres naturales, el poder de los dioses y demonial al acecho - puede equivaler cuantificablemente, o no, al peligro del potencial destructivo de las modernas megatecnologías. Difiere esencialmente de los “riesgos” en el sentido que yo les doy en que no se basan en decisiones o más específicamente, en decisiones que se centran en las ventajas y oportunidades tecnoeconómicas y aceptan los peligros como el simple lado oscuro del progreso. Ése es el primer punto que resalto: los

<sup>226</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 38.

<sup>227</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 51-52.

<sup>228</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado. In: *Política Criminal, Estado e Democracia*. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81-128.

<sup>229</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 26.

riesgos presumen decisiones y consideraciones de utilidad industrial es decir, tecnoeconómica.<sup>230</sup>

Nesse contexto, de acordo com Silva Sánchez, os avanços propiciam o que ele denomina de “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”,<sup>231</sup> o que significa que o risco a que um cidadão está submetido depende de decisões que outro cidadão precisa tomar no manejo dos avanços tecnológicos industriais, biológicos, genéticos, de energia nuclear etc.<sup>232</sup>

Outra característica dessa sociedade atual está no fato de que esses riscos se apresentam como efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, sendo consequências imprevisíveis e secundárias do progresso tecnológico. Nas palavras de Buergo isso se explica pois os riscos “contituyen siempre efectos indeseados, a menudo no previstos y a veces imprevisibles de un actuar humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados”.<sup>233</sup> Campione, nessa linha de inteligência, alerta para o fato de que, na sociedade industrial clássica, as pessoas estariam expostas ao que se pode chamar de risco “externo”, correspondente a riscos que, embora ocorressem de forma inesperada, poderiam, devido à seguida frequência com que se produziram, ser previstos e, dessa forma, asseguráveis. Por outro lado, em sendo o risco “fabricado” (fruto da ação humana) tem-se a situação de serem “en muchos casos imprevisibles”.<sup>234</sup> Por essa razão, Callegari e Wermuth alertam ser “intrínseco a esses novos riscos um componente futuro, ou seja, relacionado com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente”.<sup>235</sup>

Nesse contexto, Quiroga alerta para as múltiplas situações em que não conhecemos os riscos a que enfrentamos, bem como para o fato de os novos riscos não serem provenientes de forças da natureza:

Por ejemplo, nadie sabe los riesgos que para la salud o para la naturaleza, conportan los alimentos transgenicos (es decir, que han sido alterados genéticamente), de ahí se propugne la aplicación del llamado principio del precaución. Otro ejemplo de nueva forma de riesgo muy conocida es la del calentamiento

<sup>230</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 78.

<sup>231</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 29.

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 27.

<sup>234</sup> CAMPIONE, Roger, op. cit., p. 14.

<sup>235</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 14.

global. (...) En realidad, en la sociedad postmoderna los riesgos no proceden de la naturaleza, sino de los avances técnicos y del desarrollo social debido a ellos. En definitiva, los riesgos de la sociedad proceden de la propia sociedad. Los peligros derivados de la naturaleza no son fácilmente controlables, pero debe investigarse si los grandes desastres naturales no proceden, como consecuencias no evaluadas previamente, de riesgos provocados por la actuación del hombre.<sup>236</sup>

Além disso, as contaminações nucleares ou químicas, por meio de radioatividade ou substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos, a degradação ambiental e o aquecimento global, por exemplo, podem causar danos irreversíveis à saúde humana, podendo, tais lesões, inclusive, permanecer invisíveis por extenso período de tempo. Pode-se dizer, nesse contexto, que esses riscos de procedência humana são indeterminados espacial (globalização) e temporalmente, e, ademais, muitas vezes, podem possuir dimensões e potenciais destrutivos maiores do que aqueles provenientes da natureza. Nessa linha, alerta Buergo para o fato de esses riscos ameaçarem a própria existência da humanidade “ya que al tratarse de «grandes riesgos tecnológicos», ligados a la explotación y manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, de riesgos ecológicos, o de los que pueda llevar consigo la tecnología genética, suponen posibilidades de autodestrucción colectiva.”<sup>237</sup>

Justamente em face dessa indeterminação, de acordo com Machado, “os novos riscos fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo,<sup>238</sup> da estatística e

---

<sup>236</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: *Derecho y justicia penal em el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 50-66.

<sup>237</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit. p. 26.

<sup>238</sup> Cunpre, aqui, transcrever a esclarecedora explicação de Lazo acerca desses cálculos: “El concepto de «riesgo» va aparejado en términos como probabilidad, futuro, incerteza. Su gestión, ya que los riesgos no son irradicables, ha de ir acompañada de algún tipo de garantía o aseguramiento que minimice sus efectos o, simplemente, los distribuya. La gestión del riesgo pasaría en primer lugar, por una fase de definición o concepción, que llevaría a la realización de un cálculo probabilístico. Bajo la base de este cálculo se podría elaborar algún plan de aseguramiento que permitiese su redistribución. Se trata de una previsión basada, pues, en un cálculo actuarial”. Em nota de rodapé, utilizando-se da definição do Dicionário de la Lengua Española, ainda esclarece o que deve ser entendido por actuarial: «Actuarial» es un adjetivo que significa «relativo al actuario de seguros o a sus funciones», es decir relativo a cálculos matemáticos y a conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, propios de las entidades aseguradoras”. (LAZO, Gemma Nicolas, op. cit., p. 230.) Sobre esse aspecto Campione alerta para: “la posibilidad de calcular la prima de un seguro de coche no se puede aplicar, por ejemplo, a los efectos a largo plazo causados por el accidente de Chernóbil, el mal de las vacas locas (BSE) o el agujero en la capa de ozono”. (CAMPIONE, Roger, op. cit., p. 15).

da monetarização”,<sup>239</sup> o que significa que a eles não podem ser aplicadas as regras da causalidade e da culpa, bem como, dificilmente se poderá medir qualquer compensação ou indenização deles emanadas, conforme a autora, “quer porque suas consequências não podem ser limitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório”.<sup>240</sup>

De tudo isso, Beck resume os principais aspectos da Sociedade do Risco, exemplificando por meio do acidente de Chernobyl:

Como resultado también puede captarse con mayor claridad la diferencia que marca época y distingue los riesgos de la sociedad industrial y del orden social burgués de los peligros y exigencias de la sociedad del riesgo. E acceso de la sociedad del riesgo se produce en el momento en el que los peligros que la sociedad decide ahora y produce consecuentemente *socavan y/o anulan los sistemas de seguridad establecidos por el cálculo de riesgos existente en el estado de bienestar*. En contraste con los primeros riesgos industriales, los riesgos nuclear químico, ecológico y de la ingeniería genética: (a) no pueden ser limitados ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al espacio, (b) no es posible exigir responsabilidades por ellos conforme a las normas establecidas de causalidad, culpa y responsabilidad legal, y (c) no pueden ser compensados ni es posible asegurarse contra ellos (Beck, 1994, p. 2). O, para expresarlo por referencia a un único ejemplo: hoy todavía no han *nacido* todos los afectados por Chernobil, años después de la catástrofe.<sup>241</sup>

Por tudo isso, pode-se perceber que vivemos no que se denomina Sociedade do Risco, o que significa estarmos submetidos a riscos inclusive até então desconhecidos e que fogem da capacidade humana de controle. Nesse contexto, todos os aspectos elencados acima acabarão por influenciar o Direito Penal.

Destacando essa consequente e inevitável relação entre Sociedade do Risco e Direito Penal, Buergo afirma que “naturalmente, el terreno de la política criminal y de su plasmación en la legislación penal no sólo no permanece inmune a

---

<sup>239</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 41.

<sup>240</sup> Ibid.

<sup>241</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 120.

este desarrollo típico de la sociedad del riesgo, sino que es especialmente sensible al mismo”.<sup>242</sup>

De início, tem-se como tendência desse Direito Penal ligado aos riscos a criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso. Isso porque a Sociedade do Risco traz novas realidades, novas necessidades, que, a partir do momento em que intituladas de bens jurídicos, ensejariam a proteção penal. Albrecht elenca como exemplos das atuais demandas de criminalização a proteção de dados, a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, do ar e da água, os perigos da tecnologia genética, a proliferação de mulheres estrangeiras na prostituição e etc.<sup>243</sup>

Nesse aspecto, verifica-se a ocorrência de uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso. De acordo com Ripollés, os “componentes materiais” desses bens jurídicos seriam diferentes dos bens jurídicos tradicionais, visto que “producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales”.<sup>244</sup>

Silva Sánchez, por sua vez, alerta par o fato de que o surgimento desses novos bens jurídicos e a antecipação das fronteiras da proteção penal “vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais, passando por todas as modalidades intermediárias”.<sup>245</sup>

No mesmo sentido, para Machado, os riscos advindos da tecnologia voltaram a proteção penal a bens jurídicos não mais individuais, relacionados à pessoa e com uma vítima definida, mas sim a interesses supraindividuais e universais.<sup>246</sup> Dessa feita, esse processo de ampliação do tradicional âmbito dos bens jurídicos individuais ao abarcamento de bens jurídicos supraindividuais se tem denominado desmaterialização, espiritualização ou dinamização dos bens jurídicos.

---

<sup>242</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds). Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89

<sup>243</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 471-487.

<sup>244</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007, p. 136.

<sup>245</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 113.

<sup>246</sup> MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, op. cit., p. 102-103.

Assim, de uma concepção clássica, desenvolvida por Birnbaum, em que o critério do bem jurídico era uma limitação ao *jus puniendi*, e historicamente vinculada à ligação da pessoa com o bem (“relação do sujeito com o objeto de valoração”), de conteúdo material, passou-se à ideia de tutela de bens jurídicos supraindividuais, imateriais e imprecisos, gerando-se, por essa razão, uma crise de sua intrínseca função de legitimação da intervenção penal.<sup>247</sup>

Por esses motivos, para Buergo, essas modificações têm proporcionado muitas discussões doutrinárias em relação à dogmática e à política criminal que admitirão a inclusão dessas novas esferas de proteção. A autora, resumidamente, aponta os principais problemas em debate:

La «desmaterialización» y difuminación del bien jurídico tiene, sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso, para determinar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica; establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima, así como, finalmente, aunque de no menor importancia, la cuestión de las posibles tensiones que pudieran surgir con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor. Todas estas dificultades se agravan con la combinación de la tutela penal de estos «nuevos» bienes con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro –especialmente abstracto-, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso de «titular» de tales bienes jurídicos – en ocasiones su ataque no tiene «víctimas» definidas- se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto. Ello resulta, por tanto, particularmente preocupante cuando no se trata de la tutela de bienes supraindividuales con un referente claro a los bienes individuales vida, salud, integridad de la persona, sino de bienes de «nuevo cuño» sin referentes tan claros, como los del Derecho penal socioeconómico o el ambiental, entre otros.<sup>248</sup>

Dessa forma, percebe-se que acabou por ser alterada a clássica função de limitação e justificação da punição penal pela proteção de bens jurídicos, fazendo-se

<sup>247</sup> Ibid., p. 103-106.

<sup>248</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 69-70.



com que essa proteção passasse a ser vista, do contrário, como um critério de ampliação da intervenção do Direito Penal. Na lição de Buergo, “la progresiva *expansión* del significado del concepto de bien jurídico acompaña un paulatino *desvanecimiento* tanto de sus referentes empíricos, como de su función de *garantía* de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal”.<sup>249</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Callegari e Reindolff da Motta alertam para o fato de a proteção a bens jurídicos ter ultrapassado sua função de limitação à incriminação de condutas que não os lesionassem para a assunção de um caráter de exigência de punição. Conforme os autores, transformou-se “a proteção de bens jurídicos num mandato para penalizar em lugar de ser uma proibição condicionada de penalização”.<sup>250</sup> Da mesma forma, para Gomes e Bianchini, a função de garantia do bem jurídico, ou seja, a ideia do bem jurídico como limitador do *jus puniendi* estaria em debate.<sup>251</sup> No mesmo sentido, para Hassemer:

La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originalmente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó.<sup>252</sup>

Por essas razões, conforme Machado, para a proteção penal desses novos bens jurídicos, em razão da dificuldade encontrada para a adoção dos critérios de causalidade e dano devido ao seu caráter universal, foi necessária a “operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional”, visto que cada vez mais distante a presença de efetivas lesões, chegando-se à criminalização de condutas apenas supostamente perigosas. Diante disso, face ao aparecimento dos novos riscos, observa-se, também, que a punição de condutas que lesionem

<sup>249</sup> Ibid., p. 77.

<sup>250</sup> CALLEGARI, André Luis, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 13.

<sup>251</sup> GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

<sup>252</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 47.

bens jurídicos passou à punição de ações referentes à “transgressão a uma norma organizativa”, sem a necessidade da ocorrência de um resultado efetivo.<sup>253</sup>

Nesse contexto, de acordo com Machado, a proteção dos bens de caráter supraindividual, além de contradizer a noção clássica individualista de bem jurídico, proporciona a substituição da tutela de bens concretos à tutela de “funções, instituições e modelos de organização”, restando ao Direito Penal, desse modo, ser um reforço às normas e funções administrativas.<sup>254</sup> Nessas circunstâncias, em uma perspectiva funcionalista e de caráter administrativo, os tipos penais passaram a ser criados não com a descrição de um “fato bruto”, mas a partir da “violação de regras técnicas e burocráticas da administração do bem, ou seja, incorporam comportamentos que se supõe nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido”.<sup>255</sup> Com efeito, conforme alerta Moccia, o ordenamento jurídico penal assume uma função meramente dirigista, deixando de somente repreender condutas que imediatamente ataquem a um bem e castigando, por outro lado, a não observância de normas organizativas ao invés de fatos socialmente danosos.<sup>256</sup> Por essa razão, Gomes e Bianchini concluem que “já não se protegem bens dos seres humanos, senão exclusivamente ‘funções’, ‘instituições’, ‘ideais’: já não é necessário uma vítima (de carne e osso) ou ao menos um ato de violação ao bem jurídico”.<sup>257</sup>

Do mesmo modo, para Silva Sánchez há, então, o que pode ser chamado de “administrativização” do Direito Penal:

De fato, essa orientação à proteção de *contextos* cada vez mais genéricos (no tempo e no espaço) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de “intensidade baixa”. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o direito penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”.<sup>258</sup>

<sup>253</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 107.

<sup>254</sup> Ibid., p. 111.

<sup>255</sup> Ibid., p. 113.

<sup>256</sup> MOCCIA, Sérgio, op. cit., p. 113-141.

<sup>257</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 102.

<sup>258</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 114.

Em tese, as incriminações a essas normas de conduta se justificariam pois produziriam lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. No entanto, o que na verdade ocorre é, quando muito, um remoto vínculo ao bem tutelado, podendo, em realidade, a norma ser vista como a simples violação de um dever de conduta positivado extrapenalmente, ou seja, como a mera não observância de outra norma.<sup>259</sup> Diante disso, verifica-se a tipificação de condutas de “atuar sem licença do órgão administrativo competente”, por exemplo. Nesse prisma, percebe-se que a criminalização de infrações normalmente administrativas só contemplam uma “perspectiva material” se praticadas por diversas pessoas. Do contrário, analisada a conduta típica de um modo isolado sequer o perigo abstrato ao bem jurídico poderá ser constatado. Como exemplo desse aspecto Silva Sánchez traz o delito ambiental de “despejar resíduos”. A conduta de uma única empresa certamente não afetará o bem jurídico meio ambiente, no entanto, se diversas empresas fizerem o mesmo aí sim poderemos verificar um efeito lesivo.<sup>260</sup> Por esse motivo o autor aduz que “é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo”.<sup>261</sup> Dessa forma, o injusto estará muito mais ligado no “desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que no desvalor do resultado – que se faz cada vez mais difícil de identificar e mensurar”.<sup>262</sup>

Por essas razões, pode-se dizer que a finalidade estará em proteger a vigência da norma.<sup>263</sup> Aproximam-se, assim, o Direito Penal e o Direito Administrativo, o que enseja a aparição, por exemplo, de normas penais em branco por meio de uma acessoriedade administrativa.<sup>264</sup> Conforme Gomes e Bianchini,

---

<sup>259</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 114.

<sup>260</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 118-120.

<sup>261</sup> Ibid., p. 120.

<sup>262</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 114.

<sup>263</sup> Nesse contexto cumpre referir que Günter Jakobs defende que o Direito Penal deve proteger a vigência da norma, e não bens jurídicos. Seu posicionamento pode ser encontrado na obra: *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

<sup>264</sup> Normas penais em branco são normas que necessitam de uma complementação, sendo insuficiente a descrição típica feita na lei penal. Bittencourt explica que “leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152). Ainda, na lição de Mir Puig: “Se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de

verifica-se um “deslocamento dos limites do conteúdo do injusto a difusos setores da administração pública – leis penais em branco”.<sup>265</sup> Nesse mesmo sentido explica Hassemer, referindo-se ao Direito alemão:

Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. Assim, o que vemos com a nossa experiência é que o Código ambiental não pode descrever o delito, como no caso do homicídio, da fraude, mas pode descrever apenas a sua moldura e o delito efetivo deve ser descrito pela Administração Pública. Nós chamamos a isso de “acessoriedade administrativa”, ou seja, o delito se define por um ato do Poder Executivo.<sup>266 267</sup>

Todos esses aspectos ocorrem porque o Direito Penal da Sociedade do Risco se mostra voltado à ideia de segurança, possuindo a função de evitar a prática de condutas que possam gerar riscos.<sup>268</sup> Por esse motivo Silva Sánchez afirma que a “‘sociedade do risco’ ou ‘da insegurança’ conduz, pois, inexoravelmente, ao ‘Estado vigilante’ ou ‘Estado da prevenção’” e, ainda, que “nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial”.<sup>269</sup> Com isso se adentra no campo dos crimes de perigo,<sup>270</sup> mormente os de perigo abstrato.<sup>271</sup> Por esses motivos, para Gomes e

---

la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos. Pero hay otros aspectos que hacen preferible un concepto algo más amplio de ley penal en blanco, que abarque todos los casos en que el complemento se halla fuera del Código o ley de que se trate, con independencia de si es del mismo o de inferior rango que ésta”. (PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Montevideo: Editorial BdeF, 2008, p. 66–67.)

<sup>265</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 30.

<sup>266</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, nº 8, p. 41-51.

<sup>267</sup> Machado, citando Hassemer, faz o seguinte esclarecimento: “Em outras palavras, o tipo penal não descreve a ação tida como delituosa, como no caso do homicídio ou da fraude, mas descreve apenas a sua moldura, que será preenchida pela administração pública. Apropriando-se do exemplo utilizado por Hassemer: o tipo penal diz, genericamente, que quem polui a água será sancionado, mas quem fixa os limites de poluição e o momento em que começa o ato criminoso é o direito administrativo, isto é, é uma norma de direito administrativo que estatui que quem joga um quilo de sal em um rio não comete delito, mas quem joga uma tonelada sim, pois ultrapassou o limite da segurança estabelecido”. (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 113.)

<sup>268</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 116.

<sup>269</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 127.

<sup>270</sup> Por crimes de perigo podemos entender aqueles em que o bem jurídico penalmente protegido não é lesionado, mas a sua existência é posta em perigo, ou seja, para a configuração do delito basta que o bem jurídico seja ameaçado de sofrer uma lesão. Nesse aspecto, de acordo com Coelho: “crime de perigo é aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano”. (COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Volume 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do rio Grande do Sul, 1998, p. 105). E, conforme Callegari: “crimes de perigo, por sua vez, são aqueles que se

Bianchini, o problema dos bens jurídico-penais de caráter supraindividual não está tanto em sua eleição enquanto dignos de proteção penal, mas na forma como são tutelados, por meio dos crimes de perigo abstrato e das infrações de mera desobediência<sup>272</sup>

Dessa feita, acertadamente conclui Moccia que a incriminação de condutas distantes da ocorrência de uma efetiva agressão ao bem jurídico também põe em xeque a função de delimitação do bem jurídico, “desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista

---

consumam sem a necessidade de lesão, com o simples perigo – insegurança ou probabilidade de lesão – do bem jurídico, supondo, portanto, um adiantamento das barreiras de proteção a uma fase anterior à efetiva lesão ao bem jurídico”. (CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38). Ainda, conforme Bitencourt: “Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 213.)

<sup>271</sup> Cabe aqui referir que os crimes de perigo podem ser divididos em crime de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Em suma, pode-se dizer que os crimes de perigo concreto necessitam da prova da efetiva colocação em perigo do bem jurídico-penal, e os crimes de perigo abstrato, por sua vez, carregam uma presunção de que aquele bem, pela simples prática da conduta, já é ameaçado, prescindindo-se da prova da situação perigosa. Conforme Coelho: “O perigo ‘in abstrato’ é aquele em que a lei, tendo em vista os dados da experiência geral, considera, ‘a priori’, como inserido nessa ou naquela ação ou omissão delituosa, avaliando, antecipadamente, sua potencialidade lesiva. Já o perigo ‘in concreto’ careceria de efetiva averiguação para a plena configuração do respectivo delito, importando, pois, em um juízo ‘a posteriore’ de sua real ocorrência, ou no mínimo, ensejando prova em contrário (presunção ‘*juris tantum*’). Constata-se, em tais crimes, que o tipo penal refere, expressa ou implicitamente, o evento ‘perigo’ em seu aspecto naturalístico. É o caso, por exemplo, de crime de ‘perigo para a vida ou a saúde de outrem’”. (COELHO, Walter, op. cit., p. 109). No que tange a essa distinção, para Bitencourt: “O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 213). Sobre os crimes de perigo abstrato, aduz Callegari: “Nesses delitos, o perigo é presumido pelo legislador (presunção *juris et de jure*), não sendo necessária a prova da existência do perigo. É como se o legislador considerasse que a prática da conduta em si já é suficientemente prejudicial para ser punida”. (CALLEGARI, André Luís, op. cit., p. 39). Nesse sentido, para Hassemer: “Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito”. (HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, op. cit., p. 46). De acordo com Machado, por sua vez: “os tipos de perigo diferem dos de dano pois retratam uma conduta típica que, para se consumir, prescinde da produção do resultado lesivo ao bem jurídico, implicando simplesmente uma possível ameaça de produção de tal efeito. Ocorre, assim, um claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 129. A autora ainda acrescenta que os crimes de perigo abstrato “têm como objetos comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na ideia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa”. (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 130.)

<sup>272</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 83.

de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos”.<sup>273</sup>

Ante o exposto, Mulas chama a atenção para o fato de que, no que tange à proteção de bens jurídico-penais, na Sociedade do Risco, ela gira em torno dos perigos a que tais bens estão submetidos, propiciando-se, assim, o incremento da previsão legal dos delitos de perigo, principalmente os de perigo abstrato. A autora alerta que “más que resultados, ahora se habla de «riesgos», de «peligros», para bienes jurídicos con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad e responsabilidad”.<sup>274</sup>

Por essas razões, a conclusão de Machado é de que os tipos penais de perigo abstrato se constituem em uma estratégia para coibir ataques a bens jurídicos supraindividuais, pois, com relação a eles, é difícil identificar qualquer lesão ou mesmo ameaça.<sup>275</sup> Sobre isso, para Hassemer, o moderno Direito Penal, para justificar sua antecipada intervenção, utiliza-se da técnica dos crimes de perigo abstrato. Para o autor, os delitos de lesão e os de perigo concreto restariam superados. E conclui que a eleição dessa via dos crimes de perigo abstrato se dá pela possibilidade de, através dela, ampliar-se o âmbito de atuação do Direito Penal, já que se prescindindo do prejuízo, prescinde-se também da causalidade. Para o jurista, bastaria, então, “sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente”.<sup>276</sup>

Nesse aspecto, pode-se dizer, na linha do jurista, que o Direito Penal correspondente à Sociedade do Risco vem carregado de uma preocupação com a prevenção, o que, anteriormente, não passava de uma meta secundária.<sup>277</sup> Sobre essa exacerbada ideia de prevenção referem Gomes e Bianchini: “já não importa tanto retribuir proporcionalmente o mal causado, senão prevenir futuras perturbações, mediante a intimidação”.<sup>278</sup>

---

<sup>273</sup> MOCCIA, Sérgio, op. cit., p. 115.

<sup>274</sup> MULAS, Nieves Sanz, op. cit., p. 12.

<sup>275</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 132.

<sup>276</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 55.

<sup>277</sup> Ibid., p. 49.

<sup>278</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 30.

Esclarecido esse ponto, cumpre abordar um fator denominado por Silva Sánchez de “correlação das esferas de organização individual”. Com essa expressão, o jurista quer dizer que a interação entre os indivíduos, sua interdependência na vida social e a existência de uma profunda complexidade das relações e da sociedade em si fazem com que aumente a possibilidade de que um dos tantos contatos que o ser humano possui resulte em alguma lesão. Nesse aspecto, mais uma vez, constata-se uma crescente incidência dos delitos de perigo, especialmente dos de perigo abstrato, que passam a ter maior importância do que os tradicionais delitos de resultado, tendo em vista que esses últimos parecem não mais se mostrar suficientemente satisfatórios como “técnica de abordagem do problema”.<sup>279</sup> Conforme o autor, “daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido)”.<sup>280</sup>

Além disso, a grande interdependência das esferas individuais de cada cidadão faz com que (dentro daquela característica de que os riscos são gerados por condutas humanas) a preservação de bens jurídicos de uma pessoa dependa de atitudes positivas (de controle dos riscos) de outras. Como ressalta Silva Sánchez “as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias”.<sup>281</sup> Em termos de Direito Penal, isso proporciona um aumento da demanda de previsão dos crimes de comissão por omissão (ou comissivos impróprios).<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> Todas essas ideias são abordadas por Silva Sánchez, em SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 28-32.

<sup>280</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 31.

<sup>281</sup> Ibid.

<sup>282</sup> Cumpre trazer uma breve explicação do que sejam crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Nesse contexto, tais delitos são aqueles em que a conduta punível se dá por meio de um não fazer, sendo que essa abstenção parte daquele que possuía o dever de evitar o resultado perigoso ou danoso, ou seja, daquele que chamamos de garante (possuidor de uma função de garantia daquele bem jurídico). Como exemplo clássico, é possível citar a situação da mãe que deixa de alimentar seu filho. A título de esclarecimento, tem-se as definições de alguns autores. Para Régis Prado, “o crime omissivo impróprio consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica). Implícito na norma está uma ordem ou mandato de realizar a ação impeditiva do evento, imputando-o ao omitente que não o evitou, podendo evitá-lo. Trata-se de delito especial, pois tão-somente aquele que estando anteriormente em uma posição de garante do bem jurídico, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é o autor”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 307). Para Cerezo: “Los delitos de comisión por omisión se caracterizan, como

Ainda, na perspectiva de Silva Sánchez, outra característica desse modelo social do risco que afeta diretamente ao Direito Penal é o fato de o crescimento tecnológico proporcionar novos instrumentos para a produção de resultados lesivos dolosamente. É o que ocorre nos crimes de informática (“ciberdelinquência”), por exemplo. A criminalidade organizada também ganha força com os progressos técnicos, visto que facilitam a comunicação entre os membros da organização criminosa. Nas palavras de Silva Sánchez:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência clássica tradicional (a cometida com dolo direto e de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à Internet (a chamada *ciberdelinquência*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade organizada*, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos e os Estados.<sup>283</sup>

Além desse fator, e com maior significado, aumenta o âmbito dos crimes praticados sem intenção. É o que se denomina de falha técnica. Nesse contexto, para Zuñiga Rodríguez, o Direito Penal do Risco está preocupado com as condutas imprudentes, que infringem o dever de cuidado, manifestada, normalmente na falha técnica:

El Derecho Penal del riesgo así concebido, centra su preocupación en las conductas imprudentes, es decir, en las conductas que infringen el deber de cuidado exigido. Si bien en la Sociedad del riesgo, todas las formas de criminalidad se nutren de esta perspectiva, como por ejemplo, la criminalidad

---

vimos, porque contienen un mandato de realizar una acción tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, que si finalmente se produce, se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo”. (MIR, José Cerezo. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Lima: Ara Editores, 2007, p. 1139). Na definição de Coelho: “Em outras palavras, no crime omissivo próprio integra-se a tipicidade como a não realização da atividade devida, descumprindo-se o preceito de agir dessa ou daquela maneira; no omissivo impróprio desatende-se, indiretamente, por omissão, a norma proibitiva de causar um resultado”. (COELHO, Walter, op. cit., p. 86). Ainda, para Bitencourt, “nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o dever de agir é para evitar um resultado concreto, quando o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 236).

<sup>283</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 29-30.



organizada que indudablemente ha avanzado al hilo del desarrollo tecnológico, es sobre todo la criminalidad imprudente la que resulta relevante, porque es la que desencadena los riesgos sociales. Las consecuencias lesivas de los «fallos técnicos» se desencadenan normalmente por un actuar humano imprudente, pero muchas veces, por la confluencia de varios actores humanos no necesariamente coordinados.<sup>284</sup>

Acresça-se a isso o fato de os avanços tecnológicos produzirem um inevitável percentual de acidentes graves, decorrentes da complexidade da rede de tecnologias na qual estamos inseridos. Diante disso se discute a importante questão se tais falhas técnicas devem se enquadrar no âmbito do risco permitido<sup>285</sup> ou do risco penalmente relevante.<sup>286</sup> É o que o destaca Silva Sánchez:

Mas é, ainda assim, fundamental – e, dependendo do ponto de vista, mais ainda que no âmbito das formas intencionais de delinqüência – a incidência dessas novas técnicas na configuração do âmbito da delinqüência não intencional (no que, desde logo, é secundaria sua qualificação como dolosa-eventual ou culposa). Isto é, as conseqüências lesivas da “falha técnica”, que aparecem como um problema central desse modelo, no qual se parte de que um certo porcentual de acidentes graves resulta inevitável à vista da complexidade dos

<sup>284</sup> RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga, op. cit. p. 260.

<sup>285</sup> Sobre o risco permitido, alerta Zuñiga Rodríguez: “Históricamente se ha ido cambiando el núcleo de la imputación de acciones disvaliosas para la Sociedad – y, por tanto, prohibidas – de la «causalidad» al «riesgo» de la conducta. El debate se centra, entonces, en cuál es el “riesgo permitido” en cada conducta, para que contrario sensu se establezca el injusto de la misma. El problema de determinar cuál es el nivel máximo de riesgo que puede derivarse lícitamente de una determinada acción, es una cuestión de valoración-jurídico penal de la misma, por lo que se imponen juicios eminentemente normativos”. (RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga, op. cit., p. 259-260). Ainda, cumpre, brevemente, referir o que aduz Silva Sánchez. Para o autor, o conceito de risco permitido surgiu na industrialização como um limite doutrinário e uma determinação do alcance da incriminação de condutas, significando, basicamente, que a sociedade deve pagar o preço do desenvolvimento, sob pena de não se alcançar o progresso econômico. Esse preço consiste em lesões e mortes que devem ser aceitas como necessárias ao adequado desenvolvimento. Ocorre, entretanto, que, com o advento da pós-industrialização, verifica-se um retrocesso nessa figura do risco permitido, reduzindo-se a sua abrangência, haja vista que, com a supervalorização da segurança, na definição do limite do risco permitido e do risco desaprovado há uma sobreposição da liberdade de não padecer em face da liberdade de ação. Por isso concluir o jurista: “Dessa forma, nos vemos, pois, diante de um modelo de sociedade orientado a uma *restricção progressiva das esferas de atuação arriscada*. Em outras palavras, como se indicava supra, um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre risco permitido e risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer”. (SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 43-44.)

<sup>286</sup> Como definição de risco juridicamente relevante se tem a seguinte abordagem de Castaldo: “Por «riesgo juridicamente relevante» o «significativo» debe entenderse la creación de un estado de peligro, capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico que, con la concurrencia de ulteriores condiciones, permitirá imputar a su autor el echo producido como consecuencia”. (CASTALDO, Andréas. La concreción del «Riesgo Juridicamente Relevante». In: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Jesús-María Silva Sánchez (ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 233-241.)

desenhos técnicos. Assim, se trata de decidir, entre outras coisas, a questão crucial dos critérios de localização das “falhas técnicas”, ou no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito próprio do risco permitido.<sup>287</sup>

Ademais desses importantes aspectos, verifica-se que a responsabilização de indivíduos ou grupos de indivíduos por tais riscos resta dificultosa. Além do problema de previsão da aparição dos riscos, as atividades que os geram se entrecruzam de maneira que seu controle escapa das mãos de uma pessoa, fora quando sequer se sabe nas mãos de quem ele está. Some-se, ainda, que os critérios de distribuição dos riscos (já que não mais se admite a possibilidade de sua neutralização, cabendo somente uma preocupação com sua distribuição) não satisfazem as exigências de imputação de responsabilidade.<sup>288</sup>

Nesse mesmo prisma, Buergo, alerta para o fato de que, em uma sociedade como a nossa, crescem os contatos interpessoais anônimos, a complexidade das relações entre os indivíduos e, também, a utilização de instrumentos potencialmente lesivos e a pluralidade de sujeitos que participam de uma mesma cadeia complexa, sendo difícil prever o momento da aparição do dano (que poderá possuir uma dimensão enorme), não se podendo identificar sua atuação no tempo e no espaço. Tudo isso acaba por dificultar a aplicação das regras de causalidade, culpabilidade e outros princípios básicos de responsabilidade.<sup>289</sup>

Machado também manifesta preocupação com as dificuldades encontradas para a atribuição de responsabilidades. A autora, partindo do enfoque de que há “uma complexidade organizativa das relações de causalidade e, por conseguinte, de responsabilidade, que cercam a sua gênese”,<sup>290</sup> identifica que os avanços tecnológicos e econômicos aumentaram as interconexões causais e substituíram ações individuais por ações coletivas, o que ramificou as responsabilidades, distribuindo-as entre mais pessoas. Buergo também alerta para essa questão, referindo, pelos mesmos motivos aduzidos por Machado, que a responsabilidade acaba por se ramificar, quedando distribuída entre muitas pessoas, o que, devido à magnitude da interação e complexidade da produção dos riscos, gera o que se tem chamado de “irresponsabilidade organizada”, pois, quanto mais complexa e

---

<sup>287</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 30.

<sup>288</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez, op. cit., p. 83-84.

<sup>289</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Gestión del Riesgo...*, op. cit., p. 78-79

<sup>290</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 61.

aperfeiçoada é uma organização, menor é a sensação de responsabilidade de cada indivíduo, já que a participação de cada uma na cadeia organizacional resta demasiadamente reduzida.<sup>291</sup>

Diante de tudo isso, segundo Albrecht, com o reconhecimento de que as modernas sociedades industriais geram riscos que comprometem a continuidade da própria sociedade, aumenta a demanda por segurança. A proibição, limitação e distribuição desses riscos ganham importância e passam a ser matéria da política de segurança nacional e internacional. Aqui entra o Direito Penal, visto como meio de controle da política dos limites do risco.<sup>292</sup>

Pelo exposto podemos concluir que o fato de vivermos na Sociedade do Risco (caracterizada: a) pelo aumento progressivo de tecnologias e benefícios aos indivíduos; b) pelo uso desmedido e desproporcional dessas tecnologias; e c) pela consequente instabilidade que tudo isso gera nos diversos setores e instituições da vida social) influenciará, diretamente, o Direito Penal. Não se pode negar, efetivamente, que o progresso tecnológico e econômico, ocorrido de forma extremamente acelerada desde a Revolução Industrial até os dias atuais, trouxe um incremento dos riscos a que estamos submetidos, já que desconhecidas as reais consequências desse desenfreado avanço. Atrelada a isso está a complexidade social e a interdependência entre os indivíduos, bem como a dificuldades de se atribuir a responsabilidade pela prática de qualquer conduta perigosa. Diante disso, surge a preocupação de controle de tais riscos, recaindo nas mãos do Estado essa função.<sup>293</sup> Por conseguinte, chegamos ao Direito Penal que, pressionado por clamores de segurança e pelo efetivo surgimento de novos bens jurídico-penais (transindividuais), acaba por expandir seu leque de atuação, passando a abarcar, em cada vez maior escala, delitos omissivos (principalmente impróprios) e delitos de perigo.

Nesse prisma, de acordo com Ripollés: “en suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar

---

<sup>291</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 28-29.

<sup>292</sup> ALBRECHT, Peter Aléxis, op. cit., p. 471-487.

<sup>293</sup> Nesse aspecto cumpre transcrever as palavras de Buergo: “lo característico del binomio riesgo-inseguridad típico de la sociedad del riesgo puede verse en que la aversión al riesgo implica a una seguridad casi total que sólo puede buscarse reclamando al Estado la prevención del riesgo y provisión de seguridad. Se exige un papel mas activo del Estado, tanto en la evaluación y gestión de los nuevos riesgos como en su faceta del Estado del bienestar, bajo el cual se há desarrollado una demanda material de seguridad casi absoluta. (BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 73-74.)

tales riesgos y aplicar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal”.<sup>294</sup> Assim, tem-se que a Sociedade do Risco é a sociedade da insegurança, quedando, também ao Direito Penal, ao menos em tese, acertadamente ou não, a função de combatê-la.

## 2.2 A SENSACÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA.

Conforme visto no ponto anterior, não há como negar o fato de que vivermos na chamada Sociedade do Risco, por todos os fatores anteriormente colacionados, traz insegurança, objetivamente falando. A insegurança chamada objetiva é atribuída a estes novos riscos. É uma insegurança de fato existente e inclusive inevitável, consequência do momento histórico pelo qual passa a humanidade.

Porém, além dessa insegurança objetiva, há o que pode ser chamado de insegurança subjetiva, que corresponde à sensação social de insegurança, à insegurança que é sentida pela população em geral. Conforme Silva Sánchez, a nossa sociedade pode ser definida como a sociedade do medo, pois “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”.<sup>295</sup> Outra não é a conclusão de Bauman: “nos últimos anos, sobretudo na Europa e em suas ramificações no ultramar, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras”<sup>296</sup>.

Diversos aspectos são capazes de justificar essa insegurança sentida.

Antes de adentrarmos em cada um deles, cumpre referir que a tomada de consciência dos fatores de risco de nossa atual sociedade (o que, de acordo com o que se abordou no ponto 2.1, é apontado por Beck como uma reflexão acerca da modernização) produz ainda mais sensação de insegurança, visto que os indivíduos passaram a perceber a dimensão dos riscos e a impotência humana frente a eles. Da mesma forma, o aumento do conhecimento científico, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, traz um crescimento do desconhecimento e da incerteza,

---

<sup>294</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez, op. cit. p. 84.

<sup>295</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 33.

<sup>296</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009, p. 13.

visto que quanto mais se conhece mais se poderá descobrir questões pendentes de resolução, surgindo, disso, interrogações ao invés de respostas. É o que também aduz Buergo:

En el actual contexto y a pesar de la aparente contradicción que entraña la afirmación, se constata que el progreso técnico y el mayor conocimiento en todos los terrenos no sólo no producen necesariamente mayor certeza, sino que puede decirse que, en muchos casos, con la magnitud del conocimiento crece al mismo tiempo en la sociedad la medida de lo desconocido, de la incertidumbre (Bora 1999, 9). Un grado de conocimiento cada vez mayor puede propiciar, a su vez, el descubrimiento de más cuestiones irresueltas, que induciría lo que se ha denominado como «explosión de desconocimiento», característica de un mundo que se vuelve cada vez más contingente, en el que los acontecimientos que se manifiestan como daños o peligros no pueden ser atribuidos a procesos naturales no susceptibles de influjo sino, en buena medida, al comportamiento de personas, de organizaciones o de la sociedad en su conjunto. En la sociedad del riesgo y la información, cuanto más sabemos, más interrogantes tenemos abiertos. La alusión al desconocimiento acerca de los riesgos o de su posible evolución a la producción de daños resulta central en la descripción de la sociedad del riesgo, puesto que ésta supone que el hombre está produciendo los peligros que le acechan a través de procesos complejos, de manera que los riesgos son en buena parte desconocidos e incluso no cognoscibles. En la medida en que la entidad, la gravedad y la proximidad y duración del riesgo o de los efectos temidos no son magnitudes conocidas ni dominables, dependen de conocimientos insuficientes o que no tenemos en absoluto, se transforman en amenazas que en ocasiones se perciben con alarma, aunque simultáneamente, otros puedan mostrar tolerancia.<sup>297</sup>

Assim, conclui-se que possuir maior conhecimento e tomar consciência acerca dos riscos traz ainda mais insegurança, perguntas e incertezas, o que, de fato, só faz aumentar a sensação social de insegurança.

Dito isso, seguindo a linha de Silva Sánchez, passar-se-á à análise das razões pelas quais existe esse sentimento de insegurança.

Iniciar-se-á com o fator aceleração. Não há dúvidas de que vivenciamos, com dificuldades de adaptação, uma constante aceleração do ritmo de vida devido à “revolução das comunicações”. As diversas formas pelas quais podemos nos

---

<sup>297</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Gestión del Riesgo...*, op. cit., p. 71-72.

comunicar e o fato de podermos estar conectados com as mais distantes partes do mundo e um grande número de pessoas ao mesmo tempo trazem a sensação de falta de domínio dos acontecimentos. Atrelada a isso, a avalanche de informações que recebemos constantemente faz com que não saibamos identificar quais delas são fidedignas. Ressalte-se que referida aceleração diz respeito também à vida em si. O mercado exige pessoas livres, disponíveis para a competição do dia a dia, o que provoca uma crise emocional e familiar, além de uma desorientação pessoal, trazendo ainda mais incerteza às relações humanas. E conclui o autor: “Pois bem, nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, se produz uma crescente desorientação pessoal (*Orientierungsverlust*), que se manifesta naquilo que já se denominou *perplexidade da “relatividade”*.”<sup>298</sup>

Atrelado a isso, Brandariz García alerta para “uma mudança do sentido social do tempo e do espaço”. Conforme o autor, assistimos a uma alteração das dimensões topográficas e cronológicas através das quais as pessoas organizam o seu cotidiano. Essa modificação tem como causa a “revolução dos transportes” e, mais recentemente, a “revolução das tecnologias da informação e comunicação”, que fizeram com que os indivíduos passassem a se ver submetidos ao ritmo dos dispositivos tecnológicos.<sup>299 300</sup>

Ademais, vivemos em uma sociedade que já não possui referências valorativas objetivas, ou seja, na qual não há uma definição clara do que é bom e do que é mau, o que também incrementa a sensação de insegurança. Quiroga aborda a questão, alertando que a informação supera as necessidades mais exigentes, mas, paradoxalmente, produz dificuldades cognitivas, já que “la diferencia entre lo correcto y lo incorrecto aparece difuminada; ya no es una sociedad del bien y del mal, porque la relatividad hace que las proposiciones sean de una variedad y matices verdaderamente amplias (...)”.<sup>301</sup>

Recorde-se ainda que há, também, uma sensação de insegurança devido às guerras vividas. Duas guerras mundiais, em seguida a elas a Guerra Fria, conflitos

<sup>298</sup> SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 33-34.

<sup>299</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz García. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007, p. 64.

<sup>300</sup> No mesmo sentido aponta Mulas: “La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad. Entre sus causas, sin duda, se encuentran las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración. La actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo, derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos, que sólo cabe traducirse en términos de inseguridad”. (MULAS, Nieves Sanz. op. cit., p. 15.)

<sup>301</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de, op. cit., p. 329.

incessantes no Oriente Médio e por fim o terrorismo,<sup>302</sup> causador de verdadeiro pânico nas sociedades estadunidense e europeia.

Na mesma linha de raciocínio, atentando para os porquês dessa sensação social de insegurança, García alerta para o fato de vivenciarmos o que ele denomina de “crise de referências de identidade e de socialização básicas”. Essa crise encontra respaldo em diversos fatores, que, por sua vez, também se manifestam em crises.<sup>303</sup>

O primeiro fator está na “crise da família e das relações de gênero”, que encontra suas razões na “crise do modelo patriarcal” sobre o qual ambos institutos vinham se sustentando. Isso se explica pois o modelo de família tradicional tem se tornado vulnerável, tendo em vista, por exemplo, a crescente redução da taxa de natalidade, a aceitação da separação e do divórcio, a multiplicação dos “tipos” familiares e de convivência alternativos e, em grande medida, o ingresso da mulher no mercado de trabalho.<sup>304 305</sup>

O segundo aspecto, de acordo com o autor, é a “crise da classe social como referência de identidade e socialização e como dispositivo de regulação de comportamentos”, como moral específica. Tal crise seria consequência do desejo de ascensão social do trabalhador de um modelo produtivo que “convierte en móvil, difusos y volátiles los esquemas de identificación en el plano laboral”.<sup>306</sup> Sobre a perda da identidade das classes sociais, Lazo aduz:

Pese a la subsistencia de las diferenciais, en los países occidentales las clases sociales ven desmantelarse los entornos sociales marcados estamentalmente y las formas de

---

<sup>302</sup> Sobre esse ponto, conforme Cepeda: “A esto hay que añadir que los tentados de Nueva York y Washington han significado, al mismo tiempo, un reforzamiento y una transformación de la incertidumbre y la angustia que eran ya el substrato emocional de la sociedad del riesgo. No cabe duda de que tales acontecimientos han ahondado en la percepción de la inseguridad a escala casi planetaria”. (CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: lustel, 2007, p. 31).

<sup>303</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 53-59.

<sup>304</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 53-58.

<sup>305</sup> Sobre essa questão do acesso feminino à educação e ao trabalho Lazo afirma: “Sobre todo es la mujer, con la incorporación al mundo educativo y al laboral, la que rompe con las formas tradicionales de vida que se imponían un papel de subordinación y reclusión en la domesticidad de la casa, a pesar de que continúen las contradicciones en los proyectos de vida – compaginar la autonomía económica y profesional con la maternidad y la vida en pareja. Este hecho, además de otros factores, provoca la puesta en cuestión de las bases de la familia nuclear, es decir, el matrimonio, la sexualidad y la paternidad”. (BEIRAS, Iñaki Rivera, LAZO, Gemma Nicolas. *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea*. In: *Política Criminal y Sistema Penal*. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 229.)

<sup>306</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 59.

vida propia de su cultura. Las clases sociales pierden su conciencia de pertenencia a un grupo unido de individuos. Este hecho puede tener dos posibles causas. Por un lado, la aparición de un nuevo paradigma productivo ha roto las comunicaciones personales y los vínculos comunes que se creaban entre los trabajadores y que favorecían la consolidación de una conciencia de clase colectiva. Estos cambios han provocado una pérdida de la identidad colectiva de los obreros, induciendo al «trabajador a verse como un individuo aislado y sin vínculos» (Silveira 1998:140).<sup>307</sup>

O autor alerta ainda para o fator do desemprego massivo e, também, para o que ele chamou de “zonas cinzas”, que estariam entre a precariedade laboral e o trabalho ilegal. Além disso, chama a atenção para o sentimento de fracasso pessoal que o trabalhador teria ante aos “riesgos del mundo laboral”<sup>308</sup> (precariedade, demissões, greves, mudanças de posto de trabalho).

Há, para o jurista, ademais disso, uma crise das “referências de identificação de base local e territorial”, manifestada na “crise da Nação” (modernamente formada pela expressão do povo e do Estado-nação, consistindo em referência jurídica-política, condicionante da inclusão social através da figura do cidadão), que, na era da globalização, adquire dimensão de extraordinária profundidade. Nesse contexto, o fato de a sociedade atual ser móvel e complexa e a verificação da formação progressiva de uma sociedade global, na qual boa parte das decisões que eram tomadas a nível territorial de Estado-nação hoje só podem ocorrer em um âmbito territorial global, afeta a referência que temos do nacional. Por outro lado, mas também num sentido de dificuldade de identificação, há o que o jurista chama de “crise de identidade local”, ocorrida pela migração populacional (tanto internacional como dentro dos próprios países), o que torna as cidades multiculturais e promove uma mudança de costumes que acaba por gerar uma sensação de incerteza e desorientação.<sup>309</sup>

De todos esses fatores, García conclui:

La crisis de este conjunto de referentes básicos de socialización no puede ser minusvalorada a los efectos de analizar la emergencia de sentimientos de inseguridad y ansiedad sociales, la familia, el género, la clase, la nación o la

---

<sup>307</sup> BEIRAS, Iñaki Rivera, LAZO, Gemma Nicolas, op. cit., p. 228-229.

<sup>308</sup> Ibid., p. 229.

<sup>309</sup> BEIRAS, Iñaki Rivera, LAZO, Gemma Nicolas, op. cit., p. 229.



identidad local siempre fueron pautas de regulación de conducta, cuya ausencia deja un vacío que no puede sino generar una desorientación ciertamente notable, una sensación colectiva de desorden social. A ello se añade la crisis de estos referentes identitarios produce un descenso de los niveles de cohesión social y de solidaridad comunitaria. Ambas circunstancias no pueden sino entenderse como factores productores de considerables grados de incertidumbre e inseguridad sociales.<sup>310</sup>

Por todos os fatores acima expostos, pode-se concluir que a sensação social de insegurança é maior que a insegurança realmente existente. De fato, é possível que a relação entre insegurança objetiva e insegurança subjetiva não seja diretamente proporcional, podendo ocorrer uma sensação de insegurança que não corresponde à realidade. Conforme Buergo, sobre as dimensões objetiva e subjetiva da insegurança:

Tanto la seguridad - en cualquiera de sus formulaciones y en cualquiera de sus sentidos – y su contrapartida de inseguridad, tienen una dimensión objetiva y una subjetiva. Entre ambas no tiene por que haber una relación directamente proporcional. Tanto la percepción de los riesgos, de su mayor o menor entidad, o de la proximidad y gravedad de los daños temidos - inseguridad subjetiva-, como el desarrollo de condiciones objetivas de mayor seguridad y la percepción de mayor o menor seguridad –la seguridad subjetiva-, constituyen procesos que no necesariamente corren paralelos, sino que a veces siguen caminos divergentes, especialmente en nuestras sociedades complejas. Por ello pueden darse situaciones de gran temor y percepción de inseguridad en un contexto en el que, de echo, la seguridad objetiva se ha incrementado y a la inversa. Pero al mismo tiempo, ambas dimensiones están indudablemente relacionadas y pueden influirse una a la otra.<sup>311</sup>

Portanto, a insegurança objetiva (real) advinda da sociedade de risco é superdimensionada por todas as questões antes elencadas, provocadoras da chamada insegurança subjetiva (sentida).

Também para Ripollés, em nossa sociedade há a difusão de um exagerado sentimento de insegurança que não parece corresponder com os riscos inerentes a ela. Esse sentimento, como se verá a seguir, estaria potencializado pelos meios de

---

<sup>310</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 59.

<sup>311</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Gestión del Riesgo...* op. cit., p. 72-73.

comunicação, fazedores de uma intensa cobertura dos sucessos perigosos ou lesivos; pela dificuldade que o cidadão possui para compreender os acelerados avanços tecnológicos e concatená-los à sua vida cotidiana; e por uma transformação de relações e valores sociais, nos quais há uma redução da solidariedade coletiva. Após, o autor conclui: “todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, e a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal”.<sup>312</sup>

A guisa de exemplo, no Brasil, pode-se citar uma pesquisa elaborada pelo Datafolha no início de 2000 que constatou que a sensação de violência é superior aos dados reais, pois, muito embora o índice de assaltos ocorridos tenha mantido uma média nos últimos três anos, 79% dos entrevistados opinaram que o número dos delitos de furto e roubo havia aumentado.<sup>313</sup>

Ainda, de acordo com a exemplificação de Garland, esse temor ao delito como um tema cultural importante poder ser visto em estudos de opinião pública que revelam a existência de uma presunção difundida na população dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha de que as taxas do número delitos praticados estão aumentando (acima do que é a sua evolução real), bem como de que há uma confiança das pessoas na capacidade do sistema de justiça penal. Essa sensação de um público temeroso e ressentido impactua fortemente o estilo e conteúdo das políticas públicas. Denota-se uma dramatização do delito. O público não possui mais aquela imagem do Estado do Bem-Estar Social de que o delinquente seria um ser necessitado e desfavorecido, precisando de ajuda. Hoje, as imagens (que acompanham a nova legislação), são de delinquentes como jovens não governáveis, depredadores perigosos e marginais de carreira não corrigíveis. Seguindo essas imagens e respondendo a elas, o atual discurso da política criminal invoca um público cheio de ira, cansado de conviver com o medo, exigente de medidas fortes de castigo e proteção. O sentimento da população é de “nojo coletivo”, com uma exigência moral de retribuição no lugar da busca por uma solução justa de caráter social.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez, op. cit., p. 84.

<sup>313</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 76.

<sup>314</sup> GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 45.

Diante de tudo isso, pode-se concluir, conforme Silva Sánchez, que “é realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis, que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato”.<sup>315</sup> Outra não é a constatação de García: “la percepción subjetiva de la inseguridad es claramente desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros”.<sup>316</sup>

Por todos esses fatores, claro está que há um sentimento de insegurança superior à insegurança de fato existente. Assim, conforme adverte Silva Sánchez, “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos”.<sup>317</sup>

Nesse contexto, há a inevitável influência dessa sensação social de insegurança no Direito Penal, que acaba por se ver pressionado pela população a adotar medidas que, ao menos em tese, possam reduzir esse sentimento, mesmo que ele não corresponda ao risco de fato existente. Por essa razão, aduz García que isso tem influenciado de maneira muito perceptível no sistema penal “condicionando las demandas que se le dirigen, determinando su creciente centralidad en el marco de las políticas estatales e acentuando la perenne crisis que lo sitúa en la encrucijada entre libertad y seguridad”.<sup>318</sup> No mesmo sentido, para Buergo, a exigência de alterações normativas em busca de segurança se pauta não somente em uma necessidade, vista pelo cidadão, de proteção objetiva, mas também de confiança na norma para que, assim, seja possível se sentir seguro.<sup>319</sup>

García alerta, nesse aspecto, para a influência da sensação de insegurança nas demandas sociais de punição, aduzindo que o Direito Penal só pôde manter-se, até agora, com níveis moderados de “punição objetiva” pois os dispositivos de controle informal (como por exemplo a família, a escola a religião e as classes sociais) mantinham um adequado funcionamento. Desse modo, a partir do momento em que essas instituições entram em crise, acabam por ser aumentadas as demandas dos cidadãos por uma maior intervenção dos dispositivos de controle

---

<sup>315</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 36.

<sup>316</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 53.

<sup>317</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 37.

<sup>318</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 53.

<sup>319</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 31.

formal, estando inseridos nesse âmbito o Estado, o Direito e, também, o Direito Penal.<sup>320</sup>

Por tudo isso, considera-se suficientemente demonstrados os motivos que levam os indivíduos a se sentirem inseguros, bem como o fato de essa sensação não corresponder à insegurança de fato existente. Em face disso, resta pressionado o Direito Penal, de quem são cobradas medidas capazes de proporcionar maior segurança à população. Nas bem proferidas palavras de Silva Sánchez, “em medida crescente, a *segurança* se converte como uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”.<sup>321</sup>

## 2.3 A INFLUÊNCIA MUDIÁTICA

Atrelada a todos os fatores até agora mencionados está a mídia, que vem a potencializar a sensação de insegurança com dramatizações ao redor de notícias criminais, bem como formar a opinião pública no sentido de se exigir segurança por meio da ampliação do Direito Penal. Basta ligarmos a televisão ou o rádio e abrirmos o jornal para percebermos que o tema principal das notícias do dia é a violência. Roubos, latrocínios, assassinatos, estupros ilustram nosso cotidiano, trazendo medo e revolta à população.

Nesse contexto, Albrecht alerta para o fato de que a criminalidade é objeto de autênticos melodramas cotidianos que se comercializam com texto e ilustrações nos meios de comunicação. De acordo com o autor, “la dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa”.<sup>322</sup> Diante disso, conforme Silva Sánchez, não há o que se negar sobre a existência de uma correlação entre a sensação social de insegurança frente ao delito e a atuação dos meios de comunicação.<sup>323</sup>

Hassemer, ao falar da importância que é dada à violência e da forma como a sociedade a percebe, principalmente frente ao consumo comunicativo, adverte:

---

<sup>320</sup> GARCÍA, José Angel Brandaríz, op. cit., p. 60-61.

<sup>321</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 40.

<sup>322</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 471-487.

<sup>323</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 37.

Resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?), en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.<sup>324</sup>

Daunis Rodríguez, por seu turno, también percibe que “se viene detectando en los últimos años un especial protagonismo de los medios de comunicación en la fase de *creación o concepción legislativa*”. Nessa medida, a mídia não se limita a manifestar opiniões a respeito do mal-estar social, mas traça os contornos do problema, sendo capaz de gerá-lo. Os fatos mais dramáticos são os que trazem os maiores níveis de audiência, motivo pelo qual é frequente a transmissão de imagens de agressões, roubos, assassinatos, ações violentas em geral, as quais põem em alerta a sociedade.<sup>325</sup>

No mesmo sentido, conforme Bauman, a atenção dispensada à questão da segurança é sempre mais “espetacular, visível, ‘televisível’” do que qualquer atitude que se preocupe com as causas mais profundas do mal-estar social (as quais são menos palpável e aparentemente mais abstratas). O combate ao crime, e o próprio crime contra os corpos e a propriedade privada proporciona um espetáculo, e os meios de comunicação sabem disso. Assim, se formos julgar o “estado da sociedade” a partir dessas representações dramatizadas, o mundo inteiro poderia parecer dividido entre criminosos e pessoas “guardiãs da ordem”, e “toda a vida

---

<sup>324</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*: Norma. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p.50.

<sup>325</sup> RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, Derechos Humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 217.

humana pareceria navegar numa estreita garganta e entre a ameaça de assalto físico e o combate aos possíveis assaltantes”.<sup>326</sup>

A título de exemplo, Albrecht relata dois mitos, segundo ele, criados pela mídia na Europa. O primeiro deles seria o mito da “explosão da criminalidade violenta”, o qual traz a tese de que, na Alemanha, a cada três minutos seria registrado um delito violento. O cálculo foi feito com base no ano de 1992, quando foram computados cerca de 150 mil casos de criminalidade violenta. Contando-se que um ano tem aproximadamente 500 mil minutos, calculou-se que a cada três minutos um crime violento é cometido. O que não se levou em conta é que o risco dessa criminalidade se distribuía, à época, entre 80 milhões de pessoas, ou seja, o risco anual de sofrer um delito violento era de 0,1875%. O segundo mito seria o da “elevada criminalidade estrangeira”, que sustenta a ideia de que nos grupos de estrangeiros residentes na Alemanha haveria uma carga de criminalidade superior a dos alemães. O autor demonstra que essa comparação está deturpada. De início, a maioria dos estrangeiros vivem em grandes cidades, onde a criminalidade é maior. Além disso, a comparação deveria ser feita entre jovens estrangeiros e jovens alemães que vivessem em circunstâncias similares. Aliás, quando isso foi feito, ficou demonstrado que os jovens estrangeiros apresentaram uma cota de criminalidade sensivelmente inferior a dos jovens alemães. Chega-se à conclusão de que a criminalidade não está atrelada a um problema de nacionalidade, mas de condições de vida.<sup>327</sup>

Pode-se citar ainda, também como exemplo das distorcidas informações transmitidas pelos meios de comunicação, o que ocorre, de acordo com Guerrien, no México:

A pesar del aspecto espectacular de las cifras de delincuencia y de violencia en México, si pueden, observando más atentamente los datos disponibles, proponer análisis menos definitivos que los que presentan México como una ciudad donde nadie pudiera sentirse seguro. Por ejemplo, calcular las probabilidades que tiene un habitante de la ciudad de México de ser víctima de un homicidio no tiene mucho sentido, ya que las matanzas no tocan de manera aleatoria a toda la población. Sin embargo, los discursos dominantes sobre la cuestión de la

---

<sup>326</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 126-127.

<sup>327</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 471-487. op. cit., p. 471-487.

delincuencia siguen presentando la violencia como un fenómeno que toca indistintamente a toda la población («cualquiera puede ser asesinado en cualquier momento»). Esta percepción de un riesgo permanente y generalizado difundido de manera masiva por los grandes medios de comunicación mexicanos (particularmente los audiovisuales) contribuyen al mantenimiento de un elevado sentimiento de inseguridad. Apoyándose en los múltiples actos de violencia que se pueden producir a diario en una metrópolis de veinte millones de habitantes, el discurso mediático mexicano no toma en cuenta los aspectos sociopsicológicos y culturales que pueden ayudar a comprender la criminalidad en su diversidad, y entonces luchar eficientemente contra ella. Al contrario, parecen alimentar y fortalecer una percepción desproporcionada del riesgo: al presentar la delincuencia como un fenómeno completamente irracional que puede ocurrir en cualquier lugar y momento, favorecen el mantenimiento de un clima de tensión permanente y de desconfianza generalizada.<sup>328</sup>

Por essas razões, Silva Sánchez, no que tange às informações prestadas pelos meios de comunicação (ostentadores de uma posição privilegiada no seio da sociedade da informação) adverte que, na imagem transmitida da realidade, “o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem”.<sup>329</sup> Esse fator causaria a quem assiste percepções inexatas ou pelo menos uma sensação de impotência. Com efeito, o fato de termos acesso e, principalmente, a possibilidade de contato visual com os conflitos e violências ocorridos ao redor de todo o mundo faz com que, inconscientemente, percamos a noção do que está próximo e do que está distante, o que nos proporciona um sentimento de impotência frente a essa reiterada violência assistida.<sup>330</sup>

O jurista demonstra, além disso, que a reiteração, a dramatização e a morbidez com que algumas notícias são transmitidas multiplicam os ilícitos e catástrofes, “gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível

---

<sup>328</sup> GUERRIEN, Marc. Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México. In: *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad*. Investigación interdisciplinaria del medio urbano. Celeste Arena, Gabriela Rodríguez, Pedro Fraile e Quim Bonastra (Eds.). Madrid: Dykinson, 2006, p. 93-115

<sup>329</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 38.

<sup>330</sup> Ibid.

de risco objetivo”.<sup>331</sup> Mulas, no mesmo sentido, ao denominar a nossa sociedade como a sociedade da insegurança, adverte que:

a través de los médios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierden sus contornos, y donde la reiteración y la actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan como verdaderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes, se provocan percepciones inexatas que generan verdaderas situaciones de inseguridad. Es más, incluso las próprias instituciones públicas de represión de la criminalización contribuyen a esa difusión de la sensación de seguridad, con la transmisión de imágenes sesgadas de la realidad. Consecuencia de todo ello: la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone el Estado y, el particular, el Derecho penal deben dar respuesta.<sup>332</sup>

García, na mesma linha de raciocínio, por sua vez, aduz que a produção de imagens de insegurança frente ao delito contribui de forma significativa para a percepção subjetiva dos riscos contemporâneos, gerando desproporção entre o perigo objetivo e a sensação subjetiva diante deles. Nesse contexto, cabe ressaltar que os meios de comunicação voltam sua atenção para o delito tendo em vista a facilidade com que se presta a uma apresentação em forma de espetáculo, enfatizando-se os elementos emocionais da informação e se dramatizando os fenômenos criminais, conseguindo-se, assim, maiores níveis de audiência em um mercado da comunicação competitivo.<sup>333</sup>

Cumprido, no entanto, dizer que, conforme alerta Silva Sánchez, não se deve pensar que o medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação, mas sim que eles reforçam ou estabilizam um medo pré-existente. No mesmo sentido aponta García: “con todo, no puede incurrirse en una interpretación simplista, que atribuya a los medios de comunicación la responsabilidad unidimensional en la producción de una cierta ansiedad social ante la criminalidad”.<sup>334</sup>

Não se pode deixar de observar, entretanto, que os meios de comunicação não agem somente dramatizando as notícias criminosas, e aumentando, conseqüentemente, o sentimento de insegurança, mas, também, como formadores

---

<sup>331</sup> Ibid.

<sup>332</sup> MULAS, Nieves Sanz, op. cit., p. 15-16.

<sup>333</sup> GARCÍA, José Angel Brandariz, op. cit., p. 69-70.

<sup>334</sup> Ibid.



de opinião pública. Com isso se quer dizer que, normalmente, ao trazer a notícia, a mídia, na pessoa dos jornalistas e comunicadores em geral, se posiciona no sentido de uma necessidade de maior punição, influenciando diretamente na opinião da população. Conforme Callegari e Wermuth, citando Bordieu, “os jornalistas e demais “trabalhadores da mídia” transformam-se cada vez mais em “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’. (Bordieu, 1997, p. 65)”.<sup>335 336</sup> Por isso, de acordo com os autores, deve-se ter em mente que uma das características de nossa atual sociedade é, justamente, essa influência da mídia na opinião pública, com o que, em uma sociedade de consumo, “os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam”.<sup>337</sup>

No Brasil, a mídia também parece aumentar a sensação de insegurança dos cidadãos e colaborar para a formação de sua opinião. A ampla cobertura e a dramatização dos crimes difundidos pelos meios de comunicação trazem indignação à população, que passa a exigir que medidas penais sejam tomadas como se sua ausência ou sua brandura fossem causadoras daqueles delitos. Além disso, são também os meios de comunicação que alimentam a opinião pública de que as sentenças são demasiadamente suaves, provocando revolta contra juízes e tribunais.

Como exemplo, podemos citar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) surgida para acalmar a população, incitada pela mídia, posteriormente a, em meados de junho de 1990, terem sido sequestrados dois importantes empresários

---

<sup>335</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 45.

<sup>336</sup> Nessa linha, veja-se o que aduz Mulas a respeito da opinião pública: “La opinión pública viene a ser el espacio en el que se reciben y forman, contrastándose reciprocamente, las ideas, creencias, e incluso los sentimientos, que guardan relación con los acontecimientos sociales y se proyectan sobre ellos, condicionándolos o, a veces, determinándolos. Sus propia existencia y funcionalidad como factor de crítica, apoyo o impulso de la acción de representantes y gobernantes, depende de la virtualidad de concretos derechos fundamentales como los de comunicar y recibir información veraz, por cualquier medio de difusión, y los de expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones. El problema es que se ha dotado a los medios de comunicación social de un *status* especial que les asegura una posición determinante en la expresión y en formación de la opinión pública, sobre todo debido a su capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de la comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico. Lógico, pues, que sea por todos conocido como «cuarto poder»”. (MULAS, Nieves Sanz, op. cit., p. 7.)

<sup>337</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 43.

do país.<sup>338</sup> Posteriormente, ainda, lembre-se do caso de Daniella Perez, atriz, em 28 de dezembro de 1992, morta a facadas pelo namorado, o que mobilizou milhares de pessoas a participarem de uma ação popular para a inserção do delito de homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos.

Vivenciamos ainda o caso do menino João Hélio, que, em 07 de fevereiro de 2007, foi morto arrastado pelo cinto de segurança em que ficara preso quando sua mãe fora vítima de um assalto, tendo os assaltantes subtraído o veículo e seguido adiante, provocando a morte da criança. Um dos autores do fato foi um adolescente, razão pela qual reacendeu entre a população a discussão acerca da redução da maioridade penal.

Callegari e Wemuth citam, ainda, o caso Isabela Nardoni, quando um evento isolado de uma criança assassinada de forma violenta foi encarado como uma forma de criminalidade frequente no país, servindo de espetáculo para a mídia e mostrando a clara pressão popular por justiça, na realidade vingança privada, na punição do pai e da madrasta da menina.<sup>339</sup>

Outra situação que não pode deixar de ser recordada e demonstra a intensa cobertura midiática da criminalidade é o famoso caso Lindemberg, quando, em 13 de outubro de 2008, Lindemberg Fernandes Alves sequestrou e matou a ex-namorada Eloá Cristina Pimentel. O sequestro foi transmitido, ao vivo, por diversas redes televisivas do país, chegando-se ao cúmulo de apresentadora de programa de qualidade duvidosa ter entrevistado, ao vivo, por telefone, o sequestrador, interferindo na negociação de tentativa de soltura da vítima.<sup>340</sup>

Casos como esses chocam o país e fazem com que a população, incitada pela mídia, exija uma atitude de enrijecimento do Direito Penal por parte do legislativo.

---

<sup>338</sup> Ibid., p. 47.

<sup>339</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 48.

<sup>340</sup> Com relação a esse caso, lembre-se que a atuação policial foi fortemente questionada, inclusive, havendo registros de que Lindemberg teria prestado depoimento nu e com o rosto visivelmente inchado. Vinculada essa notícia no *site* Terra, o jurista Luis Flávio Gomes teria aduzido o seguinte: "Para o jurista Luis Flávio Gomes, tanto a sociedade quanto a imprensa são complacentes com atos de violência, o que acaba gerando, na população, uma espécie de legitimação das práticas de violação dos direitos humanos - que defendem o processo legal, com condenação e punição para culpados, mas nunca o apontamento de inimigos. Como consequência, diz o criminalista, há um tipo de "fascistização" da sociedade." (Disponível em <[www.terramagazine.terra.br](http://www.terramagazine.terra.br)>, acesso em 01/10/2012).

Por essa razão, Mulas, ao caracterizar a sociedade moderna, refere que a abordagem da criminalidade pelos meios de comunicação transfere ao Direito Penal o debate de questões valorativas que afligem a sociedade:

Raro es el día que nos despertemos sin noticias <vinculadas> a la criminalidad; es más, ninguna crisis, por muy remota que se encuentre en el espacio, no es ajena. Pero ya no solo es importante lo que <es> la criminalidad, sino lo que <parece> ante la sociedad y lo que ésta demanda con su <visión> al sistema penal. El poder configurador de la sociedad con el que cuentan los medios de comunicación, ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos. Cuestiones como la violencia doméstica, la corrupción política, los ataques al medio ambiente, el acoso sexual en las empresas, el terrorismo, etc.<sup>341</sup>

Resta claro, portanto, que a mídia assume, em nossa sociedade moderna, um poder de controle social informal, sendo uma grande colaboradora da expansão do Direito Penal. Por meio da sensacionalização e dramatização de notícias criminais, os meios de comunicação causam um aumento na sensação de insegurança da população (insegurança subjetiva), a qual passa a exigir medidas do Poder Público. Na realidade, o que aqui se busca demonstrar é, nas palavras de Callegari e Wermuth, que a formação dessa opinião pública acerca da necessidade de intervenção do sistema punitivo “deságua na pressão popular sobre os poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente à “cada vez mais aterradora criminalidade” sejam efetivamente levadas a cabo”.<sup>342</sup>

Nessa medida, conforme Prado, no que tange ao rito processual, percebe-se que, com essa exploração midiática da violência, ao contrário do processo penal tradicional, no qual haveria igualdade de posições e paridade de armas entre defesa e acusação, “o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional, e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor seus pontos de vista”<sup>343</sup>. Essa cobertura dos meios de comunicação macula a presunção de inocência, haja vista que o investigado é apresentado, pela mídia, como responsável pela infração penal, provocando um desequilíbrio de condições entre os sujeitos do processo, e a transfiguração dos procedimentos seculares de apuração e

<sup>341</sup> MULAS, Nieves Sanz, op. cit., p. 11.

<sup>342</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 51.

<sup>343</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 162-163.

punição, com o que as garantias processuais são vistas como obsoletas e ineficientes. Além disso, o processo penal passa a ser encarado como um meio demorado de se fazer justiça, em contrapartida à maneira “célere e perfeita” da investigação da mídia.<sup>344</sup> Com efeito, na mesma linha, conforme Thums, o princípio da presunção de inocência é desconhecido ou deliberadamente ignorado pela imprensa para satisfazer o sensacionalismo o interesse de alguns. Com isso, o pensamento popular é o de que, apontado o suspeito pela mídia, ele deve ser encarcerado de pronto, sem qualquer consideração à garantia do devido processo legal.<sup>345</sup> Para o autor, “a idéia de cumprimento da pena antecipada, sem processo e sem condenação, com violação da garantia constitucional da presunção de inocência, está tão arraigada na cultura popular que, por pressão da mídia, o Judiciário se curva e decreta prisões provisórias absurdas”<sup>346</sup>.

De tudo isso, deixe-se claro que não se busca, aqui, postular por uma redução da liberdade de expressão e informação, amparadas no Princípio da Publicidade, peça chave do Estado Democrático de Direito, mas sim, que sejamos capazes de encontrar um ponto de equilíbrio, para que, nas palavras de Mulas, não se supere “el límite que separa la noticia del espectáculo, la crítica del descrédito infundado, las expresiones duras de la descalificación gratuita”.<sup>347</sup>

## 2.4 GLOBALIZAÇÃO

Vistas, anteriormente, as principais características da Sociedade do Risco e as tendências do Direito Penal frente a elas, buscar-se-á, a partir de então, demonstrar que a globalização é grande potencializadora desse modelo social. Nesse sentido afirma Silva Sánchez: “os aspectos comentados até aqui sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional”.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> Ibid., p. 163.

<sup>345</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 153.

<sup>346</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 244.

<sup>347</sup> MULAS, Nieves Sanz. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 24.

<sup>348</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 75.

Com efeito, as tecnologias produzidas em um país são compartilhadas com outros, as fronteiras econômicas e de comunicação estão cada vez mais dissolvidas, há mercados comuns entre vários países, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias e a conseguinte eliminação de barreiras alfandegárias internas e outros obstáculos ao livre comércio. Tudo isso aumenta o nível de complexidade social e, conseqüentemente, o risco que as relações humanas produzem.

Dito isso, a globalização por um lado é entendida, conforme Pinzón, como a transferência de questões de âmbito econômico, político, moral e jurídico de um local normalmente “forte” a outro, normalmente “fraco”. Nas palavras do jurista, “la traslación, por sugerencia, recomendación o imposición, de teorías, planteamientos, ideas y principios económicos, políticos, morales y jurídicos, desde una parte del orbe, normalmente fuerte, hasta otra, frecuentemente débil”.<sup>349</sup> Essa é, no entanto, uma visão um pouco limitada, tendo-se em vista que apenas considera a globalização como uma necessária transferência de ônus de uma parte mais favorecida para outra menos favorecida.

Tavares também aborda a questão, fazendo um claro compilado dos entendimentos acerca do significado do termo globalização. Para o autor, a expressão globalização pode ser entendida sob dois vieses. Com relação ao primeiro, o fenômeno consiste na extensão, aos demais países, do bem sucedido modelo político e econômico de economia de mercado dos países mais desenvolvidos, basicamente os Estados Unidos, o Japão e os integrantes da União Europeia. Por outro lado, o segundo posicionamento, não tão otimista, compreende a globalização como um instrumento de violência e poder dirigido pelo FMI,<sup>350</sup> pelo Banco Mundial, pela OMC,<sup>351</sup> pela OCDE,<sup>352</sup> e pelas cúpulas do G8.<sup>353</sup> De acordo com o autor:

El término globalización ha comportado hasta ahora algunas complicaciones. En el sentido más conservador, se ha

---

<sup>349</sup> PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez. Política criminal e derecho penal. In: *Derecho Penal y Sociedad: Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 291-324.

<sup>350</sup> Fundo Monetário Internacional.

<sup>351</sup> Organização Mundial do Comércio.

<sup>352</sup> Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

<sup>353</sup> Formado pelos Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Rússia.

entendido por globalización una extensión a todos los países, no importa o grado de desarrollo, del modelo político y económico de eficacia, basado en la economía de mercado y sus corolarios, conforme a lo que corresponde a los países más adelantados, como Estados Unidos, Japón y a los que dominan las relaciones económicas de la Unión Europea. En este sentido, la globalización es un proceso por el cual se procede a la adopción en escala mundial de un modelo que pertenece solo a algunos países y que se distingue por su productividad y suceso. Así lo concibe, por ejemplo, Carl Christman von Weizsäcker, de la Universidad de Colonia y uno de los más destacados economistas de Alemania. En oposición a este concepto, empero, se destacan aquellos que miran la globalización con algunos otros enfoques no tan auspiciosos. Friedrich Muller, catedrático de teoría del Derecho de la Universidad de Heidelberg, por ejemplo, ha destacado que lo que se denomina de globalización no es solo un proceso de integración económica del mundo, que se transcurre de modo meramente técnico, ni tampoco una división compleja del trabajo en escala mundial, o una reestructuración vertiginosa de los sistemas de gestión y de las economías nacionales, o el siempre aumento de la dependencia económica recíproca, sino «un nuevo juego de violencia y poder, de un ejecutivo planetario no democrático, que opera en los bastidores y es formado por el FMI, por el Banco Mundial, por la OMC, por la OCDE y por las cúpulas del G8», lo que corresponde a una «aplicación tan abstracta como brutal de los modelos económicos y de la ideología política y económica de los países industrializados más ricos del Occidente a las sociedades de la llamada periferia». Parece que estas palabras suenan muy duras para caracterizar la globalización, pero no están dislocadas de otros argumentos críticos que se han puesto de relieve en la doctrina política de países centrales. Así también Joachim Hirsch, catedrático de ciencia política de Frankfurt, lo afirma que «la sumisión capitalista del mundo no debe ser vista como un simple proceso económico autónomo, sino que se sustenta sobre un poder estatal organizado donde se manifiestan las relaciones de competencia y de las cuales está impregnando el capital internacional». Lo que significa, según Hirsch, que la globalización, que tiene como supuestos los procesos de privatización y desformalización, no implica «una política de integración en el sentido de una sociedad mundial, sino que se basa esencialmente sobre la eficacia del mecanismo capitalista del mercado, con la consecuencia de que los conflictos sociales y políticos que ahí ocurren sean tratados necesariamente con violencia».<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> TAVARES, Juárez. Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública. In: *Derecho penal y política transnacional*. Silvina Bacigalupo e Manuel Cândia Meliá (Coord.). Barcelona: 2005, p. 305-318.

Teixeira, também trazendo uma visão mais realista desse processo de globalização, aponta que os principais agentes que atuam no mercado internacional são as empresas multinacionais, os investidores privados e as empresas transnacionais, sendo eles que determinam a “vontade de mercado”, “a partir de critérios objetivos oferecidos pelas realidades socioeconômicas dos países onde tais agentes se encontram estabelecidos ou pretendem se estabelecer”. E os investimentos são influenciados por fontes cada vez mais presentes na economia internacional, como os relatórios de bancos de investimentos, por exemplo os feitos pelos norte americanos *J. P. Morgan*, *Standard & Poor’s* e *Moddy’s* a respeito dos índices *risk-country* dos países em desenvolvimento, e os relatórios da *Unctad* sobre a atratividade das economias mundiais. Além desses agentes, com a função coordenativa com relação à política macroeconômica, estão o FMI e o Banco Mundial.<sup>355</sup> Tudo isso porque

As últimas décadas do século XX se caracterizam por uma série de propostas voltadas ao livre comércio, à desregulamentação, à privatização das atividades vinculadas ao Estado, à liberalização dos mercados de capitais e, sobretudo, à minimização – ou extinção – da carga tributária imposta pelos Estados nacionais, propostas estas que foram definidas por Joseph Stiglitz como Washington Consensus, e implementadas com uma fé caracterizadora pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial frente aos países em desenvolvimento.<sup>356</sup>

Gomes e Bianchini, por sua vez, apontam as seguintes características principais do processo de globalização: a hegemonia geopolítica dos Estados Unidos; a mudança no conceito de valor estratégico; a mudança do conceito de Estado-nação, que enfrenta uma crise de identidade; a substituição dos Estados pelos organismos internacionais e pelos grandes grupos econômicos; “a preponderância do sistema democrático como regime político e desnacionalização como meta econômica”; o exercício do poder estar deixando de ser vertical e hierarquizado; a transformação na identidade pessoal, pois as pessoas não mais de orgulham de pertencer a um país ou grupo social; as grandes ameaças das doenças incuráveis, das epidemias, catástrofes, crime organizado e terrorismo; o aumento das desigualdades socioeconômicas devido à divisão da população não mais em

---

<sup>355</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. cit., p. 34-35.

<sup>356</sup> Ibid., p. 36.

ricos e pobres, mas em “englobados” e “excluídos”; a globalização financeira; a evolução tecnológica; e a transformação do Direito, que passa a ser aplicado por organismos internacionais, bem como o surgimento de novos direitos (ligados à genética e informática, por exemplo).<sup>357</sup>

Indo mais além, Bauman aduz que essa anulação tecnológica da distância e do tempo, ao invés de homogeneizar a condição humana, provoca um efeito de polarização. Isso porque emancipa algumas pessoas das restrições territoriais, eliminando a distância e aumentando sua capacidade de agir independente dela; mas, por outro lado, para outras, conduz à impossibilidade de se apropriar da localidade da qual não consegue se libertar e se mudar para outro lugar. Com efeito, com a perda de significado das distâncias, as localidades, separadas por elas, também perdem seu significado. Nas palavras do autor: “Alguns podem agora mover-se para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob os seus pés”.<sup>358</sup>

Por fim, Zolo, encontra um posicionamento intermediário para a definição do que seja a globalização, segundo o qual:

No que concerne aos desenvolvimentos mais recentes da globalização, entende-se que estes ganharam uma particular consistência nas últimas três décadas do século XX. Nesse sentido mais específico, com o termo “globalização” se busca denotar o processo social – fortemente influenciado pelo desenvolvimento tecnológico, pela crescente velocidade dos transportes e pela “revolução informática” – que deu vida a uma verdadeira e própria rede mundial de conexões espaciais e de interdependências funcionais. Esta “rede” coloca em contato entre si um número crescente de atores sociais e de eventos econômicos, políticos, culturais e comunicacionais, outrora desconectados em virtude das distâncias geográficas ou de barreiras cognitivas e sociais de vários tipos. Nesse sentido, fala-se de “contração” da dimensão espacial e da temporal como uma das *human consequences* da globalização subjetivamente mais percebidas.<sup>359</sup>

---

<sup>357</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 17-18.

<sup>358</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 25.

<sup>359</sup> ZOLO, Danilo. *Globalização: um Mapa dos Problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010, p. 15-16.



Esclarecidas, sucintamente, as diferentes possibilidades de se compreender a globalização, cumpre-se dizer que toda essa complexidade do mundo em que vivemos, como já se abordou anteriormente, faz com que as condutas lesivas, antes praticadas por uma só pessoa, passem a ter níveis também organizacionais e internacionais. Conforme Gomes e Bianchini, o crime organizado, possuidor de uma finalidade econômica, é, na atualidade, o crime dos poderosos (*crime of the powerful*), pois em nossa sociedade globalizada, também alguns criminosos e espécies de crimes se internacionalizaram (como, por exemplo, o tráfico de pessoas, o narcotráfico, a corrupção internacional, a *ciberdelinquência*), adotando uma forma de criminalidade empresarial<sup>360</sup>. Nesse mesmo sentido, Mulas alerta que:

Nuestras sociedades también destacan por enorme complejidad, pues la interacción individual alcanzado hasta ahora del todo desconocidos. Son características definitorias del sistema social actual, entre otras: el desarrollo social de los últimos tiempos, la multiculturalidad como nota cada vez más característica, el vertiginoso proceso urbanístico que sufren las grandes ciudades, la división del trabajo y la proliferación de estructuras colectivas. Factores todos ellos que determinan el que las conductas lesivas ya no se produzcan como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo – jerarquías – funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etc., con el correspondiente contexto del riesgo para bienes jurídicos. Esto es, la sociedad actual, de igual modo que se presenta mucho más compleja en su estructuración, se muestra mucho más delicada en su funcionamiento.<sup>361</sup>

Da mesma forma, Cepeda aponta o fato de que, tendo-se em vista as facilidades proporcionadas pela globalização (como o livre trânsito de mercadorias, a livre circulação financeira e etc), numerosos crimes se globalizaram, como, por exemplo, o narcotráfico, o tráfico de seres humanos, o tráfico de armas, o tráfico de órgãos humanos, o tráfico de animais, a *ciberdelinquencia* e etc. Além disso, não podemos olvidar da criminalidade organizada, a qual nasce vinculada ao comercio

---

<sup>360</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 22-23.

<sup>361</sup> MULAS, Nieves Sanz, op. cit., p. 13.

mundial, possuidor, hoje, de um volume muito maior, devido ao nível dos fluxos financeiros e de capitais.<sup>362</sup>

A autora ainda complementa ser esta uma criminalidade marcadamente econômica e empresarial, sendo a forma em que são praticados esses delitos internacionais embasada em sólidas logísticas e eficientes estruturas organizacionais, ou seja, uma maneira tipicamente empresarial, associada ao poder econômico.<sup>363</sup>

Na linha de Silva Sánchez, a globalização econômica e a integração supranacional proporcionarão um duplo efeito sobre a criminalidade. Sob um aspecto, em menor escala, haverá um abandono de certas condutas consideradas criminosas, que passarão a deixar de sê-lo (como as condutas violadoras de barreiras e controles estatais à livre circulação, o que já foi, feito, por exemplo, na legislação espanhola).<sup>364</sup> Isso porque, conforme Gomes e Bianchini, se há a exigência do livre trânsito de mercadorias, de moedas e capital, aqueles crimes que atrapalham esse “bom” andamento da globalização tendem a ser extintos, como por exemplo os delitos de descaminho e evasão de divisas.<sup>365</sup> Sob outro prisma, ocorreria, do contrário, o surgimento de novas modalidades de delitos clássicos, bem como até então desconhecidas formas de criminalidade. Assim, surge uma nova forma de criminalidade, ou, para dizer o mínimo, há um incremento da criminalidade já existente. A delinquência característica da globalização é atrelada à transnacionalidade e ao poder econômico, sendo predominantemente econômica, organizada, internacional, enfim uma criminalidade dos poderosos (*crimes of the powerful*).<sup>366 367</sup> Por essas razões, para Silva Sánchez, há o que ele chama de uma “nova concepção de objeto do delito”:

---

<sup>362</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 44.

<sup>363</sup> Ibid., p. 45.

<sup>364</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 79-80.

<sup>365</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 19.

<sup>366</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 79-80.

<sup>367</sup> Sobre isso Silva Sánchez faz a ressalva de que a globalização não incide somente sobre a “macrocriminalidade econômica”, mas também sobre a “microcriminalidade de massas”. No seu ver, isso se daria no sentido de que a globalização trouxe à Europa um fenômeno migratório, fazendo com que a criminalidade clássica, sobretudo pelo fato de os imigrantes viverem à margem de relações laborais estáveis, também aumentasse. O jurista faz a ressalva de que não se pode afirmar, entretanto, que os estrangeiros delinquem mais que os nacionais, mas se pode admitir que, em realidade, os crimes praticados por “extracomunitários” são mais vistos, inclusive pela atenção que lhes é dispensada pelos meios de comunicação. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 98-101).

Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à idéia de delinqüência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinqüência da globalização.<sup>368</sup>

No mesmo sentido, para Ferrajoli, um dos efeitos da globalização é o fato de a criminalidade ter passado a se desenvolver a nível internacional, global. Assim como na economia, a atividade criminosa não se desenvolve mais em um só país ou território nacional, mas, à semelhança das atividades econômicas das grandes multinacionais, a nível transnacional ou mesmo planetário.<sup>369</sup> Nesse aspecto, esse tipo criminalidade não é mais aquela de subsistência, praticadas por indivíduos, normalmente marginalizados, mas uma criminalidade chamada do poder.<sup>370</sup>

O jurista ainda acrescenta que dois elementos tornam ameaçadoras essas formas de criminalidade, quais sejam, o fato de ser organizada e de ser apoiada ou protegida por poderes “fortes, ocultos, por vezes subversivos”. Por essa razão, em termos de classes sociais, as classes perigosas não mais seriam as provenientes da marginalidade, mas as elites dirigentes da política e economia.<sup>371</sup>

Saliente-se também que essa criminalidade advinda da globalização atinge a todos, independentemente de sua situação econômica, não havendo distinção de classes. Por isso Gomes e Bianchini afirmam que “na era da globalização as vítimas tendem a ser também globalizadas”. E no mesmo sentido, fazendo uma relação com a Sociedade do Risco, alerta Quiroga:

Es verdad que la globalización de los riesgos produce un «efecto bumerang» que hace que «también los ricos y los poderosos no estén seguros ante los riesgos». También es cierto que la lluvia ácida sobre ciertos lugares repercute sobre el ecosistema y que las cadenas alimentarias enlazan a todos los habitantes de la tierra, así como que la desaparición de los grandes bosques, la emisión de gases que producen el calentamiento de la atmosfera con los consiguientes daños y alteraciones climáticas, son riesgos que afectan a todos. El

---

<sup>368</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 80.

<sup>369</sup> FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e Globalização. In: *Revista do Ministério Público*. Ano 24º, Outubro-Dezembro 2003, nº 96, p. 7-20.

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Ibid.

agua y el aire contaminados afectan a todos por igual. Cuanto más global sea el riesgo, más igualitario es su reparto.<sup>372</sup>

Diante dessa situação, Silva Sánchez projeta o prognóstico de um Direito Penal cada vez mais unificado, e, além disso, menos garantista, na medida em que a tendência é de flexibilização das regras de imputação e de relativização de garantias político-criminais, substantivas e processuais. Por isso o autor aduz que o Direito Penal da globalização acentua a tendência já corrente nas legislações nacionais.<sup>373</sup> Ainda, o jurista afirma que isso se dá pois estamos diante de demandas práticas, o que quer dizer que há um exigência de um combate eficaz à criminalidade. Não há, nesse aspecto, uma discussão científica, uma aspiração intelectual, de cunho teórico, mas sim, uma exigência prática de resposta a essa nova criminalidade que os ordenamentos nacionais não estariam conseguindo dar conta.<sup>374</sup> Diante disso, conforme Gomes e Bianchini, a grande reivindicação hoje consiste na “uniformização da reação contra os delitos que perturbam a “ordem internacional”, particularmente o crime organizado. Fala-se insistentemente em harmonização das legislações. Contra a criminalidade transnacional, reações também transnacionais”.<sup>375</sup> Tal exigência possuiria, desse modo, uma inclinação punitivista, atrelando-se, nesse ponto, à sensação social de insegurança dos indivíduos.<sup>376</sup>

Diante disso, para esse tipo de criminalidade não haveria regulamentação legal suficiente, estando também a dogmática carente de adequada elaboração. Conforme Silva Sánchez:

Em segundo lugar, a delinqüência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinqüência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que tem uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração

<sup>372</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de, op. cit., p. 330-331.

<sup>373</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 76.

<sup>374</sup> Ibid., p. 79.

<sup>375</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 20.

<sup>376</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 79.

dos mesmos sobre bases significativamente diversas daqueles do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*).<sup>377</sup>

Nesse aspecto, alerta Machado para o fato de que os mecanismos de proteção e controle ainda estão organizados a nível de Estado-nacional e da “atuação racional individual”, enquanto que, em face da globalização, os efeitos desse controle atingirá a globalidade. Por essa razão, há quem defenda que, na nossa Sociedade do Risco globalizada, a garantia da segurança não poderá se dar somente no âmbito estatal. No entanto, por outro lado, claras são as dificuldades de se implementar políticas globais que realmente previnam os riscos.<sup>378</sup>

Pelos fatores expostos, o importante e o que se quer aqui é destacar dois aspectos cruciais. Inicialmente, o inegável papel desse movimento da globalização na disseminação e potencialização da Sociedade do Risco, pois conforme Cepeda surgem riscos que “están asociados a la universalización de las tecnologías, a la globalización de la economía, de la información, y caracterizados por la potencial universalización de sus eventuales consecuencias, debido a la abolición de barreras nacionales y, en algunos casos, de clase social ou generacionales”.<sup>379</sup> E, além disso, a efetiva criação de novas formas de delinquência. Como consequência se tem o movimento em direção à expansão do Direito Penal. Por essas razões, Cancio Meliá lembra que “uma das causas que pode ser citada como determinante dos fenômenos expansivos é a assim chamada ‘globalização’”.<sup>380</sup> Por essas razões conclui, resumidamente, Buergo, acerca da globalização dos fenômenos sociais, que as decisões humanas que desencadeiam os perigos trazem consequências que podem afetar a todos, levando-se em conta a ausência de fronteiras, a qual supõe a possibilidade de se falar em “*peligros globales en la sociedad global*”, e justificaria a denominação “sociedade de risco mundial”.<sup>381</sup>

Além de tudo isso, cumpre-se, por fim, fazer o alerta de Bauman. Há mais do que uma coincidência na tendência a unir os problemas da insegurança e incerteza em uma única preocupação com as garantias pessoais e as novas realidades

<sup>377</sup> Ibid., p. 75.

<sup>378</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 30.

<sup>379</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 29-30.

<sup>380</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. El Injusto de los Delitos de Organización: Peligro y Significado. In: *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 104.

<sup>381</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 26-27.

políticas do Estado-nação<sup>382</sup>, especialmente a reduzida soberania estatal nessa era da globalização. As “forças de mercado”, globais e extraterritoriais, justamente querem que os governos voltem sua atenção para um “ambiente seguro” (na medida em que, assim, também impedem que eles atuem em outros setores). Nesse mundo de finanças globais, os governos são detentores de um papel de “distritos policiais superdimensionados”, preocupando-se com a qualidade e quantidade dos policiais em serviço, com os mendigos, perturbadores e ladrões, e com a segurança das prisões, sendo esses os principais fatores de “confiança dos investidores”, que são considerados no momento de investir ou retirar o investimento. Essa aposta em uma “política policialesca” é o que o Estado faz para atrair o capital nômade, sendo o caminho mais curto para a prosperidade e para a produção de uma sensação de bem-estar nos eleitores, com o que se exhibe, publicamente, a competência policial e destreza do Estado.<sup>383</sup>

## 2.5 A “CRIMINALIDADE DOS POBRES”

O aumento do interesse na punição dos *crimes of powerless* é outra tendência que contribui para a política criminal expansionista. Essa dinâmica se dá, especialmente, a partir dos movimentos de Lei e Ordem<sup>384</sup> e do incentivo da

---

<sup>382</sup> Sobre o Estado-Nação, a soberania e as instituições políticas, Bauman refere: “Os poderes reais que criam as condições nas quais todos nós atuamos fluam no espaço global, enquanto as instituições políticas permanecem, de certo modo, “em terra”, são “locais”. Como continuam a ser majoritariamente locais, as organizações políticas que operam no interior do espaço urbano podem fatalmente padecer de uma frágil capacidade de agir – e sobretudo de agir com eficácia, com “soberania” – no palco em que representa o drama da política.” (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*, op. cit., p. 30.)

<sup>383</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 128.

<sup>384</sup> Veja-se o que esclarece Shecaira a respeito do movimento da Lei e Ordem: “A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o Movimento da Lei e Ordem. A idéia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozes são apresentados pelo *mass media* e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo — retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem. Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos “homens de bem”, ou seja, àqueles que não cometem delitos.”

denominada política da Tolerância Zero (a eles pertencente), surgida nos Estados Unidos, na cidade de Nova Iorque, no que tange à gestão da criminalidade e dos conflitos sociais em geral. Nesse contexto, o que há é uma identificação do crime com os “desclassificados”, havendo uma criminalização da pobreza. Para a sociedade, o tipo mais comum dos criminosos advém de sua “base”, residentes dos guetos urbanos, estando, portanto, localizado em um espaço certo<sup>385</sup>.

Conforme Wacquant, ante o que podemos chamar de “crise do Estado Social”<sup>386</sup> (a qual se manifesta no descumprimento, por parte do estado, das promessas de efetivação dos direitos sociais), o atual ideário neoliberal “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social”, apesar se ser justamente essa a própria razão de ser da insegurança<sup>387</sup>. Com efeito, essa é uma tendência que se manifesta na limitação a questões de Lei e Ordem do que ainda resta da iniciativa política nas mãos do Estado-nação, e que

(SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009, p. 170).

<sup>385</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 134.

<sup>386</sup> Com relação a essa forma estatal, cabe referir que o Estado Social consolidou-se, depois da Revolução Industrial, na cessão às pressões dos trabalhadores, que, aliadas a um colapso na economia, manifestado na crise de 1929, demonstraram a necessidade de implementação de poderes estatais de intervenção onde antes não era permitido (e isso inclui principalmente a economia). Nasce, assim, o “Welfare State”. Não basta mais a limitação ao poder estatal, é preciso que o Estado tenha poderes para garantir direitos liberais e sociais por ele concedido aos cidadãos, além de interferir na economia em caso de necessidade. O Estado passa a ter, com essa evolução, um caráter positivo, contrariando a abstenção que deveria exercer no modelo liberal. Por essa razão Streck e Bolzan de Moraes apontam para a importante característica do cidadão passar a ter direito de garantia do seu bem-estar pela “ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do povo”. (STRECK, Lenio Luiz, BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit., p. 79) No entanto, é de ver-se que para Streck e Bolzan de Moraes, seguidores do posicionamento de René Antonio Mayorga, os países da América Latina, periféricos e de desenvolvimento tardio, não vivenciaram a fase do Estado Social. Conforme explicam os autores: “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos de desenvolvimento tardio o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão-somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil”. (STRECK, Lenio Luiz, BOLZAN DE MORAIS, José Luis, op. cit., p. 81-82).

<sup>387</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 7-8.

proporciona uma “existência ordeira” para alguns e uma ameaçadora força da lei para outros.<sup>388</sup>

Essa técnica se apresenta ainda mais sedutora quando aplicada em países com altos níveis de desigualdade social e sem uma tradição democrática, como o nosso. Nessa medida, a alternativa entre o tratamento social da miséria e o seu tratamento penal, e a opção pela segunda (segundo Wacquant, “que visa às parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle”) mostra-se mais acentuada em países recentemente industrializados da América do Sul.<sup>389</sup> Nesse contexto, a respeito da sociedade brasileira, o autor alerta:

Em primeiro lugar, por um conjunto de razões ligadas a sua história e sua posição subordinada na estrutura das relações econômicas internacionais (estrutura de denominação que mascara a categoria falsamente ecumênica de “globalização”), e a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades.<sup>390</sup>

Com relação ao Direito Penal brasileiro, Streck aduz ser comum se pensar o Direito Penal “como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem”?), a pretexto de garantir a almejada paz social”<sup>391</sup> <sup>392</sup>.

---

<sup>388</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 111.

<sup>389</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit. p. 7-8.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>391</sup> STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: *20 anos de Constituição. Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política*. Lenio Luiz Streck, Vicente Paulo Barreto e Alfredo Santiaño Culleton (Org.). São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 93.

<sup>392</sup> Na mesma linha, Vera Malaguti Batista aponta como o medo tem sido encarado na sociedade brasileira: “Eu trabalho com a hipótese de que a hegemonia do conservadorismo brasileiro se utiliza do medo como estratégia para a derrota das forças populares ao caos e à desordem. A difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de disciplinamento e controle das massas empobrecidas. O tipo de ordenamento introduzido pela escravidão na formação socioeconômica não foi abalado nem pelo fim da escravidão, nem pela República, nem na “transição democrática” com o fim da ditadura militar implantada através do golpe de 1964. A insurreição negra tem sido a grande categoria fantasmática, o grande zumbi das elites brasileiras: da Revolta do Malês aos arrastões nas praias. A hegemonia conservadora trabalha a difusão do medo como indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo torna-se fator de tomadas de posição



Na mesma linha, Zolo liga esses fatores ao processo de globalização:

Aos processos de globalização corresponde na maioria dos países ocidentais (e em alguns outros países latino-americanos, como Brasil, Jamaica e México, que lhes tinham seguido o exemplo), uma profunda transformação das políticas penais e repressivas: uma transformação que foi rotulada, como já mencionamos, de passagem do Estado social ao “Estado penal”. Os Estados ocidentais acordam uma importância crescente às políticas para a “segurança dos cidadãos”, entendendo por segurança a defesa das pessoas e dos seus bens da ameaça posta pela criminalidade.<sup>393</sup>

Assim, o processo de globalização acaba por pressionar os Estados Nacionais ao controle social, o qual é exercido por meio de um controle policial que incide sobre as camadas consideradas delituosas. Com isso a administração penitenciária ocupa espaços que deveriam ser ocupados política, social e economicamente pelo *Welfare State*. Conforme o autor, assistimos a uma drástica passagem do que seria uma concepção “positiva” da segurança – “como reconhecimento das expectativas e da identidade das pessoas e como participação social”, para o que ele considera uma concepção negativa, “entendida com simples incolumidade individual em relação a possíveis atos de agressão e como repressão à criminalidade”.<sup>394</sup>

A partir disso, incrementa-se a repressão policial no intuito de conter essa violência urbana. Desenvolve-se, assim, um Estado Penal, conforme Wacquant, “para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos do proletariado urbano”, aumentando-se a intervenção do aparelho policial e judiciário, o que pode ser comparado a uma “verdadeira ditadura dos pobres”.<sup>395</sup>

---

estratégicas no campo econômico, político, social ou cultural. O medo também paralisa: nos medos de ontem, como nos de hoje, não se questiona a violência de uma sociedade tão desigual e tão rigidamente hierarquizada, mas proclama-se por mais pena, mais dureza e menos garantias no combate ao que ameaça, criando uma espiral aparentemente infinita que vai afastando cada vez mais o debate das questões nodais da história do Brasil: igualdade, liberdade, acesso à terra, direitos, enfim, o protagonismo econômico, social e cultural do povo brasileiro. (BATISTA, Vera Malaguti. Você tem medo de quê? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, nº 53, p. 369-370)

<sup>393</sup> ZOLO, Danilo, op. cit., p. 66-67.

<sup>394</sup> Ibid., p. 67.

<sup>395</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 10.

O “objeto” dessa criminalidade pode ser considerado a delinquência dos jovens, a violência urbana e proveniente dos aglomerados populacionais pobres (no Brasil denominados vilas e favelas). Essas noções advêm de discursos provenientes dos Estados Unidos, a respeito do crime, da violência, da justiça, da igualdade e da responsabilidade, e proporcionam a redefinição das missões do Estado, que reduz o seu papel social e amplia a sua intervenção penal.<sup>396</sup> Com efeito, conforme Callegari e Motta, a tendência de uma política criminal expansionista encontra respaldo na legislação brasileira, que se aproxima de políticas de Lei e Ordem, recrudescendo o sistema penal, através de alterações na legislação vigente e criação de novas incriminações.<sup>397</sup>

Isso porque considerava-se, naquele país, que as políticas de ajuda aos mais pobres eram excessivamente generosas, provocando o aumento da escala de pobreza nos Estados Unidos, já que seriam uma recompensa pela inatividade, o que levaria à degenerescência moral das classes populares.<sup>398</sup> Conforme esse pensamento, a tolerância às pequenas infrações fomentaria as infrações graves violentas, pois transmitiria a impressão de que a sociedade está descontrolada, chegando-se à conclusão de que a melhor forma de combater a criminalidade grave é perseguir severamente as pequenas desordens do cotidiano.<sup>399</sup> Vê-se, assim, a promoção de, segundo Bauman, “questões classificadas na rubrica da ‘lei e da ordem’, na panóplia de preocupações públicas, particularmente quando essas difusas preocupações se refletem nas interpretações douradas e autorizadas dos males sociais e nos programas políticos que prometem curá-los”.<sup>400</sup>

O ponto de referência da difusão dessa ideologia é o *Manhattan Institute* de Nova Iorque, defensor da combinação livre mercado – responsabilidade individual – valores patriarcais. Seguidor desses parâmetros, como importante personagem, temos Rudolph Giuliani que, no final de 1993, ganha as eleições em Nova Iorque, iniciando uma agressiva política de repressão à pequena delinquência e a outras disfunções sociais, como a mendicância, embriaguez, consumo de drogas,

---

<sup>396</sup> Ibid, p. 17-18.

<sup>397</sup> CALLEGARI, André Luis, MOTTA, Cristina Reindolff da, op. cit., p. 1-22.

<sup>398</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 22.

<sup>399</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Patricia Faraldo Cabana (Directora), Valencia: Tirant to Blanch, 2004, p. 21.

<sup>400</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 111.

prostituição, etc. Ele contou com o apoio de William Bratton, chefe do *New York Police Department*, conhecido pelo *slogan* Tolerância Zero.<sup>401</sup>

A partir dessa conceituação, surge a teoria da “vidraça quebrada”<sup>402</sup> (segundo a qual, ao se quebrar a vidraça de um prédio e se deixá-la daquela forma isso faria com que as demais fossem quebradas – em uma atitude repetitiva, o que justificaria a punição imediata dos pequenos delitos, para que não se alastrassem e se tornassem maiores), a “lei dos três golpes” (que determinava que, ao reincidir pela terceira vez, o acusado receberia uma pena automática de vinte anos de reclusão), a *Ley Megan* (de acordo com a qual todos os Estados – dos Estados Unidos – deveriam informar à comunidade quando uma pessoa tivesse cumprido pena por abuso sexual de menores<sup>403</sup>), entre outras.

A teoria da “vidraça quebrada” serviu de base para a reorganização do trabalho policial feita por Bratton<sup>404</sup>. Foram desenvolvidas três frentes: aumento em 10 vezes do efetivo e dos equipamentos das brigadas; responsabilização operacional dos comissários de bairro, com obrigação quantitativa de resultado; e a implementação de um sistema de radar informatizado, que permitia a redistribuição instantânea das forças de ordem e a aplicação inflexível da lei sobre os delitos

---

<sup>401</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. *Itinerários de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 17-18.

<sup>402</sup> Sobre a teoria das janelas quebradas, Shecaira presta o seguinte esclarecimento: “O programa de tolerância zero tem sua origem, em grande medida, em função de um famoso artigo publicado por James Q. Wilson em parceria com George Kelling, no ano de 1982, na revista norte-americana *Atlantic Montly*. O artigo intitulou-se de “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”. A ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade. A leniência e condescendência com pequenas desordens do cotidiano não devem ter sua importância minimizada. Ao contrário. Não se deve negligenciar essa importante fonte de irradiação da criminalidade violenta. Esse pensamento é metaforicamente exposto com a teoria das janelas quebradas”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 166).

<sup>403</sup> Na mesma linha de orientação, uma lei californiana, de 1996, determinava a castração química de abusadores reincidentes de menores. (ELBERT, Carlos Alberto. *El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad*. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Ney Fayet Júnior, Simone Prates Miranda Corrêa (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 73).

<sup>404</sup> Conforme Shecaira, essa teoria, embasadora das medidas adotadas por Bratton, possui quatro elementos principais: “(i) Ao lidar com a desordem e com pequenos desordeiros, a polícia fica mais bem informada e se põe em contato com os autores de crimes mais graves, prendendo também os mais perigosos; (II) a alta visibilidade das ações da polícia e de sua concentração em áreas caracterizadas pelo alto grau de desordem, protege os bons cidadãos e, ao mesmo tempo, emite mensagem para os maus e aqueles culpados de crimes menores no sentido de que suas atitudes não serão toleradas; (III) os cidadãos começam a retomar o controle sobre os espaços públicos, movendo-se para o centro dos esforços de manutenção da ordem e prevenção do crime; (IV) na medida em que os problemas relacionados à desordem e ao crime deixam de ser responsabilidade exclusiva da polícia e passam a envolver toda a comunidade, todos se mobilizam para enfrentar tais questões de uma forma mais integrada”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 166-167).

menores, como embriaguez, jogatina, mendicância, atentados aos costumes, ameaças e etc.<sup>405</sup>

De acordo com Belli, “embora jamais tenha sido validada empiricamente, a teoria das “janelas quebradas” alcançou status de verdadeira varinha de condão”<sup>406</sup>. Ela passou a ser considerada a resposta ideal à violência das grandes cidades, como um modo de recuperação da autoestima dos moradores, erradicando-se as pequenas condutas que contribuiriam para a decadência da ordem. Conforme o autor, “seria necessário retomar o espaço público, que havia sido degradado pela presença de uma escória de pequenos infratores prontos a assumir características mais violentas. O Estado deveria, portanto, aparelhar-se para cumprir sua função central da manutenção da lei e da ordem”.<sup>407</sup>

Essa política proporciona uma dupla consequência: a perseguição de certos setores sociais em determinados espaços públicos; e a construção de uma mensagem de tranquilidade transmitida aos outros âmbitos sociais, mais precisamente às classes médias e altas.<sup>408</sup> Além disso, alimenta-se a partir de um círculo vicioso, na medida em que as estatísticas criminais refletem um maior número de crimes em determinados grupos sociais e espaços da estrutura urbana justamente devido ao seu abandono por parte do Estado e à intensificação do controle policial sobre eles. Na conclusão de Gracia, “e ello reproduce, de nuevo, la decisión de centrar en estos grupos y espacios los esfuerzos institucionales en la gestión del control social”.<sup>409</sup> Assim, conforme Zolo, “o que não é mais absolutamente tolerado não é, em geral, a criminalidade: são os comportamentos específicos, mesmo de pequena importância, dos sujeitos marginais – dos “estrangeiros” – que não aceitam se adequar aos modelos dominantes do conformismo social”<sup>410</sup>.

Toda essa sistemática da Tolerância Zero desenvolvida em Nova Iorque, conforme Wacquant, foi um “instrumento de legitimação da gestão policial e

---

<sup>405</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 26.

<sup>406</sup> BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. 28 de agosto de 2011. Disponível em <http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>, acesso em 12/12/2012.

<sup>407</sup> BELLI, Benoni, op. cit.

<sup>408</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. *Itinerários de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 19-20.

<sup>409</sup> Ibid., p. 23.

<sup>410</sup> ZOLO, Danilo, op. cit., p. 67-68.

judiciária da pobreza que incomoda”<sup>411</sup>, propagando-se rapidamente para outros países. De acordo com o autor:

Aureolado pelo lustro do ‘êxito’ de Nova York (exageradamente apresentada como a metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo das ‘cidades seguras’ nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra), esse tema proporciona aos políticos de cada um dos países importadores a oportunidade de dar ares de ‘modernidade’ à paradoxal pirueta retórica que lhe permite reafirmar com pouco prejuízo a determinação do Estado em punir os ‘distúrbios’ e, ao mesmo tempo, isentar esse mesmo “Estado” de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à responsabilidade *individual* os habitantes das zonas ‘incivilizadas’ (...).<sup>412</sup>

No mesmo sentido, Garcia alerta para a divulgação desse modelo da Tolerância Zero para outros países ocidentais, interessados na gestão da pobreza e na retirada do Estado da frente econômico-social:

El modelo de la “Tolerancia Cero” descrito, dirigido a la criminalización de la pobreza, es decir, a la gestión policial de la pobreza que molesta – la que provoca incidentes, la que se ve -, lo que tiene mucho que ver con la reordenación mercantil de la ciudad, ha iniciado su exportación desde EE.UU al resto de los países occidentales. Seguramente en esta difusión han influido, entre otros factores, los innegables reditos mediáticos (su acusado perfil simbólico-comunicativo), pero sobre todo políticos, de esta orientación, que permite encubrir la retirada estatal del ámbito socioeconómico ofreciendo aparentes prestaciones en materia de seguridad, ante el incremento de las sensaciones de inseguridad de importantes segmentos de la ciudadanía.<sup>413</sup>

Conforme Belli, a Tolerância Zero parece oferecer a solução para o problema da criminalidade brasileira. A violência urbana é reduzida a uma questão de polícias, mas não do sentido de punição *ex post facto*, mas sim no de vigilância e escolha dos alvos preferenciais. De acordo com o autor, “a recepção favorável da tolerância zero no Brasil tem menos a ver com sua suposta eficiência na redução dos crimes do que com sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade brasileira”, proporcionando um reforço da concepção de crime e de

---

<sup>411</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 30.

<sup>412</sup> Ibid.

<sup>413</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. *Itinerários de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 21-22.

criminoso. O discurso supostamente científico da Tolerância Zero classifica a realidade de forma a reproduzir as relações sociais excludentes que prevalecem no Brasil, havendo uma correspondência entre os enunciados desse discurso e o senso comum sobre como lidar com os problemas da criminalidade brasileira. O entendimento da “guerra contra o crime” já vinha sendo aplicado na prática policial brasileira através da violência policial ilegal, com o que o discurso da Tolerância Zero possibilitou inserir esse costume em uma orientação internacional, revestindo a velha arbitrariedade de um novo discurso de credibilidade e reconhecimento mundial.<sup>414</sup>

Nessa linha, Elbert aponta alguns exemplos, em geral, de medidas estabelecidas a partir dessa política: a) mobilização das forças armadas para o controle de regiões ou lugares sem presença policial; b) criação de grandes “conselhos de segurança” de acordo com o modelo dos governos militares; c) endurecimento legal generalizado; d) aumento das penas em matéria de delitos sexuais; e) oferecimento de recompensas por dados sobre suspeitos; f) prêmios pela delação de imigrantes ilegais; g) transnacionalização da atividade policial; h) aumento do número de policiais nas ruas; e g) construção de mais prisões. Essas medidas, aplicadas na América Latina, refletem a influência e o interesse dos Estados Unidos.<sup>415 416</sup>

No entanto, enquanto essa técnica se espalhava pelo planeta<sup>417</sup> ela começava a ser questionada em Nova Iorque<sup>418</sup>, depois da ocorrência do

---

<sup>414</sup> BELLI, Benoni., op. cit.

<sup>415</sup> ELBERT, Carlos Alberto, op. cit., p. 72-73.

<sup>416</sup> Nesse ponto cumpre observar que, na América Latina, há toda uma história voltada a uma atuação policial repressiva com a finalidade de manutenção da ordem. É o que aduz Rico, apontando que, já durante o período colonial “españoles y portugueses introdujeron – sobre todo en el Cono Sur – el modelo de policía imperante en el continente europeo, caracterizado por su naturaleza esencialmente represiva y orientada al mantenimiento del orden. Las tareas policiales eran ejercidas por los aguaciles (cuerpo especial de vigilantes encargado de perseguir a los malhechores y vigilar los campos), la policía rural y los serenos (agentes de seguridad nocturno). Los primeros servicios policiales se crean en Chile (1760), Nueva Granada (1791), Brasil (1808), Argentina (1813) y Uruguay (1829), generalmente con atribuciones similares a las del ejército. (RICO, José Maria. *Justicia penal y transacción democrática en América Latina*. México: Siglo veintiuno ediciones, 1997, p. 24).

<sup>417</sup> Como exemplo, pode-se citar a “cruzada nacional contra o crime” no México; as medidas tomadas na Argentina (entre elas a criação de ‘galpões penitenciários’); a contratação de 800 policiais civis e militares em Brasília, para fins de aplicação da “tolerância zero” em resposta a uma onda de crimes de sangue na capital brasileira. (WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 31).

<sup>418</sup> Veja-se que o prefeito Giuliani sempre pronunciava sua política como responsável pela queda de criminalidade em Nova Iorque. No entanto, conforme Shecaira, ele omitia importantes informações, “como a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinquentes. Também omitiu que outras grandes cidades

assassinato de Amadeu Diallo, imigrante da Guiné, de 22 anos, em 1999, morto com 41 balas de revólver por quatro policiais da “Unidade de Luta Contra os Crimes de Rua”, que perseguiram um suposto estuprador, quando Amadeu estava parado sozinho na porta de seu prédio. Ainda, antes disso, outro acontecimento foi o “caso Abner Louima”, de um imigrante haitiano que fora vítima de tortura sexual em um posto policial de Manhattan, em 1998. Após esses acontecidos, as práticas agressivas dessa tropa de choque de 380 homens fizeram com que ela respondesse a diversos inquéritos administrativos e dois processos, instaurados pelos procuradores federais, a partir da suspeita de realização de prisões com base na raça das pessoas e de deboche dos direitos constitucionais dos perseguidos.<sup>419</sup>

Com efeito, entre 1994 e 1998 teria havido um aumento de cerca de 62% referente a queixas de brutalidade policial encaminhadas à Junta de Revisão de Queixas (*Civilian Complaint Review Board*) da cidade de Nova Iorque, demonstrando o claro aumento de choques entre policiais e civis. Além disso, teria ocorrido o forjamento de relatórios, para fins de tornar menos graves os crimes não resolvidos e maquiar estatísticas.<sup>420</sup>

A Tolerância Zero será assim, de acordo com Belli, a política de um Estado penal, o qual trata a questão da segurança como um problema de déficit policial, punição e encarceramento, com o que só se aumenta o número de presos e não se provoca qualquer redução significativa da criminalidade. Conforme o autor, essa política “parece se encaixar perfeitamente no atual contexto político de desmonte do Estado de bem-estar, de modo a transformá-lo num Estado puramente penal, destinado a “cuidar” da parcela da população considerada “desajustada”, incapaz de inserir-se na sociedade de consumo”.<sup>421</sup>

---

importantes americanas tiveram substancial queda de criminalidade no mesmo período, mesmo sem qualquer medida assemelhada à Tolerância Zero. Também omitiu que a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política, porquanto o pico de criminalidade já havia atingido o auge em 1990, já sendo decrescente três anos antes da política exarcebadora de Tolerância Zero. Enquanto Nova York propalava “recorde” de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 a 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período. Boston obteve índices assemelhados aos de Nova York, 69,3%, com uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção de crimes. Outras cidades, sem qualquer política coerente pré-determinada, obtiveram índices grandes de redução. Destaque para os 61,3% de Houston e os 59,3% de Los Angeles”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 168).

<sup>419</sup> WACQUANT, Loïc, op. cit., p. 34-35.

<sup>420</sup> BELLI, Benoni, op. cit.

<sup>421</sup> Ibid.

Por tudo isso, é de ver-se que a Tolerância Zero e a “criminalização da pobreza” se manifesta como mais uma característica dessa “sociedade da insegurança e do risco” – apesar de aqui, o risco não dever ser entendido como aquele proveniente da evolução tecnológica. Com efeito, a aplicação de uma “linha dura” em matéria de controle social formal constitui um mecanismo de gestão cidadã e institucional da emergência diante da sensação social de insegurança. É o que explica García:

En efecto, este modo de gestión sintetizado en retóricas discursivas como las del “Law and Order” o de la “Tolerancia Cero”, presentado como un antídoto más fácil contra la emergencia de esa alarma social, supone una sumisión a los dictados de la gramática presente de los medios de comunicación, al tiempo que genera beneficios político-electorales inmediatos. En efecto, no resulta difícil constatar que las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad. Mediante este proceder, el Estado reencuentra, o, más bien, persigue la legitimación perdida como consecuencia de su retirada de los territorios de lo económico y de lo social.<sup>422</sup>

Na mesma linha, Bauman refere que “a insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos”, relatando o fato de suspeitarmos dos outros e não confiarmos em suas intenções, havendo uma recusa de confiança na solidariedade humana.<sup>423</sup>

Os resultados negativos da aplicação dessa política criminal são de caráter jurídico e criminológico. Juridicamente, há uma infração aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade e uma conversão do direito penal do fato em direito penal do autor<sup>424</sup>. E, além disso, percebeu-se que a Tolerância Zero não

<sup>422</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. *Itinerários de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 37-38.

<sup>423</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*, op. cit., p. 16.

<sup>424</sup> Conforme Roxin, Direito Penal do fato e direito Penal do autor se diferenciam da seguinte forma: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a eso se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Maneul Luzón Peña,



possui eficácia a médio e longo prazo. A sua prática em determinada zona da cidade não elimina o problema, apenas o transfere para outro local. Ainda, ela não produz resultado na prevenção geral da delinquência. Uma análise feita na cidade de Nova Iorque permitiu concluir não ter havido uma queda significativa no número de delitos, tanto dos mais graves quanto dos mais leves.<sup>425</sup> Além disso, essa política da tolerância zero aumenta o número dos prisioneiros. E a prisão, na linha de Bauman, significa não só imobilização, mas também expulsão, o que faz com que seja considerada a melhor medida pela população, já que “corta o mal pela raiz”. Ela significa uma prolongada e permanente exclusão (com o que, a partir desse raciocínio, a pena de morte seria considerada, então, a medida perfeita). Conforme o autor, “o lema é ‘tornar as ruas de novo seguras’ – e o que melhor promete a realização disso que a remoção dos perigos para espaços fora do alcance e de contato, espaços de onde não possam escapar?”. Assim, as pessoas que cresceram em meio a uma cultura dos alarmes contra os ladrões serão, logicamente, favoráveis a prisões e condenações cada vez mais longas, tudo combinando bem e restaurando “a lógica ao caos da existência”.<sup>426</sup>

Conforme Conde, é claro que não se pode negar que a globalização da economia tem proporcionado, em todo o mundo, um aumento da população subproletária, um maior número de desempregados, uma escassa qualificação de trabalho, uma imigração irregular, e etc, o que acaba por proporcionar mais delinquência, ou, ao menos, mais delinquência do tipo sobrevivência. É claro que não se pode admitir que 3 milhões de desempregados (referindo-se, o autor, à Espanha) possam roubar impunemente, mas a problemática do desemprego não pode ser resolvida por meio de repressão policial e aumento das prisões, mas de uma política social e econômica com justa distribuição de renda e maior investimento das prestações sociais. Do contrário, o que vem ocorrendo a partir da “globalização do modelo econômico”, é a redução do Estado Social e o aumento do Estado policial, penal e penitenciário. A ideia de Tolerância Zero se tornou um

---

Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 176-177.)

<sup>425</sup> CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho In: *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 10. Disponível em: <[www.revistaampem.org.br/2005](http://www.revistaampem.org.br/2005)>, Acesso em 11/10/2012.

<sup>426</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, op. cit., p. 130-131.

modelo único que se quer aplicar em todo o mundo, sem se atentar às diferenças econômicas, culturais e sociais de cada país.<sup>427</sup>

Assim, o controle e a vigilância se apresentam como obsessões, e a segregação dos grupos de risco, a fortificação e a exclusão se mostram como urgências. São essas respostas construídas para o medo, como sentimento (alimentado pela mídia) fundamental de compreensão da realidade do presente. A gestão dessa insegurança (através dessa oferta de endurecimento do controle social como resposta ao alarme social) cumpre uma tarefa de coesão social, que tende a ocultar ou, ao menos, rebaixar a perturbação derivada de todo um conjunto de outros fatores de insegurança social.<sup>428</sup>

Nesse aspecto, percebe-se que esses pontos de conflituosidade social passam a ser prioridade de um Direito Penal especialmente punitivo com relação a grupos sociais de classes economicamente inferiores. Nessa era de globalização neoliberal, o sistema penal se vê obrigado a se adaptar a gerir maiores níveis de exclusão e conflituosidade social, o que faz por meio do controle na gestão dos setores que sofrem os efeitos mais prejudiciais do novo modelo socioeconômico, ao invés da superação mediante um ideal reintegrador.<sup>429</sup>

## 2.6 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Diante de tudo o que se viu até agora, não se pode esquecer que esse fenômeno de endurecimento penal, por vezes, carrega uma carga eminentemente simbólica. Com isso se quer dizer que o legislador, nessa tendência de expansão do Direito Penal, aproveitando-se da sensação social de insegurança da população e suas conseqüentes demandas por segurança, tem criado leis somente para causar a impressão de que é combativo à criminalidade, querendo, desse modo, mostrar-se atendo às exigências da “luta contra o crime”.<sup>430</sup> Nesse prisma, conforme Cancio

---

<sup>427</sup> CONDE, Francisco Muñoz, op. cit.

<sup>428</sup> GARCIA, José Angel Bradanriz. *Itinerários de evolución del sistema penal...*, op. cit., p. 41-42.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>430</sup> Sobre essa expressão ‘luta contra o crime’, Hassemer e Muñoz Conde aduzem que “no es raro que no solo en el lenguaje cotidiano, sino también en las expresiones técnicas se asocien ‘criminalidad’ y ‘delito’ con la idea de ‘lucha’. El delito se concibe como un ‘mal’, la criminalidad como una ‘enfermedad infecciosa’ y el delincuente como un ser ‘dañino’”. (HASSEMER, Winfried, CONDE,

Meliá, quando se usa a terminologia Direito penal simbólico em sentido crítico, “quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente e manifesta”.<sup>431</sup>

No mesmo sentido explicam Callegari e Wermuth: “a população, acossada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a esses anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por meio de medidas legislativas”.<sup>432</sup>

Com efeito, o sentimento de insegurança da população é latente, conforme já apontado no item 2.2. Não é necessário ir muito longe para se ter um claro exemplo disso, basta se fazer uma análise local. Recentemente, no dia 10 de outubro de 2012, na Cidade de Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, assistiu-se a uma passeata que movimentou 1,6 mil pessoas que saíram às ruas, e mais de 3 mil pessoas na rede social *Facebook*. O protesto se deu por mais segurança na cidade, após a morte de dois jovens de classe média, que foram sequestrados e assassinados, após saírem de um bar frequentado pela classe média/alta do Município. O fato e a passeata foram amplamente cobertos pela mídia local (com menção, inclusive, em telejornal de rede nacional).

A passeata foi capa do Jornal NH do dia 11 de outubro de 2012<sup>433</sup>, a qual apresentou a seguinte manchete “Novo Hamburgo vive seu ano mais violento. Já são 83 assassinatos, 1,2 mil carros levados e uma onda de assaltos a comércio e residências”. Entre outros, alguns fatores chamam atenção em referida reportagem: a participação do então prefeito Tarcisio Zimermann na passeata; o fato de o Comando Geral da Brigada Militar ter anunciado que enviaria a Novo Hamburgo uma força-tarefa de 20 policiais para o policiamento da área central; a ênfase dada ao crescimento do número de assassinatos com relação ao ano de 2011 (de 61 para 83), o que representaria um aumento de 36%; as fotos dos cartazes ostentados pelas pessoas com frases do tipo “Andar por Novo Hamburgo me dá medo”, “Chega

---

Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1989, p. 37).

<sup>431</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

<sup>432</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 56.

<sup>433</sup> Reportagem em anexo (Anexo 1, Anexo 2 e Anexo 3).

de promessas, segurança já!”, “Pena de morte, porque não?”, “Lugar de bandido é na cadeia”, e “Os assassinos estão livres, nós não estamos”.

Esses pontos exemplificam muito bem toda a situação estudada nesse capítulo. O primeiro deles, referente à participação do prefeito, demonstra a preocupação do político em se mostrar atento e decidido com relação às demandas sociais. Nesse aspecto, vê-se um aproveitamento da situação de tragédia para se mostrar à população, o que, inclusive, se deu de uma forma estranha, pois a passeata era justamente para se chegar com reivindicações junto à Prefeitura, e o próprio prefeito dela participou (reivindicando para quem?). O outro ponto, que diz respeito ao aumento do número de policiais, demonstra a solução apontada para o problema da insegurança, no estilo policialesco e na linha da Tolerância Zero. A terceira questão, com relação aos dados referentes ao aumento da quantidade de assassinatos em 2012, demonstra a visão dada pela mídia, a qual não fez qualquer menção ou análise ao fato de, nos anos de 2009 e 2010 ter havido uma brusca queda no número de mortes (o que faz concluir que não há um aumento vertiginoso e gradativo de ano em ano, e isso conforme as estatísticas fornecidas pela própria polícia, trazidas em forma de gráfico pela reportagem). Por fim, o último aspecto, relacionado às frases ostentadas pelos participantes, comprova o fato de vivermos na sociedade da sensação de insegurança, o que conduz a uma pressão por um maior rigor das leis penais. E a reportagem se encerra com “chave de ouro”, com a síntese da opinião da mídia (em consonância total com o clamor popular – nesse caso a população da área central da cidade): “Os investimentos privados em vigilância, escolta armada, câmeras de monitoramento e alarmes de ultima geração, além de muros e cercas elétricas, não são suficientes para suprir a segurança que o Estado deveria garantir. Os ladrões estão cada vez mais armados e ousados”<sup>434</sup>.

É diante desses fatos que Elbert refere o seguinte: “los medios, legisladores y políticos se alarman solo cuando un marginado ataca alguien de una “familia tipo” o invade la privacidad alpina, o sea, cuando los mundos incompatibles se tropiezan en el mismo sitio”. São essas circunstâncias que provocam a “histeria político criminal de classe”, as quais geram as campanhas de Lei e Ordem, impulsionando modificações legislativas ou copiando os inventos da política criminal estadunidense, como a Tolerância Zero, a estigmatização pública, execuções itinerantes, cadeira

---

<sup>434</sup> Reportagem em anexo (Anexo 3).

elétrica ou injeção letal. No meio dessa conjuntura, também encampada pela mídia, fica difícil colocar-se contra essa avalanche de ideias que destroem os aspectos racionais do controle e pretendem implementar a “segurança do terror”, deixando de lado avaliações sobre a sua utilidade. As soluções simbólicas não preveem a adoção de medidas reais para amenizar o sofrimento das vítimas (como centros de assessoramento) e muito menos fundos indenizatórios para a compensação das perdas. Ao contrário, todo o debate gira em torno do melhores modelos de rigor e degradação retributiva.<sup>435</sup>

Esses fatores proporcionam a elaboração de leis penais eivadas somente de simbolismo. Silva Sánchez, alertando para o fato de que toda norma jurídica (não só a penal) carrega um caráter simbólico, faz referência às normas possuidoras de uma função meramente simbólica, ou seja, que aos políticos tragam a sensação de que algo fizeram e que aos eleitores proporcionem a sensação de o problema da insegurança está sendo controlado. O objetivo da norma penal simbólica estará, assim, em trazer à opinião pública a impressão “tranquilizadora de un legislador atento y decidido”.<sup>436</sup> O problema não estaria, então, no aspecto simbólico na norma, mas na sua transformação em função exclusiva dela. Também para Gomes e Bianchini:

(...) que todo instrumento de controle social, incluindo a lei penal, conta com efeitos simbólicos é inegável. Mas, se por um lado não há como não admitir esse tipo de efeito em toda intervenção penal, por outro lado tampouco se deixará de censurar o legislador ou aplicador do direito quando o concebe ou o utiliza unicamente com o propósito de forjar boas impressões na população.<sup>437</sup>

No mesmo sentido, para Roxin são tipos penais simbólicos “as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado”.<sup>438</sup>

O Direito Penal simbólico deve ser entendido, assim, como a importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política, a curto prazo, na

---

<sup>435</sup> ELBERT, Carlos Alberto, op. cit., p. 69.

<sup>436</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, p. 305.

<sup>437</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 104-105.

<sup>438</sup> ROXIN, Claus, op. cit., p. 24.

aprovação das respectivas normas.<sup>439</sup> Adotando-se o posicionamento de Cancio Meliá, a expressão Direito Penal simbólico não quer fazer referência a um grupo específico de condutas delitivas inaplicáveis ou que não proporcionem uma solução real ante a criminalidade, mas na intenção do legislador de utilizar o Direito Penal com o único fito de provocar certa impressão na população. Todas as normas que forem criadas alicerçadas nesse propósito poderão ser chamadas de Direito Penal simbólico, ainda que, de fato, sejam efetivamente aplicadas. Com isso não se quer negar, entretanto, que as normas advindas desse comportamento legislativo não possam ser, em sua maioria, de improvável aplicação.<sup>440 441</sup>

Nesse contexto, Cepeda, ingressando na questão da aparição de novos riscos, afirma que a demanda por segurança gerada por eles acabaram por se tornar solo fértil para a criação de tipos penais cuja única finalidade é satisfazer demandas sociais, sendo sua aplicação prática improvável. Assim, para a autora, haveria uma pressão social que faria incentivo a uma política criminal simbólica, já que, na Sociedade do Risco, a segurança resta convertida na principal preocupação da vida social, ainda que a magnitude dos riscos seja inferior ao sentimento social com relação a eles.<sup>442</sup>

Buergo, resumindo esses aspectos, explica o contundente efeito simbólico das normas penais contemporâneas:

Este efecto simbólico es concebido tanto como medio de conseguir una seguridad o aseguramiento predominantemente simbólico, como en el sentido de legislación puramente o fundamentalmente simbólica, es decir a que presenta como aparente solución del problema por parte del legislador, que

---

<sup>439</sup> MELIÁ, Manuel Cancio, *O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal*, op. cit., p. 65.

<sup>440</sup> Ibid., p. 57-64.

<sup>441</sup> Também não se quer negar que algumas normas sejam criadas com o real intuito de serem aplicadas, em uma perspectiva punitivista/eficientista. Nesse sentido explica Meliá: “O recurso ao Direito penal não aparece apenas como instrumento para produzir tranquilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas, mas que, em segundo lugar, também existem processos de criminalização “à moda antiga”, é dizer, processos que conduzem a normas penais novas que são aplicadas, ou ao endurecimento das penas para normas já existentes”. (MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal*, op. cit., p. 99-100). Ainda assim, o Direito Penal simbólico e esse punitivismo não podem ser separados nitidamente. Isso porque, uma legislação radicalmente punitiva em matéria de drogas, por exemplo, terá também como elemento motivacional do legislador os efeitos simbólicos advindos de sua promulgação. Por outro lado, as normas com o caráter simbólico “podem chegar a dar lugar a um processo penal ‘real’”. (MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal*, op. cit., 2005, p. 101).

<sup>442</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 333.

promete efectividad pero no la consigue. Ello se ha interpretado en el sentido de que se trataría de un Derecho penal no tanto orientado a la protección real de los bienes jurídicos, sino a conseguir fines políticos más amplios, como satisfacer una necesidad de intervención y de respuesta.<sup>443</sup>

Por essas razões, de acordo com Gomes e Bianchini, atribuir a uma norma um papel meramente simbólico é conceder a ela uma função “pervertida”, pois não se buscará a efetiva proteção de bens jurídicos, mas “outros fins psicosociais que lhe são alheios”, visando não a uma dissuasão do infrator, mas a uma tranquilização do cidadão cumpridor das leis, acalmando-se, assim, a opinião pública.<sup>444</sup>

Além disso, para Cepeda, esse caráter simbólico também está na intenção de uniformizar a opinião pública, os valores sociais e o Direito Penal. Dessa forma, ante a ausência de compatibilidade entre os primeiros, o Direito Penal serviria para inculcar no senso social valores, bens jurídicos, protegidos pelo Direito Penal, fazendo um papel de educar e difundir mensagens de conscientização.<sup>445</sup> De acordo com a jurista, é como se o Direito Penal, diante da falta de consenso social em torno do bem jurídico, devesse inculcar confiança na sociedade (e, inclusive, educá-la), com o que “se estaria utilizando el Derecho penal con fines exclusivamente publicitarios o de difusión de mensajes para concienciar a los ciudadanos”.<sup>446</sup>

Essa função de pedagogia social não pode trazer outra consequência se não a abertura do leque de intervenção penal. Com efeito, não deve ser confiado ao Direito Penal, que é um instrumento de coerção, uma função pedagógica, sob pena de se estar concebendo-o em uma lógica autoritária, criando-se normas normalmente carentes de concreção e taxatividade, colocando em risco a liberdade do cidadão.<sup>447</sup>

Silva Sánchez, no mesmo sentido, aponta para a função educativa que vem a assumir esse Direito Penal simbólico, bem como para a ilegitimidade dessa função:

De modo inmediato, sin embargo, la legislación simbólica, con su estimatización de la conducta correspondiente y la

<sup>443</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 55.

<sup>444</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 103-104.

<sup>445</sup> Conforme alerta a autora, alguns defenderiam que esse seria um aspecto positivo do Direito Penal simbólico, visto que traria uma maior sintonia às valorações sociais e jurídicas, servindo o Direito Penal como transmissor de mensagens que ingressariam na consciência social e operariam de modo preventivo. (CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 334-335).

<sup>446</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 335.

<sup>447</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 335-336.

cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación «educativa» o «ético-social». En ella se hallan ausentes ciertamente las funciones preventivas que, a mi juicio, habrían de legitimarlo. Precisamente por ello – y pese a que es evidente que la legislación puramente simbólica constituye una característica del Derecho penal del nuestro tiempo – puede considerarse ya que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento Jurídico.<sup>448</sup>

Ainda no que tange a esse ponto, por esses motivos, Hassemer aponta para a tendência do Direito Penal ao que ele denomina de “orientação às conseqüências”, manifestada nas exigências de que o remédio penal se torne um instrumento de pedagogia social “con el fin de «sensibilizar» a la gente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer”. Com isso não se intentaria uma proteção penal adequada ou correta, mas somente alertar a população de que se deve respeitar o meio ambiente ou proibir a violência contra as mulheres.<sup>449</sup>

Nesse mesmo contexto, Cepeda alerta para o fato de que as normas penais simbólicas, além de procurarem trazer uma boa imagem ao legislador, que, aparentemente preocupado com as demandas por segurança, busca angariar votos, também são criadas pois se constituem de medidas mais rápidas e baratas para enfrentar problemas sociais. Realmente, de acordo com a autora, “las medidas o programas sociales siempre suelen ser más costosas. En efecto, no compensan el alto coste social, tanto en términos de libertad para los ciudadanos, como por el hecho de que el Estado se desinhibe para realizar programas sociales, propios del Estado de Bienestar.”<sup>450</sup>

Por essas razões, afirmam Callegari e Wermuth:

Torna-se possível, assim, a afirmação de que o fenômeno da expansão do Direito Penal também se deve à busca incessante de resolução dos conflitos sociais através de políticas populistas, isto é, que servem para aplacar o clamor social, mas que não apresentam qualquer resolução efetiva para o problema. Os legisladores de plantão estão sempre prontos com os seus pacotes de medidas de resolução da

---

<sup>448</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op. cit., p. 306.

<sup>449</sup> HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 50-51.

<sup>450</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 336-337.



criminalidade que se traduzem, normalmente, em aumento de penas e restrições de garantias.<sup>451</sup>

Boiteux, atentando para a situação brasileira, alerta para o apoio da mídia a essa empreitada legislativa pela ampliação do controle social formal, referindo a utilização de frases de efeito como “a situação está fora do controle” devido a “ausência de lei que puna tal delito”. As autoridades, por sua vez, diriam que “a falta de leis repressivas” as impede de “resolver o problema e prender os culpados”. De outra banda, se é cometido um delito que causa comoção social já previsto como crime, a alegação passa a ser “nós prendemos e o juiz solta”, e a “solução” legislativa é o aumento das penas, a proibição da liberdade provisória e a vedação da progressão de regime.<sup>452</sup>

Além disso, a autora ainda alerta para o fato de, no Brasil, essa tendência ter se popularizado a partir da Constituição de 1988, com, por meio do apoio da mídia de massas, a continua eleição de políticos angariados em plataformas de “aumento da repressão penal como forma de redução da criminalidade, o que permite a eles deixar de lado discussões mais profundas, e necessárias, sobre as questões sociais”.<sup>453</sup> Nesse sentido, conforme Boiteux:

Como é cediço, o simbolismo penal como movimento de política criminal influenciou de forma destacada as leis penais elaboradas a partir da década de noventa, que em comum tiveram como característica a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e a proibição da progressão de regime, como é o caso da Lei dos Crimes Hediondos, em cujo rol se incluem delitos como extorsão mediante seqüestro e estupro, além de tráfico de drogas e falsificação de remédios.<sup>454</sup>

Como exemplo desse uso eleitoral no Direito Penal brasileiro, Gomes e Bianchini citam o escândalo dos remédios falsos, que fez com que o legislador elaborasse a Lei nº 9.677/98, que alterou o marco penal de diversas condutas relacionadas a medicamentos (por exemplo, a falsificação de remédio passou a ser sancionada com, no mínimo dez anos de reclusão) e, ainda, a Lei nº 9.695/98, que transformou diversos desses delitos em hediondos. Assim, de acordo com os

<sup>451</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, op. cit., p. 52.

<sup>452</sup> BOITEUX, Luciana. Delitos Informáticos e Direito Penal Simbólico. In: *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Cezar Roberto Bitencourt. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 467-468.

<sup>453</sup> BOITEUX, Luciana, op. cit., 467-477

<sup>454</sup> Ibid., p. 469.

autores, ao invés de se tomarem providências administrativas para a prevenção da falsificação, “privilegiou-se a edição de uma nova lei penal (considere-se que, na ocasião, estávamos na iminência de novas eleições presidenciais). Nunca na história tinha-se visto uma lei aprovada em quarenta e oito horas (o que foi que ocorreu)”.<sup>455</sup>

Outro caso foi a criminalização da tortura (Lei nº 9.455/97), ocorrida somente após a divulgação de uma filmagem amadora de cenas de tortura praticadas por policiais na cidade de Diadema, conhecido como caso da Favela Naval.<sup>456</sup>

Realmente, conforme Thums, vemos, no Brasil, a edição de leis penais sem critérios e tão logo ocorridos fenômenos que exigem uma resposta estatal, a partir da pressão da mídia e para aproveitamento de grupos políticos interessados. Com isso, temos uma tendência de controle social baseado na lei penal, com o que há tipificações de condutas sem necessidade e ineficazes. De acordo com o autor, “o objetivo dessas normas é apenas aumentar o elenco de leis penais e dar aparência de que se está ‘combatendo’ a criminalidade”<sup>457</sup>.

Por fim, cumpre ainda referir a falência do Estado Social como causa do surgimento de normas penais de caráter simbólico. Nesse aspecto, conforme Tavares, se o Estado não é capaz de garantir uma vida digna e assegurar as necessidades básicas de seus cidadãos então sua atuação passará a se dar por meio de uma política de controle que, atrelada ao fato da crescente privatização dos serviços básicos de prestação estatal, consagra um ordenamento por demais regulamentador. Exatamente essa política de controle que faz com que sejam eliminadas as bases materiais de incriminação, que, diante disso, apontam um conteúdo meramente simbólico.<sup>458</sup> Por essas razões, aduzem Gomes e Bianchini que a influência do Estado Social no ordenamento jurídico em geral e especialmente na legislação penal “foi e continua sendo muito extenso e intenso. O Estado social provocou a ‘dessacralização do Direito’ (dele fez um uso não parcimonioso, senão exagerado) e (com isso) uma crise de racionalidade jurídica”.<sup>459</sup> Nesse mesmo contexto se pode acrescentar o alerta de Silva Sánchez de que a não percepção desses benefícios que deveriam ser concedidos pelo Estado gera insegurança,

---

<sup>455</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 110.

<sup>456</sup> Ibid.

<sup>457</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 248-249.

<sup>458</sup> TAVARES, Juarez, op. cit., p. 308.

<sup>459</sup> GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 58.

depositando-se (propositalmente com a criação de leis penais simbólicas) sobre o Direito Penal a função se garanti-los.<sup>460</sup>

De tudo isso, conclui-se que essa criação de normas penais simbólicas, além de uma injustificada expansão do Direito Penal, ainda acarreta o que pode ser chamado de, conforme Carnonell, citado por Cepeda, “contraefecto simbólico negativo”, na medida em que, haja vista a sua escassa aplicação, as expectativas de segurança da população restarão frustradas, acarretando a deslegitimação do Direito Penal.<sup>461</sup> Por essa razão afirma Silva Sánchez que a legislação simbólica, a longo prazo, “redunda incluso en una perdida de fiabilidad del Ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo”.<sup>462</sup> No mesmo sentido, para Buergo:

El peligro de que los nuevos ámbitos, instrumentos y funciones traigan consigo transformaciones y problemas que tengan como consecuencia que, en ciertos ámbitos, el Derecho penal sólo pueda ejecutarse de forma deficitaria y acabe cumpliendo en ellos funciones predominantemente o puramente simbólicas, evidentemente mina la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento y la solidez del ordenamiento jurídico y en su capacidad y efectividad para afrontar los problemas para los que sí resulta necesaria e incluso imprescindible su utilización. En conclusión, y respecto a la crítica que el sector doctrinal que estamos analizando hace específicamente de la política criminal de la sociedad del riesgo, ésta producirá una seguridad simbólica y una desintegración del Derecho penal propio de un Estado de Derecho.<sup>463</sup>

Diante desses fatores, percebe-se, mais uma vez, a expansão do Direito Penal, que, nesse prisma, vem para cumprir um desiderato eminentemente simbólico e de caráter político. Nessa medida, de acordo com Ripollés, a experiência cotidiana do povo, sua imediata percepção da realidade e os conflitos sociais se transformaram em fatores de primeira importância na criação das leis penais (querendo-se que também o sejam no momento de sua aplicação). O problema não é que essas percepções influenciem na criação e aplicação do Direito (o que é legítimo em toda sociedade democrática), mas que sejam atendidas sem especialistas intermediários, que possam fazer uma reflexão a respeito das

---

<sup>460</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 54.

<sup>461</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 337.

<sup>462</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op. cit., p. 305.

<sup>463</sup> BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 57.

consequências que uma decisão penal acarreta. Hoje, o portador desse conhecimento é a opinião pública, criada pelos meios de comunicação, pelas vítimas e grupos de vítimas, e pelo povo “superficial”<sup>464</sup>. Por essa razão, conforme Cepeda, “la consecuencia inmediata ha sido que el Derecho penal se ha visto forzado a un proceso de expansión continuo, cumpliendo en este ámbito una función meramente simbólica y mostrándose megapreventivo”.<sup>465</sup>

## 2.7 POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIONISTA E PROCESSO PENAL

Por tudo o que já foi dito, denota-se a existência de um sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas punitivistas, devido ao aumento da criminalidade clássica, com o que assistimos a um movimento que, genericamente, pode ser chamado de Lei e Ordem. Ainda, assistimos ao surgimento de novas formas de criminalidade, relacionadas aos riscos e aos chamados “crimes dos poderosos”. A partir disso, em termos de processo penal, passam a ser adotadas medidas cunhadas de emergência, sendo que o termo emergência significa, conforme Choukr, “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”<sup>466</sup>.

Assim admite-se a mitigação de garantias fundamentais. Esse sistema emergencial, de acordo com Choukr, buscaria a (re)legitimação do Direito Penal estatal, tendo-se em vista considerá-la perdida diante da “criminalidade que instaura o caos”, com o que a pena teria a finalidade de resguardo da norma penal, “constituindo-se, ao final, a própria defesa do sistema”. Por isso, em termos de processo, a consequência é “o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal”.<sup>467</sup> Com efeito, esse discurso do caos é, normalmente, relacionado ao da crise, apresenta um tom dramático e verdadeira inclinação ao autoritarismo<sup>468</sup>.

---

<sup>464</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 80.

<sup>465</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 334.

<sup>466</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 5.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>468</sup> *Ibid.*, p. 34.

É a partir dessas considerações que surgem discursos como o do Direito Penal do Inimigo. Ele se legitima visto que inserido no modelo penal da Segurança Cidadã, o qual promove a distinção com relação a quem deve ser considerado cidadão na comunidade. Foi Günter Jakobs que formulou, na política criminal moderna, a “melhor” contraposição entre cidadão e indivíduo, considerando que o indivíduo revelador de comportamento perigoso deve ser tratado como inimigo social.<sup>469</sup>

O Direito Penal que conhecemos seria, nessa linha, dirigido aos cidadãos: indivíduos que teriam uma projeção de comportamento pessoal determinado pelos direitos e deveres vigentes na sociedade, sendo fieis ao ordenamento jurídico. Isso porque, de acordo com Jakobs, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”<sup>470</sup>. Para os cidadãos, a pena teria a função de reafirmar a vigência da norma infringida, em confirmação à identidade social<sup>471</sup>. Já aqueles que, por sua atitude pessoal, seu meio de vida, incorporação a organizações criminosas ou outros fatores, demonstrem, de maneira reiterada e duradoura, sua predisposição a delinquir, defraudam frequentemente as expectativa normativas e não satisfazem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Por isso não devem ser considerados pessoas ou cidadãos, merecendo ser excluídos da sociedade.<sup>472</sup> Conforme Jakobs, os casos “nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinqüente como pessoa”<sup>473</sup>. O Direito Penal a eles aplicado não deve ser o mesmo dos cidadãos, mas de caráter militar e com o objetivo de neutralizar a periculosidade dos inimigos, com garantias reduzidas

---

<sup>469</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 168-169.

<sup>470</sup> JAKOBS, Günter. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (Organização e tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

<sup>471</sup> Com relação à pena, aponta Jakobs: “A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a firmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”. (JAKOBS, Günter, *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, op. cit., p. 42.)

<sup>472</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 170-171.

<sup>473</sup> JAKOBS, Günter, *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, op. cit., p. 34.

e com uma pena cuja finalidade não seria a reafirmação da vigência da norma, mas a manutenção da exclusão desses indivíduos.<sup>474</sup>

Nas palavras do próprio Jakobs, “o Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”<sup>475</sup>. Disso tudo, Jakobs resume a questão do inimigo da seguinte forma:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também em respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.<sup>476</sup>

Para isso, é no âmbito do processo penal que o Direito Penal do Inimigo concentra seus maiores esforços. Facilitação da imposição da prisão preventiva; facilitação de controles corporais; de intervenção de comunicações ou de intromissão, em setores privados, sem controle judicial (ou com poucos controles); uso de agentes à paisana; prolongamento dos períodos de incomunicabilidade; restrições ao direito de não produzir prova contra si mesmo; limitações ao direito de defesa; reconsiderações a respeito da validade da prova ilícita; entre outras medidas.<sup>477 478</sup>

---

<sup>474</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 170-171.

<sup>475</sup> JAKOBS, Günter, *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, op. cit., p. 42.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>477</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 179.

<sup>478</sup> Francisco Muñoz Conde traz exemplos de medidas prejudiciais às garantias processuais, as quais seriam características do Direito Penal do Inimigo: “E como exemplo de recorte de garantias processuais, seguindo o exemplo de preceitos do “Act Patriotic” dos Estados Unidos, que permitem ao FBI, sem controle judicial, prender cidadãos ou solicitar das empresas dados sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais, estão as medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra; ou a aceitação, como prova, sancionada legalmente em muitos países, da declaração do “arrependido”, nos casos de terrorismo ou criminalidade organizada (“chimata di correo”, na Itália; “testemunha protegida”, na Lei sobre crime organizado no México). Na Espanha, embora nos últimos anos, salvo em matéria de prisão preventiva, não se tem feito reformas processuais específicas, existem práticas jurisprudenciais que admitem como prova de acusação contra um acusado a “declaração do co-imputado” (cfr. STS 29 julho 1998: “caso Marey”), ou a utilização como meio de prova de gravações áudio-visual obtidas de uma forma que, como repetidamente declarou o Tribunal europeu de direitos humanos de Estrasburgo a respeito do art. 579 da Lei de Processamento criminal espanhola, violam a intimidade porque não respeitam determinados princípios e garantias. (CONDE, Francisco Muñoz, op. cit.)

Meliá elenca o que, segundo Jakobs, seriam os principais elementos do Direito Penal do Inimigo: a) o adiantamento da punibilidade, ou seja, ter-se uma perspectiva do ordenamento jurídico prospectiva (fato futuro como referência) ao invés de retrospectiva (fato cometido como referência); b) penas desproporcionalmente altas (sendo que a antecipação da barreira de punição não seria considerada para reduzir a pena cominada); c) supressão ou relativização das garantias processuais.<sup>479</sup>

Além disso, conforme Zaffaroni, é possível dizer-se que a primeira vez a ser utilizado esse discurso do inimigo foi na Inquisição, sendo ele o próprio satã (presente nos hereges, bruxas e pecadores), o que justificava a tomada de atitudes emergenciais. É por isso que, conforme o autor, desde a sua origem, o poder punitivo mostrou “su formidable capacidad de perversión, montada – como siempre – sobre un prejuicio que impone miedo, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los maleficia de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo”<sup>480</sup>.

Diante disso, essa projeção de medos sobre a sociedade e o discurso do caos proporcionam a perda dos valores culturais. De acordo com Choukr, é utilizada uma nomenclatura militar e incorporada a mensagem amigo x inimigo (“conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras”). Com isso é rompido o perfil “adversarial” do processo, pois, no polo passivo não haverá um réu, mas um inimigo. Assim são sacrificadas garantias de proteção à liberdade individual e de contenção do poder estatal (em regra, constitucionalmente previstas).<sup>481</sup>

Nesse contexto, pode-se dizer que a intolerância religiosa que sustentou um sistema inquisitorial em outros tempos hoje se apresenta vestida de necessidade de repressão mais eficaz à criminalidade.<sup>482</sup> Com isso se tem a utilização simbólica do direito e processo penais “como técnica de dominação e reprodução do poder”. E cada vez que se emprega o poder repressivo como forma simbólica há uma invasão aos direitos fundamentais, apesar de, formalmente, eles permanecerem legalmente

---

<sup>479</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. «Direito Penal» do Inimigo? In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (Organização e tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

<sup>480</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 33.

<sup>481</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 39.

<sup>482</sup> Ibid., p. 42.

previstos. Além disso, considerando-se essa necessidade de adoção de medidas emergências (em nome da maior eficácia do sistema repressivo), a estruturação codificada aparece como empecilho ao funcionamento adequado desse sistema punitivo, o qual é adjetivado como fraco e inoperante.<sup>483 484</sup> Conforme Choukr:

A codificação – e os valores que encerra – tende a ser criticada pelo seu anacronismo e pela incapacidade de adaptação às novas realidades e qualquer discurso no sentido de amadurecimento de idéias antes de legislá-las é potencialmente encarado como causa de dificuldade de reconquista da segurança. Mas esta função meramente simbólica alcança ainda outros resultados. Graças a sua flagrante inoperância nas finalidades a que se propõe, a finalidade do sistema passa a ser a sua automanutenção.<sup>485</sup>

Diante de tudo isso, conforme Ripollés, há a aplicação do que ele chama de política criminal da Segurança Cidadã, a qual visa a responder a esses anseios sociais por mais segurança referentes à criminalidade clássica (que, segundo o autor, permanece no centro das atenções). Nesse sentido, a delinquência clássica (consistente nos delitos contra os interesses individuais, especialmente os contra a vida e integridade, propriedade e liberdade) não chegou a perder o protagonismo em face da “criminalidade dos poderosos” (apesar do aumento das previsões legais relativas aos comportamentos delitivos dos setores socialmente privilegiados).<sup>486</sup>

Isso porque, conforme Ripollés, “la consolidación de la delincuencia clasica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana”<sup>487</sup>. Com efeito, há uma sensação social de que “as coisas vão cada vez piores” no que tange aos temas de prevenção de delinquência, o que se projeta também a partir da falta de confiança nos poderes públicos na resolução do problema. Além disso, não vemos mais uma atitude compreensiva com relação à criminalidade tradicional, como ocorria nos anos setenta e oitenta, quando o delinquente era visto como um ser socialmente desfavorecido e marginalizado,

---

<sup>483</sup> Ibid., p. 46-48.

<sup>484</sup> Arelado a isso não podemos esquecer o papel da mídia, a qual otimiza “o emprego promocional e simbólico dos sistema repressivo”. (CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 48), conforme já abordado anteriormente. Realmente, não podemos negar “a pressão exercida pelos meios de comunicação, geradores que são de situações-limite, onde a resposta padrão passa pelas características da celeridade. Supressão de direitos fundamentais e pela retórica autoritária do *algo precisa ser feito*.” (CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 64-65).

<sup>485</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 48.

<sup>486</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 70-71.

<sup>487</sup> Ibid., p. 73.



necessitado de ajuda da sociedade. Hoje, são vistos como seres que perseguem, ao seu livre arbítrio, interesses egoístas e imorais ao custo dos interesses legítimos dos demais (com o que a sociedade passa a querer participar do “controle da delinquência”, transformando-se a vontade de incluir os desviados no interesse de garantir a sua exclusão social<sup>488</sup>). Atrelado a isso, os meios de comunicação têm dedicado grande espaço às crônicas criminais, as quais, frequentemente, têm ocupado manchetes e influenciado, sobremaneira, amplos setores da população.<sup>489</sup>

O medo e a preocupação com o delito têm, assim, aparecido na agenda social entre os assuntos mais relevantes, o que, inclusive, converteu-se em um problema social em si mesmo. Fica fácil notar que um bom número dos programas de intervenção penal são elaborados não tanto para reduzir o delito, mas para diminuir as inquietações sociais sobre a delinquência<sup>490</sup>, o que denominamos de Direito Penal Simbólico, como já abordado.

Em meio a tudo isso, a opinião dos especialistas está desacreditada. A sua reputação com relação à prática judicial ou à execução das penas está mal falada, os juízes que respeitam as garantias penais e processuais penais são vistos como adotantes de decisões isoladas do sentido comum, e os funcionários da execução penal são tidos como preocupados com o bem-estar dos delinquentes. Somente a polícia, com sua função de prevenção e perseguição aos delitos, segue considerada imprescindível, com o que suas eventuais insuficiências não conduzem ao questionamento de seus conhecimentos, mas a considerar-se necessário seu aperfeiçoamento e melhora.<sup>491</sup>

E é por isso que Garland aduz a existência de uma corrente populista na política criminal na qual se denigre os especialistas e profissionais e se defende a autoridade “do povo”, do sentido comum. A voz dominante da política criminal já não é mais a do especialista ou do operador, mas da vítimas e da amedrontada população. A importância da investigação e do conhecimento criminológicos está degradada, valorizando-se a “voz da experiência” do sentido comum.<sup>492</sup>

E o denominado modelo da Segurança Cidadã atende, perfeitamente, a esses anseios sociais. Afinal, ele distingue entre cidadãos e delinquentes, defende

---

<sup>488</sup> Ibid., p. 96.

<sup>489</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez, op. cit., p. 75,

<sup>490</sup> Ibid., p. 76.

<sup>491</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 79.

<sup>492</sup> GARLAND, David, op. cit., p. 49.

um tratamento duro dos intrusos e estranhos e ignora as desigualdades sociais. Apoiar-se em certezas muito convenientes para se difundir em um mundo desregulado e imprevisível.<sup>493 494</sup>

Por todos esses aspectos, assiste-se, conforme Ripollés, a um fenômeno nunca antes visto no âmbito das sociedades democráticas. Diante do elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas (a duras penas, como pode ser observado, por exemplo, a partir da evolução histórica desenvolvida no primeiro capítulo), tem-se difundido a ideia de que devem ser renunciadas as cautelas encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais, em troca de maior efetividade na persecução do delito.<sup>495</sup> E isso não se

---

<sup>493</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 116.

<sup>494</sup> Além disso, é de ver-se, na linha de Ripollés, que, erroneamente, tem-se equiparado conceitualmente os discursos da Segurança Cidadã e da Sociedade do Risco, transpondo-se para o movimento da Lei e Ordem conceitos elaborados em outro contexto. Nesse âmbito, afirma-se que a “criminalidade dos pobres” seria uma dimensão não tecnológica da Sociedade do Risco, com o que se justificaria a antecipação da tutela penal pela necessidade de reagir com estruturas de perigo devido à urgência de atuar contra a desintegração social e a delinquência de rua. No mesmo sentido deveria se dar a expansão penal no que tange à criminalidade dos imigrantes. Isso porque há uma situação de igualdade entre o sentimento de insegurança advindo dos novos riscos referentes ao progresso tecnológico e o sentimento de insegurança da “criminalidade de rua”, ligado ao medo de ser vítima de um delito no exercício das atividades cotidianas. Diante disso, conforme o autor: “Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explica, igualmente, la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros, y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica”. (RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 149-152).

<sup>495</sup> Nesse ponto pode-se trazer o exemplo do Código de Trânsito Brasileiro. Seu artigo 306 prevê o crime de embriaguez ao volante. Pela redação da Lei n. 11.705, de 2008, referido dispositivo assim dispunha: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.”. Pela redação do tipo penal, a embriaguez ao volante só estaria configurada com a comprovação da medida de 6 (seis) decigramas por litro de sangue, a qual poderia ser verificada por meio de exame de sangue ou através de aparelho de ar alveolar pulmonar, o “teste do bafômetro”. Assim, o motorista que se recusasse a fazer qualquer dos exames, exercendo seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, não poderia ser responsabilizado penalmente. Essa garantia constitucional passou a ser considerada, então, um entrave à aplicação da lei. Diante disso mudou-se a legislação, estando referido dispositivo, a partir da Lei n. 12.760/2012, assim redigido: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros

restringe a setores de criminalidade delimitados, mas abrange o controle da delinquência de uma forma geral. Percebe-se, assim, que os “cidadãos não delinquentes” já não temem mais a atuação do poder público no exercício da sua função repressiva, não se sentem coagidos pelos eventuais excessos que poderiam ser praticados, o que se constitui em uma alarmante novidade nas sociedades democráticas.<sup>496</sup>

Com isso passa-se a prestigiar os modos de atuação judicial que podem deixar os direitos e liberdade individuais em segundo plano, como a policial. Superado o distanciamento que havia entre a população e a polícia por conta dos períodos de ditadura, a eficácia e prontidão que se lhe exige no que tange à persecução dos delitos faz com que sejam desculpadas atuações apressadas que possam incidir sobre objetivos equivocados. O legislador, por sua vez, deve se mostrar disponível a transformar em delito qualquer problema social; os juízes devem ser capazes de superar os eventuais obstáculos processuais e de direitos material que possam aparecer para se “encaixarem” às demandas populares; e o principal objetivo dos funcionários responsáveis pela execução das penas deve ser garantir que o delinquente não seja tratado de uma forma muito generosa.<sup>497</sup>

Por outro lado, o discurso emergencial também se encontra voltado às graves e difusas formas de criminalidade (organizada, do colarinho branco, de fundo racial...). A intervenção penal se estende a setores considerados *ex lege* (criminalidade da camada político-administrativa e empresarial), apresentando a preocupação da necessidade de enfrentamento da difusão da criminalidade organizada.<sup>498</sup>

Como exemplo, Moccia aponta a legislação antimáfia da Itália. Para o autor, foram adotadas medidas emergenciais, “caracterizadas pela improvisação, pelo caos, pelo rigorismo repressivo, pelo caráter simbólico, pela total ausência de coordenação sistemática e pelas paralisantes remissões em cadeia, e por isso destinadas à ineficácia”<sup>499</sup>. Para o autor, esse emergencialismo acarretou o uso

---

meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”

<sup>496</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 92.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 92-93,

<sup>498</sup> MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, jan/mar 99, p. 58.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 62.

simbólico do Direito Penal para o alcance, em tese, de uma política criminal da eficiência, deixando-se, com isso, de se buscar soluções de política social geral, as quais seriam mais eficientes.<sup>500</sup>

Esses aspectos levaram a um novo processo penal. O sistema penal oferece, a partir disso, meios para se enfrentar fenômenos crônicos de mal estar da sociedade, através de reflexos inquisitórios combinados com as exigências de iniciativas judiciais cada vez mais frequentes. Trazendo o caso da Itália, o jurista aduz que, a partir das manifestações da criminalidade organizada e da descoberta de uma rede, espalhada por todo o país, de atividades e práticas ilícitas em áreas públicas e privadas de poder, assistiu-se ao endurecimento da coerção pessoal. Houve a reativação de mecanismos de aplicação automática da custódia cautelar, uma nova expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária e a colocação em discussão dos princípios basilares do processo acusatório (como o contraditório e a formação da prova na fase de debates, com uma ampliação dos poderes do Ministério Público).<sup>501</sup>

Com efeito, tem-se privilegiado, no processo penal, uma orientação para a verificação da verdade material, a fim de que o processo esteja livre de formalismos considerados como um embaraço. Ainda, conforme Moccia, “seguindo escolhas extravagantes da Corte Constitucional, sanciona-se uma absoluta supremacia da função punitiva, confiando à consciência, se não à intuição, do magistrado o poder de punir”. No entanto, os “estéreis formalismos” não devem ser assim encarados. De acordo com o autor:

Quando para deter cautelarmente pretendemos que uma folha de papel traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou estabelecemos que é inválido se não encontramos nele especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; quando dizemos que uma interceptação telefônica – ainda que indiscutível com relação às responsabilidades de alguém – não vale (nulidade); quando dela se extraíram pedaços sem antes interpelar a defesa; ou que uma absolvição, talvez errônea, torna-se intangível, se se percebe que o acusador depositou o recurso um dia depois do prazo, nós efetivamente fixamos formas. Cada uma delas encarna escolhas de valor. Portanto, quem as invoca, quem as respeita, por isso mesmo, invoca,

---

<sup>500</sup> Ibid.

<sup>501</sup> MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais, op. cit., p. 65-66

respeita ou desrespeita valores, ou, como se costuma dizer, princípios.<sup>502</sup>

A partir desses pensamentos, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é vista como um entrave ao funcionamento eficiente do sistema.<sup>503</sup> Acontece que com o tempo se percebe que essa promessa de segurança transmitida pelo discurso de emergência não passa de absoluta falácia. Isso porque não se vê diminuído qualquer índice relativo à criminalidade que se quer combater (especialmente o narcotráfico, o terrorismo, a corrupção oficial, a prostituição internacional e etc). E o preço que se paga para sustentar esse discurso vazio é muito alto, na medida em que os direitos fundamentais, uma vez violados, não mais se recompõem. Com isso ocorre, segundo Choukr, “a quebra do estado de direito pelo próprio estado que lhe dá vida”.<sup>504</sup> De acordo com Choukr. O discurso da emergência não compensa a ruptura de garantias porque:

Se o sistema repressivo oferece algo de positivo, na relação custo-benefício com a ruptura do processo cultural da normalidade sua desvantagem é notória. Seu emprego não compensa o desfazimento do sistema jurídico garantidor porque, na essência de sua correta aplicação, ele traduz o caminho adequado para a composição legítima do convívio social. Antes de se optar pelas regras de ruptura é primordial fazer valer as regras estabelecidas como parâmetro de normalidade. É necessário, pois, dar uma chance à normalidade para que ela se manifeste.<sup>505</sup>

Assistimos, assim, ao deslocamento de um sistema de supremacia da lei para a supremacia do magistrado (admitindo-se seu poder como confiável e, logo, superior). As decisões judiciais passam a possuir força mais porque fazem parte de um órgão que tem poder, do que pelo respeito à lei, reforçando-se uma posição autoritária da jurisdição. Por isso, esse processo penal vem caracterizado, conforme Moccia, “pela elasticidade de suas regras, com o florescimento de práticas que só com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas; com os direitos individuais que acabam confiados à incerteza dessas práticas e não à certeza da *regulae juris*”.<sup>506</sup>

---

<sup>502</sup> Ibid., p. 67.

<sup>503</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 49.

<sup>504</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 65-66.

<sup>505</sup> Ibid., p. 68.

<sup>506</sup> MOCCIA, Sérgio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 67.

Está-se pretendendo enfrentar, com o processo, a expansão de manifestações criminais, com o que se passa a ceder, como ocorre, habitualmente, nas emergências, às ilusões da ameaça, o que acaba por provocar prejuízo à legalidade, sem a contrapartida da buscada eficiência. Por exemplo, quando isso influencia no sistema probatório, há uma confusão entre imputação e juízo, provocando o rebaixamento da função do juiz em relação ao Ministério Público, havendo uma conseqüente predeterminação da sentença.<sup>507</sup>

Nessa linha, por um lado ocorre um processo com intolerância às regras, e, por outro, é a própria lei que despeita certos postulados, ocorrendo a “crise das formas”, nesse caso, por meio da legislação. O resultado de ambas as situações, conforme Moccia, não muda muito: “as provas degradam, a imputação e o juízo tendem a confundir-se e a identificar-se (o segundo já estando contido na primeira), e o juiz é esmagado pela acusação pública, a legitimação é procurada não nas normas, mas em formas variadas de consensos externos: o processo, como garantia, então, desaparece”<sup>508</sup>. O processo assume, desse modo, a função de medida política, buscando os valores dos resultados a qualquer preço.<sup>509</sup>

A justiça, conforme essa cultura emergencialista, assume uma fisionomia particular, diferente da característica de um Estado Social de Direito. Esse movimento de emergência proporciona, segundo Moccia, “a mistura de papéis, a antecipação da pena, acertos com a *mass media*, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais”<sup>510</sup>. Fora isso, há um consenso pela sempre aprovação da acusação, e crítica àqueles que não concordam com ela. A partir desse pensamento, o órgão jurisdicional que absolve invalida, considerando-se que o juiz que absolve estaria “anulando” os resultados e o trabalho do Ministério Público.<sup>511</sup>

Na mesma linha, para Coutinho, utilizando-se do exemplo das reformas do Código de Processo Penal realizadas em 2008, ao processo penal de hoje se passa a atribuir uma exigência também de celeridade, o que é incompatível com um processo penal constitucional. Nas palavras do autor:

---

<sup>507</sup> Ibid., p. 69.

<sup>508</sup> MOCCIA, Sérgio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 69.

<sup>509</sup> Ibid., p. 69-70.

<sup>510</sup> Ibid., p. 74.

<sup>511</sup> Ibid., p. 73-74.

Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao *“perecimento de um bem”*. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*.<sup>512</sup>

A situação vivida faz com que, conforme Moccia, “a justa exigência de justiça rápida e eficaz transforme-se na injusta exigência de justiça sumária, que é recebida com apreço pela opinião pública”<sup>513</sup>.

No entanto, obviamente, as garantias do *due processo of law* não são responsáveis pelo suposto fracasso do “combate à criminalidade”. Isso porque, na linha de Choukr, “obedecer aos princípios fundamentais – entre os quais aleatoriamente se invoca o juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc – não significa compactuar com o caos propagandeado”.<sup>514</sup>

Constatados esses aspectos, não se pode olvidar da influência que uma política criminal expansionista exerce sobre as premissas do processo penal, produzindo a flexibilização de garantias processuais penais em nome de uma celeridade e segurança jurídica e para se atender a anseios da população. Com isso, a busca por uma segurança que, em tese, seria proporcionada por um viés penal e processual penal, acaba por fazer com que se vivencie uma pressão por resultados condenatórios e pelo encarceramento de acusados e condenados.

De tudo isso, é de ver-se, conforme Thums, que há um “ranço” da política penal de defesa social, o qual está presente na legislação infraconstitucional, na dogmática tradicional e nas decisões dos tribunais, e se constitui em um obstáculo à consolidação dos princípios constitucionais característicos de um Estado Democrático de Direito e do modelo acusatório.<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

<sup>513</sup> MOCCIA, Sérgio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 87.

<sup>514</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 69.

<sup>515</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 94.

Com efeito, é de se ter em mente que uma política criminal expansionista afeta tanto o direito material quanto o processual, os quais se influenciam mutuamente. Nessa linha, “el Derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del Derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento del control social”.<sup>516</sup> Nessa medida, deve-se levar em conta que a expansão do Direito Penal irá afetar, sobremaneira, o processo penal. Conforme Maier:

Por lo demás, el crecimiento desmesurado del Derecho penal, que pretende solucionar mediante la pena todo problema social (con desconocimiento de su función de *ultima ratio*, que impone a el solo cuando fracasan todos los demás medios de control social), y la complejidad técnica de sus soluciones normativas producen un efecto directo sobre la efectividad de la persecución penal, pues sobrecargan los órganos judiciales de tal manera que reducen la posibilidad de ocuparse como corresponde de los casos serios y graves, y disminuyen la seguridad sobre un fallo correcto y oportuno.<sup>517</sup>

Nessa medida, de acordo com Conde e Hassemer, “la relación entre Derecho penal material e Derecho procesal penal es tan entrecruzada que antiguamente incluso se regulaban ambas materias conjuntamente en el mismo cuerpo legal”<sup>518</sup><sup>519</sup>. Essa estreita relação entre as matérias se justifica porque, por um lado, a missão do Direito Penal não pode ser efetivada sem se ter em conta as questões processuais, e, por outro, a Administração da Justiça Penal “viene en buena parte configurada por el Derecho procesal penal”, trazendo questões como as medidas coativas impostas ao longo do processo (como, por exemplo, a prisão preventiva), sendo as que mais interessam à opinião pública.<sup>520</sup>

Conforme Thums, a relação entre a norma penal material e processual é tão íntima que muitas vezes é difícil distinguir a sua natureza jurídica. Direito Penal e Processual Penal se influenciam mutuamente. E essa mesma afinidade deveria

<sup>516</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 146.

<sup>517</sup> MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 154.

<sup>518</sup> HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz, op. cit., p. 122.

<sup>519</sup> Na mesma linha, conforme Thums: “Na Antiguidade quase não se encontravam vestígios de regras de processo penal por uma razão muito simples. Havia confusão entre normas de Direito Penal de Processo Penal, bem como a forma de aplicação das penas (vingança privada). Somente com a evolução dos sistemas políticos e a criação dos estados nacionais é que surgiu a formulação de regras processuais distintas das de direito material. O processo é uma criação recente do Direito, porque antigamente existiam apenas procedimentos. O processo é um instrumento limitador do Estado hobbessiano”. (THUMS, Gilberto, op. cit., p. 168).

<sup>520</sup> HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz, op. cit., p. 123.



existir entre as normas penais e processuais penais e a Constituição, visto que elas são instrumentos do poder penal do Estado e empregadas como forma de controle social. E é por isso que os princípios constitucionais devem se refletir diretamente nesses ramos do Direito.<sup>521</sup>

De tudo isso, não se pode olvidar dos vários aspectos atinentes à expansão do Direito Penal, os quais vêm a influenciar garantias processuais penais, que, muitas vezes, em nome da celeridade e de um aproveitamento de atos processuais (ainda que evitados de nulidades), são esquecidas, desrespeitando a característica acusatória que deveria possuir nosso processo penal. A Sociedade do Risco, a sensação de insegurança, a globalização, a influência da mídia e o Direito Penal simbólico, além de proporcionarem uma ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal – tanto em seu viés dos “crimes de colarinho branco” quanto no âmbito da criminalidade clássica (mais relacionada à “criminalidade dos pobres”, como visto), também exercem influência no processo, o qual passa a ter que servir às novas formas de criminalidade, bem como a ter a necessidade de maior eficiência com relação às “velhas formas”, e a conviver com a exigência de ser cada vez mais rápido, produzindo o resultado esperado pela população (no caso, condenatório).

E diante de todos os fatores abordados nesse capítulo reside o ponto nevrálgico da necessidade de adoção de um sistema acusatório no processo penal. Isso porque, por toda essa cultura da emergência, assistimos à admissão de medidas contrárias a essa sistemática, as quais se dão tanto na própria lei quanto nas decisões dos magistrados (os quais, em sua maioria, consideram-se aptos a decidirem somente de acordo com a sua consciência). Vemos, assim, um desrespeito à ordem constitucional (historicamente construída). O Judiciário e o Legislativo – cada um no seu âmbito de atuação - estão a permitir que, em nome dessa velada (talvez nem tanto) “necessidade” de se condenar cada vez mais (em meio a toda a pressão da população e da mídia), adotem-se medidas contrárias ao sistema acusatório. Todos se sentem impelidos na busca pela condenação e por cada vez maiores penas, o que faz com que, por exemplo, se permita que o juiz interfira na produção da prova, deixando de escanteio, entre outros, o princípio da presunção de inocência. Diante da dúvida não se deveria absolver? Não é o que percebemos em pleno (um tanto quanto capenga) Estado Social e Democrático de

---

<sup>521</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 174-175

Direito, o qual está a presenciar que, diante da dúvida, busque-se a prova condenatória (em nome da boa e velha verdade real).

Com isso se tem a dificuldade de implementação de um sistema acusatório, aspecto facilmente percebido em nosso sistema processual penal brasileiro, o qual admite, por exemplo, a gestão da prova pelo magistrado, sua decisão baseada na livre apreciação da prova ou livre convencimento (motivado) e a produção de uma prova condenatória com base em um acordo de delação premiada secreto ao acusado e a sua defesa técnica. É por esses aspectos que se denota possuímos um sistema visceralmente inquisitório, com o que não se pode concordar.

Por tudo isso, vê-se a necessidade da efetivação de um verdadeiro sistema acusatório, o que só se mostrará possível a partir de um entendimento da vontade constitucional e a partir da assunção de um posicionamento contrário a essa cultura emergencialista e do medo. É o que se abordará, com base em um pensamento hermenêutico (na linha de Lenio Streck), no próximo capítulo.

### 3 POR UMA NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

#### 3.1 A DICOTOMIA ENTRE OS MODELOS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Como primeiro aspecto a ser abordado nesse capítulo, mostra-se necessário traçar as principais diferenciações entre os sistemas inquisitório e acusatório, tomando-se por base, também, a linha evolutiva histórica traçada no primeiro capítulo. E isso porque, conforme Thums, a compreensão dos sistemas processuais será fundamental à abordagem do Direito Processual Penal, na medida em que traduzem uma ideologia política, pois o sistema inquisitório se mostra compatível com os Estados autoritários e um Direito Penal máximo, e o sistema acusatório se coaduna a um Direito Penal mínimo e de direitos fundamentais maximizados.<sup>522</sup> Para tanto, deve-se atentar, entre outros aspectos, para o papel desenvolvido pelo juiz e como ele se comportará diante da gestão da prova.

No sistema inquisitório, o juiz participa ativamente da instauração da investigação e da instrução do processo (a qual, lembrando-se da evolução histórica, era escrita e secreta), prolatando, ao final, a sentença. Nesse cenário, Leone aponta o que seriam as principais características do modelo inquisitório: a) acumulação, na mesma pessoa, das figuras do acusador e do juiz (*procedat iudex ex officio*), havendo uma disparidade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; b) esse poder do juiz seria permanente; c) liberdade do juiz na busca, aquisição e valoração das provas, independentemente da iniciativa das partes; d) o processo ser escrito e secreto<sup>523</sup>. No mesmo sentido, de acordo com Armenta Deu, “la garantía de perseguir los hechos delictivos y de la búsqueda de la verdad material se arbitró a través del sistema inquisitivo, en donde el órgano judicial asumía las funciones investigadoras, acusadoras y juzgadoras”<sup>524</sup>. No mesmo sentido, conforme Prado:

---

<sup>522</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 175.

<sup>523</sup> LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol I. Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, p. 24.

<sup>524</sup> DEU, Teresa Armenta. *Principio acusatório y derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p. 22.

A doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade do juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova.<sup>525</sup>

Esse sistema, como visto, se concretizou, historicamente, do período romano ao Estado Absoluto, com o que toda essa perspectiva não pode ser ignorada. Ao depois disso, em contestação a esse modelo, advém um modelo de sistema acusatório (o qual, no entanto, como se verá, até o presente momento não teve a sua essência respeitada).

Nesse contexto, no sistema inquisitório (apresentado, oficialmente, no IV Concílio de Latrão, na primeira metade do século XIII, e tendo o seu apogeu com a Ordenança Francesa de 1679 – a qual instituiu o segredo, a ausência de contraditório, a obrigatoriedade de o imputado falar, as confissões sob tortura e a atuação de ofício pelo juiz), o magistrado será o protagonista, combatente dos males, em uma cruzada cotidiana. O acusado será, assim, conforme Giacomolli, “um ser que nasce culpado e deve ser explorado a fundo, devendo confessar. Basta escavar em algum lugar para que aflore o mal, nele contido”.<sup>526</sup> Com efeito, de acordo com Cordero, o inquisidor, na sua função de investigar, vai elaborar hipóteses em um “quadro paranoico”:

Nella prima metà del 13<sup>o</sup> secolo sopravviene organicamente la rivoluzione inquisitoria, annunciate dal quarto Concilio Laterano. Da spettatore impassibile, qual era, Il giudice diventa campione del sistema, estirpi eresie o scovi delitti. Mutano le tecniche: non esiste contraddittorio; avviene tutto segretamente; al centro sta, passivo l’inquisito, colpevole o no,

<sup>525</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 99.

<sup>526</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 6.

as qualcosa ed è obbligato a dirlo; la tortura stimola flussi verbali coatti. Padrone della scacchiera, l'inquisitore elabora ipotesi in un quadro paranoide: nasce un'impura casistica delle confessioni contro i correi, talvolta ottenute con promesse d'impunità. De facto, è un sistema legalmente amorfo: il segreto, quel metodo introspettivo e l'impegno ideológico degli operatori escludono vincoli, forme, termini; conta l'esito. Fiorisce una retórica apologética u cui argomenti risuonano, tali e quali, in luoghi e tempi diversi. Quanto a sviluppo organico e cinica sapienza tecnica, lo stile inquisitorio tocca l'apogeo in Francia, nell'Ordennance criminelle 1670.<sup>527</sup>

O sistema inquisitório vai transformar o processo em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. Segundo Lopes Jr., “confundem-se as atividades do juiz e do acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”<sup>528</sup>. Diante do fato típico, o juiz inicia o procedimento de ofício, independentemente de qualquer provocação, bem como colhe o material que servirá ao seu convencimento, chamando o investigado para declarar a verdade sob pena de coação. Assim, “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório”.<sup>529</sup>

Conforme Marques, o sistema inquisitório teria as seguintes premissas:

a) concentração das funções processuais no órgão judiciário, de forma a tornar este o acusador principal e também juiz da própria acusação; b) restrição dos direitos da defesa, com o encargo ao juiz de suprir a atividade do réu, conforme o princípio de CARPSOVIO, de que *judex supplere debet defensiones rei ex officio*; c) supressão do contraditório; d) instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz, do dever “de

---

<sup>527</sup> CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 21. Tradução livre: “Na primeira metade do século 13º, ocorre, organizadamente, a revolução inquisitória, anunciada pelo IV Concílio de Latrão. De impassível espectador, como era antes, o juiz se torna regra do sistema, erradicando heresias e descobrindo delitos. Alterou-se a técnica: não há contraditório; tudo acontece secretamente; no centro está, passivo, o interrogado, culpado ou não, sendo forçado a dizer algo; a tortura estimula fluxos verbais coagidos. Mestre do processo, o inquisidor elabora hipóteses em um quadro paranóico: da confissão contra o co-réu nasce uma casuística impura, às vezes obtida com a promessa de impunidade. De fato, é um sistema legalmente amorfo: o segredo, método introspectivo e compromisso ideológico de excluir vínculos, formas e termos, conta para o resultado. Floresce uma retórica apologética cujo argumento ressoa, tal e qual, em lugar e tempo diversos. Quanto ao desenvolvimento organizado e cínica sabedoria técnica, o estilo inquisitório chega ao apogeu na França, no Ordenamento Criminal de 1670.”

<sup>528</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 122.

<sup>529</sup> Ibid.

reunir, por sua própria atividade, o material do litígio”; e) impulso processual *ex officio*.<sup>530</sup>

O magistrado se apresentaria como um ser todo poderoso, o qual estaria investido de representação divina ou dos aristocratas e monarcas. Insuspeito e acima de qualquer crítica, ele seria superior às demais partes processuais, possuindo um maior poder inclusive quanto às provas, o que justificaria atribuir-lhe os papéis de julgador, acusador e defensor, ao mesmo tempo. Por esse motivo, ainda que sem o requerimento das partes, ele poderia ouvir testemunha, decretar prisões, determinar os meios de prova e até modificar a metodologia probatória, além de recorrer no lugar na acusação (mesmo que de sua própria decisão – recurso *ex officio*). Desse modo, ele, concomitantemente, atua na busca e produção da prova e depois a valora, com que somente dessa forma, nesse sistema, se pode chegar à verdade material.<sup>531</sup>

No processo acusatório, por sua vez, há o princípio do juiz espectador, pois o magistrado se encontra separado das partes (principalmente da acusação), para fins de ser assegurada a sua imparcialidade. A ele não cabe qualquer atitude de iniciativa da ação penal ou de gestão da prova, sendo um sujeito passivo.<sup>532</sup> Nesse contexto, Lopes Jr. aponta quais seriam as principais características desse modelo processual:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado<sup>533</sup> do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa

<sup>530</sup> MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium, 2001, p. 19.

<sup>531</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 6.

<sup>532</sup> CARVALHO, Salo de. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial*, op. cit., p. 17.

<sup>533</sup> Nesse ponto, veja-se que o entendimento acerca do livre convencimento motivado adotado nesse trabalho vai ao encontro do posicionamento de Lenio Streck, conforme se abordará na sequência, com o que se considera que ele, justamente de forma oposta, não caracteriza o sistema acusatório.

julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição<sup>534</sup>.

Leone, por sua vez, resume deste modo os principais aspectos do sistema acusatório: a) o poder de decisão pertence a um órgão estatal; b) o poder de acusação pertence a uma pessoa diversa da do juiz; c) o processo penal não pode iniciar sem a acusação; d) o magistrado não pode investigar nem selecionar provas, ficando restrito às provas produzidas pela acusação; e) o processo deve se desenvolver de acordo com os princípios do contraditório, da oralidade e da publicidade do debate; e f) até a sentença o acusado deve permanecer livre<sup>535</sup>.

De acordo com Marques, verificam-se as seguintes características presentes no modelo acusatório: a) separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento, havendo um processo de partes. b) ampla defesa e igualdade entre as partes; c) contraditório; d) liberdade para a apresentação das provas pelas partes; e e) “regra do impulso processual autônomo”.<sup>536</sup>

É a partir dessa separação entre acusação e órgão julgador que se formará, inicialmente, toda a estrutura dos dois modelos jurídicos ora em debate. Desse modo, conforme Ferrajoli, “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatório, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”<sup>537</sup>. No mesmo sentido, para Salo de Carvalho, “a radical separação entre juiz e acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório”<sup>538</sup>, sendo essa garantia de separação é uma condição essencial da imparcialidade do magistrado com relação às partes da causa.<sup>539</sup>

No entanto, como se observará posteriormente, a simples divisão das funções de acusar e julgar não basta para que um processo seja intitulado de acusatório. Para tanto, é necessário o impedimento da gestão da prova pelo magistrado, com o que somente assim se terá uma efetiva diferenciação entre julgador e acusador, sem que essa separação fique restrita à mera distinção entre dois órgãos.

---

<sup>534</sup> LOPES JR., Aury, op. cit, p. 119.

<sup>535</sup> LEONE, Giovanni, op. cit., p. 21-22.

<sup>536</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 19.

<sup>537</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 567.

<sup>538</sup> CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 17.

<sup>539</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 567.

Além disso, outra característica que pode diferenciar os dois modelos é a obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal. No sistema acusatório esse princípio está presente, devendo ser entendido como a obrigação, do órgão da acusação pública, de tomar uma providência no sentido de iniciação de uma ação penal, sobre toda *notitia criminis* que venha a ter conhecimento, ainda que seja para, após, postular o seu arquivamento ou uma solução absolutória<sup>540</sup>. Já no modelo inquisitorial, conforme Ferrajoli, “la acusación era obligatoria para los ciudadanos y, de hecho, discrecional para los acusadores públicos”<sup>541</sup>.

Nesse contexto, no sistema inquisitório, os princípios do contraditório<sup>542</sup> e da ampla defesa<sup>543</sup> não são aplicados. Por fim, é possível dizer que a diferenciação entre essas duas sistemáticas, na visão de Rico:

Finalmente, en el plano jurídico, el sistema acusatorio acuerda gran importancia al sentimiento popular e intenta reducir los aspectos técnicos inherentes a la solución del conflicto que opone al individuo y el Estado con motivo de la comisión de un delito; en este sentido, además de preconizar y aplicar una nítida separación de funciones (acusación, defensa, juicio), encomendada a personas u órganos propios e independientes, este sistema se distingue por su carácter público (corolario de su aspecto democrático: la justicia se administra en nombre del pueblo y bajo su control), oral (reminiscencia de una época en que la escritura estaba aún poco extendida, incluso entre la clase dirigente) y contradictorio (el acusador y el inculpaado discuten entre sí, en un pie de total igualdad, ante un juez imparcial, que se limita a tomar en consideración los elementos de prueba explícitamente establecidos en la ley y presentados durante o proceso y a

---

<sup>540</sup> Ibid., p. 569-570.

<sup>541</sup> Ibid., p. 570.

<sup>542</sup> O princípio do contraditório deve ser compreendido como a necessidade de uma parte conhecer e ter a oportunidade de refutar argumentos, provas e atos produzidos pela parte contrária. Nas palavras de Fernandes: “O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63).

<sup>543</sup> O princípio da ampla defesa é o direito do acusado de ter a máxima possibilidade de se defender sobre aquilo que está sendo acusado, não devendo ser-lhe cerceada sua defesa, muito pelo contrário, sendo necessário, sempre, oportunizar que ele se manifeste integralmente naquilo que considerar relevante e atinente ao fato que lhe foi imputado. Sobre a ampla defesa explica Tucci: “A concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör* (garantia de ampla defesa), reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); e, c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da inculpabilidade*)”. (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 148-149). Contraditório e ampla defesa estão, portanto, intimamente ligados.



decidir), así como por la continuidad de los actos procesuales. En cambio, el sistema inquisitivo consagra la preponderancia de lo técnico (la justicia no puede ser administrada por profanos sino por profesionales) y la eficacia orientada como principio director del debate (orientado a la obtención de la “verdad material” del hecho imputado), y se caracteriza por su carácter secreto (sobre todo, en su fase más importante – la instrucción o sumario – ya que lo que sigue suele ser pura formalidad destinada a exponer las conclusiones del sumario y a extraer las consecuencias jurídicas de las mismas), escrito y no contradictorio (el papel activo del juez se desempeña en detrimento del papel pasivo jugado por las partes), así como por la libertad que la ley otorga al juzgador en la búsqueda y evaluación de las pruebas y por ciertas restricciones a diversos derechos fundamentales (sobre todo el derecho a una defensa plena), protegidos sin embargo por el formalismo del procedimiento.<sup>544</sup>

Feitas essas considerações, cumpre referir, conforme o alerta de Ferrajoli, que nem sempre características de cada modelo, pertencentes ao plano teórico, guardarão correspondência com o plano histórico. Ou seja, as diferenças entre sistema acusatório e inquisitório podem se dar em um plano teórico ou histórico, e, nem sempre, haver uma coincidência entre essas diferenças constatadas em cada um desses planos. Segundo o autor, por exemplo, a separação entre juiz e acusador, a igualdade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade são diferenças presentes tanto no plano teórico quanto histórico; mas a discricionariedade da ação penal, o caráter eletivo do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao poder executivo, a exclusão da motivação dos juízos do jurado, pertencem, historicamente, ao sistema acusatório, mas não são características de seu modelo teórico. Por outro lado, são tipicamente característicos do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no âmbito probatório, a desigualdade de poder entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução; não o são, de uma forma tão exclusiva, institutos nascidos, historicamente, com a tradição inquisitiva, como a obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade de graus da jurisdição e a obrigação do juiz motivar as suas decisões. Esses aspectos têm sido objeto de muitas confusões “habiendo dado lugar a que a menudo fueran considerados como esenciales de uno u otro modelo teórico elementos pertenecientes de hecho a sus respectivas

---

<sup>544</sup> RICO, José Maria, op. cit., p. 240.

tradiciones históricas, pero lógicamente no necesarios en ninguno de los dos o compatibles con ambos”.<sup>545</sup> Realmente, existe uma confusão para a caracterização dos sistemas processuais, haja vista que nem o acusatório nem o inquisitório hoje mantêm as suas características originais. Por isso não se pode fazer essa definição a partir desses traços ontológicos.<sup>546</sup>

No entanto, mesmo reconhecendo-se essa evolução histórica e essa certa mescla de características, é necessário manter a distinção entre os dois sistemas como modelos opostos, com o que não se pode admitir a existência de um sistema chamado de misto. Nessa medida, a diferenciação entre um e outro estará (e aqui no que tange ao tipo de juízo e não quanto à organização judicial), principalmente, no papel do juiz, na sua efetiva imparcialidade e como ele se portará, especialmente, diante da gestão da prova.

Nessa linha, Lopes Jr. alerta para o fato de haver essa classificação em sistema misto a partir da afirmação de que “os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais”<sup>547</sup>.

Além disso, essa classificação em misto se justificaria pois a fase da investigação seria inquisitória e a processual acusatória, a qual foi adotada, pela primeira vez, no *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808, sendo o primeiro a fazer a separação entre as fases de investigação e instrução.<sup>548</sup> A partir disso, na fase de investigação predominaria um sistema inquisitório, e na de instrução processual, o acusatório, visto que nesse momento haveria a separação da figura do magistrado e do órgão acusador.

No entanto, essa classificação deixa de lado o “núcleo fundante”, ou seja, o que, verdadeiramente, diferencia as duas sistemáticas processuais penais. Esse “núcleo fundante” não é a simples (apesar de essencial) separação entre os órgãos de acusar e julgar, mas sim a quem é atribuída a iniciativa e gestão da prova. Com efeito, a necessária separação das funções impõe que a iniciativa e gestão da prova seja atribuída às partes (até para que referida separação possa ser considerada verdadeira). Admitindo-se esse poder ao juiz, estar-se-ia, justamente, rompendo com essa distinção. Conforme Lopes Jr., “mais do que isso, somente com essa

---

<sup>545</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 563.

<sup>546</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 231.

<sup>547</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 128.

<sup>548</sup> Ibid.

separação de papéis mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial”<sup>549</sup>. Na mesma linha, para Thums, o traço que vai apontar para o juiz inquisidor atual será o poder de controle da prova, com o que a necessidade de um juiz sem a iniciativa para a formação da prova e equidistante das partes é um aspecto fundamental do sistema acusatório<sup>550</sup>, o qual vai se caracterizar a partir de um princípio informador “que coloca a pretensão acusatória nas mãos das partes”<sup>551</sup>.

A identificação de cada modelo processual vai variar, portanto, de acordo com a posição que o magistrado assume no processo, e não só no fato de ele se constituir em um órgão diverso do da acusação. Por isso, conforme Lopes Jr.:

é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.<sup>552</sup>

Assim, não será a presença de um órgão público distinto do julgador que significará a distinção entre os sistemas processuais. Conforme Thums, “é falsa, portanto, a conclusão de que a presença do Ministério Público no processo penal, com o monopólio da ação penal, corresponda ao modelo acusatório. Há que se buscar outros referenciais para distingui-lo do sistema inquisitório reformado”<sup>553</sup>. Em havendo regras procedimentais de natureza inquisitória, haverá um desfiguramento do sistema acusatório e o surgimento de um sistema inquisitório, o qual não pode ser intitulado de misto. Essa nomenclatura será, desse modo, uma maneira “simpática” encontrada para chamar o modelo inquisitório dos tempos atuais.<sup>554</sup> É o receio de assumir o rótulo de inquisitório que faz com que se tenha construído um sistema híbrido, que, ao invés de receber o nome de “inquisitório reformado” é intitulado de “acusatório misto”<sup>555</sup>. Para o autor o misto não poderia ser considerado

---

<sup>549</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 129.

<sup>550</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 238.

<sup>551</sup> Ibid., p. 242.

<sup>552</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 129.

<sup>553</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 213.

<sup>554</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 213.

<sup>555</sup> Ibid., p. 262.

um sistema, mas um amontoado de regras<sup>556</sup>, com o que chamar de misto “um modelo processual que confere poderes inquisitoriais ao juiz é fazer afirmação pouco técnica e desnudada de caráter histórico”<sup>557</sup>.

Com efeito, a imparcialidade só será, assim, efetivada, quando houver, além daquela separação inicial entre os órgãos de acusação e julgamento, o afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória<sup>558</sup>, o que perpassa por impedi-lo de iniciativa e gestão probatória.

Para Thums, a denominação de sistema misto estaria, portanto, em realidade, a travestir o sistema inquisitório dos tempos atuais (o qual não seria igual ao sistema inquisitório original, visto que teria incorporadas algumas conquistas relacionadas aos direitos do acusado), visto que mantido o seu princípio fundante, lastreado no poder do juiz de chegar à verdade.<sup>559</sup>

Por esses motivos, ainda que pudéssemos considerar que um sistema seja misto, no sentido de que ele tenha característica acusatórias e inquisitórias, a sua definição entre um modelo e outro está na identificação de sua essência, do seu núcleo<sup>560</sup>. De acordo com Lopes Jr., “o ponto nevrálgico é a identificação de seu *núcleo*, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.).”<sup>561</sup> E é por isso que não se pode dizer haver um princípio misto, pois o princípio será um ou outro.

Conforme Coutinho, os sistemas inquisitório e acusatório seriam regidos pelos seus princípios unificadores, quais sejam, o inquisitivo e o dispositivo, respectivamente. No sistema inquisitório, a principal característica seria a concentração de poder nas mãos do magistrado, sendo o acusado um mero objeto de investigação, detentor da verdade de um crime, que deveria ser revelada ao inquisidor. Com isso, a característica fundamental do sistema inquisitório estará na gestão da prova confiada ao juiz. Já no sistema acusatório, a gestão da prova está

---

<sup>556</sup> Ibid., p. 231.

<sup>557</sup> Ibid., p. 262.

<sup>558</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 133.

<sup>559</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 212.

<sup>560</sup> Esclarece Coutinho a respeito desse núcleo: “O núcleo de um sistema — sabem todos ou deveriam saber, por Kant e outros — está no princípio reitor dele, ou seja, aquilo que como linguagem faz a ligação dos elementos que o compõem, a fim de lhe dar o conjunto organicamente estabelecido e, assim, permitir seu desenvolvimento até o fim demarcado, no caso *dicere jus por juris dictio*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>, acesso em 12/12/2012).

<sup>561</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 134.

nas mãos das partes, com o que o juiz dirá, com base nas provas por elas produzidas, o direito a ser aplicado naquele caso concreto. Com isso, o autor conclui ser o processo penal brasileiro inquisitório, já que regido pelo princípio inquisitório, pois a gestão da prova pertence ao magistrado. Ainda, o fato de se intitulá-lo de misto, por não ser um sistema puro, em realidade, não descaracteriza a sua essência, haja vista não existir um “princípio misto”. De acordo com o jurista, “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação (misto) por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestado a outro”<sup>562</sup>. Assim, o fato de um processo ser de partes não o torna acusatório, bastando uma simples revisão histórica para mostrar que a maior referência inquisitória, as *Ordonnance Criminelle* (1670), do Rei Luiz XIV, previa um processo de partes.<sup>563</sup>

Isso não significa que, ao lado desse núcleo, não possa haver características de um sistema e de outro misturadas. Mas essas características não encobrem referida essência. Assim, nas palavras de Lopes Jr., “o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc., não lhe isenta de ser inquisitório”<sup>564</sup>. É o que ocorre no sistema brasileiro, como se observará na sequência.<sup>565</sup>

---

<sup>562</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n.1, p. 26-27.

<sup>563</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*, op. cit., p. 26-27.

<sup>564</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 135.

<sup>565</sup> Saliente-se que há, contrariando o que aqui foi dito, o posicionamento de Gustavo Badaró, segundo o qual nós teríamos um sistema processual acusatório. Para o autor, a inércia do magistrado ante a gestão da prova seria uma característica secundária do sistema acusatório, com o que haveria dois tipos para essa sistemática: um conforme o modelo inglês, no qual o juiz não teria qualquer poder instrutório, denominado adversarial; e outro, como seria o brasileiro, no qual o magistrado poderia determinar a produção probatória de ofício. (BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 112-137). Ada Pellegrini Grinover, em artigo intitulado *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, julho-setembro 2000, também adota o posicionamento de Badaró. Não é possível concordar com isso, pois, na linha de Prado, “A artificial designação de sistema adversarial, para definir o acusatório em que a inércia probatória do juiz é regra, para distingui-lo de outro sistema acusatório em que o juiz tem poderes instrutórios, só atende ao propósito de tentar prolongar a vida do Código Processo Penal de 1941, da era autoritária, naquilo que nele é central, tal seja, a filosofia de que se trata de instrumento da política de segurança pública dos Estados e não de previsão das regras do devido processo legal, conforme a Constituição da República de 1988”. (PRADO, Geraldo, op. cit., p. 140.) Também Thums aponta para a necessidade de discordância desse posicionamento. Segundo ele: “a combinação de um sistema acusatório com o *inquisitorial system* – como defende Grinover - revelaria um sistema misto informado por um princípio

### 3.2 A NECESSIDADE DE FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UM (VERDADEIRO) SISTEMA ACUSATÓRIO – A PARTIR DO ENTENDIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

De todos os aspectos abordados no capítulo anterior, certo é que existe um sentimento geral na população de que há impunidade em nosso país. Conforme Streck, vemos “brasileiros das mais variadas classes – e estamentos sociais – bradarem contra a impunidade, colocando a culpa no excesso de garantias” proporcionado pelo Código de Processo Penal, que, para quem não sabe, é da década de 40 do século XX<sup>566</sup>. Além disso, o processo penal, necessário para a aplicação final da pena, tem carregado a exigência de mecanismos que deem uma resposta rápida, utilitária e eficiente à criminalidade, pois a pena é considerada a única solução para esse problema<sup>567</sup>. No entanto, a problemática da impunidade não reside nem no Código de Processo Penal nem no Código Penal. Essa crise do sistema de combate à criminalidade, em realidade, tem dimensões estruturais, funcionais e individuais.<sup>568</sup>

A realidade é que a Constituição elegeu o princípio acusatório, mas a legislação infraconstitucional “anda na contramão” para fins de atender aos anseios populares e de políticos interesseiros, tudo em nome de combater a situação violenta do país<sup>569</sup>. Por tudo o que já foi dito, assim, é de ver-se a necessidade de respeito e aplicação do princípio acusatório, em detrimento de qualquer possibilidade de manutenção de resquícios inquisitórios em nossa sistemática processual penal. Realmente, conforme Thums, deve-se ficar atento aos princípios constitucionais, haja vista que, apesar de termos uma Constituição de índole garantista, a legislação ordinária carrega um viés eminentemente autoritário:

---

inquisitivo, ou seja, seria nitidamente um sistema inquisitório. É a ditadura dentro da democracia, ou seja, é um sistema nitidamente autoritário”. (THUMS, Gilberto, op. cit., p. 283.)

<sup>566</sup> STRECK, Lenio Luiz. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda, Gilson Bonato* (Org.), Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 445.

<sup>567</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 2.

<sup>568</sup> STRECK, Lenio Luiz. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo..., op. cit., p. 445.

<sup>569</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 263.

Em face da função que desempenham os princípios constitucionais num Estado Democrático de Direito, principalmente para a interpretação das normas infraconstitucionais, deve o operador do Direito estar atento às manobras de desvirtuamento ideológico do sistema, como ocorre no Brasil, em que há uma Constituição de matriz garantista, mas a legislação é nitidamente autoritária, influenciada por movimentos de controle social baseado no Direito Penal. A cada acontecimento de repercussão nacional, maximizado pela mídia, que coloca as autoridades em descrédito pela ausência de políticas permanentes na busca de soluções, cria-se um clima favorável à edição de leis de Direito Penal Maximo. Mais cadeias, maiores penas, menos garantias processuais para acelerar os julgamentos, enfim, aciona-se todo o manancial de recursos do Direito Penal para contornar e mascarar os problemas.<sup>570</sup>

Diante disso, essa compreensão deve ser atingida a partir do pensamento de Streck, o qual, com uma nova Teoria da de Decisão, baseado em uma ruptura de paradigmas, repudia aquilo que não pode adequar-se à Constituição e ao Estado Democrático de Direito<sup>571</sup>.

---

<sup>570</sup> Ibid., p. 89.

<sup>571</sup> O Estado Democrático de Direito surge diante do antagonismo existente entre os direitos liberais e os sociais concedidos por uma mesma Constituição, visando a concatenar esses dois ramos de direitos e ainda outros dela emanados. Assim, advém o Estado Democrático de Direito, sendo este um compilado do Estado Liberal com o Estado Social. O Estado Democrático de Direito, no entanto, ultrapassará o Estado Liberal e o Estado Social, trazendo à atividade estatal e à ordem jurídica um “conteúdo utópico de transformação da realidade”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 76.) No que tange ao seu surgimento, Bolzan de Morais alerta para o fato de ele não ter advindo de uma revolução das estruturas sociais, mas sim, da incorporação de novas características ao modelo tradicional. Desse modo, a partir dos valores liberais, agregados da questão social, inclui-se, com o advento dessa nova forma estatal, a questão da igualdade agora como um “conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”. Saliente-se que, muito embora a preocupação com a igualdade já pudesse ser percebida nos modelos anteriores, no Estado Democrático de Direito a ela são dados novos contornos, visto que ela passa a ser vinculada à solidariedade, compondo um “caráter comunitário”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 80) No mesmo sentido aduz Copetti: “O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade”. (COPETTI, André, op. cit., p. 80). Assim, ao Estado de Direito, conforme Bolzan de Morais, é atrelado o ideal democrático “não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 74-75) E acrescenta que a ele é atribuído um conteúdo transformador, que vai além do aspecto material, sendo um fomentador da participação pública: “O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia

Nesse liame, cumpre-se observar, inicialmente, alguns aspectos sobre os princípios, para que não se caia em velhas práticas – ainda mantidas pelo senso comum teórico.

É o caso dos princípios gerais do direito, os quais estão previstos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como critérios de solução para as lacunas do ordenamento (assim como a analogia e os costumes). Ou seja, esses princípios são vistos como úteis quando as regras não forem suficientes para resolver algum problema da realidade. Esse parâmetro do século XIX continua a ser utilizado como se, atualmente, os princípios constitucionais fossem apenas uma continuidade entre a nova Constituição e o regime anterior.<sup>572 573</sup> Mas não é o que ocorre pois, ao contrário, o que existe é uma descontinuidade, pois os princípios constitucionais proporcionam uma mudança de paradigmas no pensamento jurídico<sup>574</sup>.

Ocorre que hoje, diante do Constitucionalismo Contemporâneo, os princípios, conforme Streck e Tomaz de Oliveira, “assumem uma dimensão normativa de base”<sup>575</sup>. Não devem ser entendidos como meros instrumentos que servem para preencher uma lacuna da lei ou do ordenamento jurídico, mas como “constituidores da normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário”<sup>576</sup>. A partir disso, tem-se que toda decisão jurídica só será adequada à Constituição se dela puder ser extraído um princípio, com o que uma decisão hermeneuticamente correta estará, assim, assentada em uma comunidade de princípios.<sup>577</sup>

---

contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis, op. cit., p. 74-75).

<sup>572</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Coleção O que é isto?, Vol. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 10.

<sup>573</sup> Outro aspecto que se deve atentar é o fato de, hoje, nos vermos diante de um quadro de inumeráveis princípios, dos quais não se sabe sequer a origem. É o que Streck denomina de “panprincipiologismo”, que faz com que o intérprete, como no positivismo, na ausência de leis, busque um princípio, o qual pode ser, inclusive, criado. Nas palavras do autor, “percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstancia que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “efetividade”, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 538.)

<sup>574</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 14.

<sup>575</sup> Ibid., p. 10.

<sup>576</sup> Ibid., p. 11.

<sup>577</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 11.



O princípio vai recuperar o mundo prático, trazer o cotidiano à regra. Distintivamente do que se diz na tese da “abertura semântica dos princípios”, quem “abre a interpretação” é a regra, pois ela que possui uma perspectiva universalizante, já que “pretende abarcar todos os casos enquanto, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica”<sup>578</sup>. O princípio vai, por isso, individualizar e realizar a aplicação<sup>579</sup>.

Com efeito, conforme Thums, será com os princípios que os aplicadores do Direito não se tornarão “meros reprodutores de concepções forjadas pela dogmática conservadora, que sofre a influência dos mais variados matizes políticos e ideológicos”<sup>580</sup>. No que tange ao processo penal<sup>581</sup> temos, assim, o princípio acusatório, o qual está no centro de todas as garantias processuais penais.<sup>582</sup>

---

<sup>578</sup> Ibid., p. 15.

<sup>579</sup> Ibid.

<sup>580</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 94.

<sup>581</sup> Com relação ao processo penal, é de ver-se que, na visão de Streck e Tomaz de Oliveira: “construímos um tipo de aproximação do processo penal que se coloca para além dessa vetusta dicotomia que, ao fim e ao cabo, opõe indivíduo e Estado: ora o indivíduo é uma espécie de inimigo do Estado; ora o Estado é mal, e o indivíduo, em sua ‘bondade natural’ – deve sempre ser defendido deste *leviatã*”. (STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 20.) Segundo os autores, esse posicionamento que encara as garantias de uma forma unilateral (considerando que só servem para o favorecimento do acusado) merece ser visto de uma postura crítica. Nesse prisma, os dilemas da teoria processual poderiam ser pensados por meio de dois princípios: o da proibição de excesso e o da proibição de proteção deficiente. (STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 15-23.) Alexandre Morais da Rosa, trazendo uma visão do processo penal como procedimento em contraditório, aduz que a função do processo penal seria “o acerto do ‘caso penal’”, ou seja, “cometida a conduta imputada, a pena somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição significativa da conduta imputada, acolhida por decisão fundamentada, a partir de uma visão de verdade processual decorrente de um processo contraditório e acusatório”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. In: *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, n. 2, jul-dez. 2006, p. 220) Nessa medida, o entendimento acerca do processo, presente no senso comum da maioria dos juristas, estaria em que o processo seria um conjunto de atos preordenados a um fim, sendo o procedimento seu aspecto formal, o rito. O processo é visto, assim, como acessório do direito penal. Mas dizer isso, conforme Morais da Rosa, invocando Binder, seria insuficiente e superficial, pois “o que se denomina de ‘tipo’ possui reflexos inexoráveis na compreensão da norma processual, não se podendo falar em plena autonomia, havendo, ao contrário, uma ‘estrecha relación’ entre esse ‘tipo’ e o Processo Penal”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221). Além disso, a política criminal também deve ser vista como fator necessário à interpretação das normas processuais, “uma vez que sempre é de um ‘ser-aí’ (Heidegger), inserido no mundo da vida” (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221). Por fim, o autor não nega que o conhecimento das formas seja importante, mas aduz que um isolamento formal faria desaparecer a estrutura democrática, a qual é acusatória, do Processo Penal. (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221). Nesse contexto, o contraditório será a característica que diferenciará o processo de procedimento. Conforme o jurista “a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder de império, com conseqüências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos *princípios e regras* previstos no ordenamento jurídico de forma taxativa” (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221). Assim, as “regras do jogo democrático” devem ser garantidas, sempre a partir de uma análise crítica e constitucionalizada, haja vista que direito fundamental não se transige e

No entanto, o que vemos é que a Constituição Federal ainda não conseguiu se impor a um Código de Processo Penal de mais de 60 anos, de ideologia inquisitória, autoritária e fascista. As leis têm sido aplicadas ainda que em violação aos direitos fundamentais. Os magistrados preferem a aplicação dessa lei à Constituição Federal, em consonância à dogmática conservadora e mesmo às Cortes Superiores. Conforme o autor, “há uma mentalidade de resistência da cultura jurídica brasileira em ‘digerir’ os direitos fundamentais diante da nova ordem constitucional”<sup>583</sup>.

Dito isso, além desses pontos, outros merecem breve análise, até para que se identifique a matriz teórica da qual se parte para a defesa do princípio acusatório, que é a Teoria da Decisão de Streck.

Primeiramente, é de ver-se que a decisão judicial não pode ser entendida como uma escolha do magistrado, no sentido de que ele, entre várias possibilidades, toma uma, de acordo com o seu critério, como melhor solução para o caso concreto. É por isso que há uma diferença entre decisão e escolha, haja vista que decidir não é o mesmo que escolher. E a escolha, em termos jurídicos, é o mesmo que discricionariedade<sup>584</sup>, o que não mais podemos admitir.<sup>585</sup>

---

não se negocia, conforme Ferrajoli. Assim, a existência efetiva do contraditório consiste na característica fundamental do processo penal. (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221). Finalmente, conclui o jurista sobre como deve ser encarado o processo penal: “Então, invertendo-se a lógica do *sensu comum teórico dos juristas*, o processo é um *procedimento* realizado por meio do *contraditório* e, especificadamente no *Processo Penal*, e entre o Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado em defesa técnica. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *Jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual se instaura e se desenrola, especificadamente no tocante ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito. Neste pensar, o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado. Rompe-se, outrossim, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 222).

<sup>582</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 13.

<sup>583</sup> Ibid., p. 95.

<sup>584</sup> Segundo Streck, a questão da discricionariedade judicial vai surgir, no âmbito das teorias positivistas e pós-positivistas, quando se passa a perceber a “indeterminação do direito”. A partir dessa descoberta, se passa a admitir, tanto pela Escola de Direito Livre, quanto pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo de Kelsen, pelo positivismo moderado de Hart, até se chegar às posturas argumentativistas como a de Alexy, que, no momento da decisão, sempre acabaria sobrando um espaço vazio incapaz de ser preenchido pela razão, espaço que deveria então, ser ocupado pela vontade discricionária do interprete/juiz (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 38). Nesse prisma, a discricionariedade deve ser compreendida como sendo “o poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços de zona de penumbra do modelo de regras”

Com efeito, a decisão não pode se dar por meio de uma escolha, mas através do “comprometimento com algo que se antecipa” e, como explica Streck, “esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito”<sup>586</sup>. Aqui reside a pré-compreensão. E é justamente no modo de compreender esse sentido do Direito que haverá o condicionante da forma como a decisão jurídica deve ocorrer, existindo, portanto, um compromisso com esse pressuposto. A partir desse ponto que se poderá falar em resposta correta ou adequada.<sup>587</sup>

Além disso, nas palavras de Streck, “esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo

---

(STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 39). Ou seja, lastreado nesse poder discricionário, o juiz poderia, a seu critério, fazer uma escolha, a qual se justificaria na sua própria vontade. É justamente contra isso o combate de Streck. Por esse motivo é que se pode afirmar, seguindo-se referido autor, que a discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. No entanto, aqui deve ser feito um alerta: não se deve fazer confusão a partir da separação feita, no Direito administrativo, entre atos discricionários e atos vinculados. A questão está, na verdade, em “pôr em xeque o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 39). Cumpre, por isso, esclarecer, que o ato discricionário administrativo é autorizado pela lei, e, por esse motivo, se mantém adstrito ao princípio da legalidade. Nele, o administrador está autorizado a eleger os meios necessários para a determinação dos fins por ela estabelecidos; no entanto, qualquer ato por ele praticado poderá ser questionado tendo-se em vista o princípio da legalidade. Ainda, esse ato administrativo não estaria submetido ao controle jurisdicional, fazendo parte do que se denomina de autonomia do legislador. (Entretanto, observe-se que, nos países europeus, já se está revendo esse conceito de discricionariedade administrativa: lá estão admitindo o controle jurisdicional mesmo nos casos de discricionariedade do administrador). (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 40-41). Já na discricionariedade judicial, “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 40). Ou seja, diante da constatação de uma *zona de penumbra*, o juiz considera possível aplicar o seu poder discricionário, pensando-se legitimado para inventar a regulamentação que, de acordo com o seu critério de vontade (sujeito solipsista), acha adequada para aquele caso concreto. Desse modo, “o que se chama de discricionariedade judicial, em verdade, nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 42). Com efeito, a partir do momento em que se admite essa discricionariedade, (a qual se dá nos moldes apontados, no sentido de liberdade do julgador para fazer a escolha que melhor lhe convier – e somente a ele, diga-se de passagem), não se pode negar que ela, em verdade, é apenas uma denominação que esconde/disfarça o sentido arbitrariedade. No Brasil, a discricionariedade quer dizer duas coisas: a) ela é um modo de superar o modelo de Direito formal exegético (e não passa disso), e b) ela é uma aposta no protagonismo judicial, que passa a ser considerado uma fatalidade<sup>584</sup>. Assim, “no pretexto de superar o ultrapassado silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vem-se deslocando o lócus do sentido do texto na direção do protagonismo do intérprete” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 39).

<sup>585</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 15-16.

<sup>586</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>587</sup> *Ibid.*

momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito<sup>588</sup>. Nisso reside a importância do princípio acusatório.

Esses pontos merecem destaque porque “discutir o ‘sistema acusatório’ é mais do que falar de garantias. É discutir paradigmas. E, mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas”<sup>589</sup>. E isso porque o sistema inquisitório está, em verdade, ligado ao paradigma da subjetividade, ou seja, ao esquema sujeito-objeto. E o esquema sujeito-objeto, por sua vez, encontra-se relacionado ao paradigma da filosofia da consciência, no qual há a sustentação do sujeito de qualquer relação cognitiva.<sup>590</sup>

E tudo isso está umbilicalmente ligado à não superação do positivismo normativista<sup>591</sup>. Nesse ponto, é necessário se identificar a importância da

---

<sup>588</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 16.

<sup>589</sup> Ibid., p. 44.

<sup>590</sup> Ibid.

<sup>591</sup> Nesse aspecto é importante o seguinte esclarecimento: para que possamos tecer uma crítica ao positivismo, é necessário que identifiquemos de qual positivismo estamos falando. Isso porque temos podido constatar que muitas posturas procuram se dizer pós-positivistas quando, em verdade, justamente assumem a matriz positivista. Esse fenômeno ocorre pois há, corriqueiramente, uma confusão entre positivismo exegético e normativista, como se ambos fossem a mesma coisa. Nesse contexto, aqueles que se intitulam pós-positivistas, em realidade, só estão agindo contra o positivismo exegético (de há muito superado), acabando por aceitar o positivismo normativista, na medida em que defendem a existência de um grau de discricionariedade nas decisões judiciais. Por esse motivo, a fim de se demonstrar de que modo a hermenêutica filosófica vem a romper com o positivismo, mister se faz o apontamento dos diferentes tipos dessa postura científica (inclusive para podermos compreender a crítica a ela dirigida por Streck). Nesse sentido, a crítica de Streck se desenvolve contra o positivismo normativista de Kelsen, ou seja, contra aquele que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isso porque, como se disse, o velho positivismo exegético já foi superado. Em suma, tradicionalmente, o termo positivo deve ser entendido como sendo os fatos, que “correspondem à determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar, ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 31). No Direito, essa mensurabilidade será encontrada no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente nos códigos, os quais receberam um status de verdadeiros “textos sagrados”. Ocorre que, em determinado momento, se passa a perceber que o texto dos códigos, na verdade, não é capaz de abarcar toda a realidade. Deparamo-nos, então, com um dilema, apontado por Streck: “mas então como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja destruída?” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 32). A resposta a essa pergunta é buscada na Escola da Exegese na França e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, as quais procedem numa análise da própria codificação. Surge então o positivismo exegético ou primevo. A sua principal característica, no que tange ao problema da interpretação, é a realização de uma análise sintática. Com isso a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o código seria suficiente para resolver o problema da interpretação no Direito. Aqui a analogia e os princípios gerais do Direito seriam utilizados nas excepcionais situações em que haveria inadequação dos casos às hipóteses legislativas. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 32) Posteriormente a isso é que advém o positivismo normativista, o qual surge, em realidade, para aperfeiçoar o rigor lógico trazido pelo positivismo exegético (e não para ser uma oposição a ele). Nesse contexto está Hans Kelsen. Ele não procurava ir contra a tradição positivista que foi inserida pela Jurisprudência dos Conceitos. Justamente de forma oposta, ele queria reforçar o método analítico, para responder à crise por que passava o rigor jurídico, o qual estava sendo colocado em xeque pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola de Direito Livre (as quais

hermenêutica jurídica como verdadeira possibilidade de rompimento com o positivismo (e discricionariedades/arbitrariedades, inquisitorialidades e decisionismos), o que passou a ocorrer a partir do giro ontológico linguístico.

A partir disso, em uma perspectiva histórica, podemos perceber a existência do primeiro giro linguístico, o qual se deu quando, na época do iluminismo (século XVIII), superou-se o realismo filosófico, que considerava haver uma relação real entre o ser e a sua essência. Naquele contexto, a linguagem passou a ser vista como simples transposição de conceitos, ou seja, como um mero veículo. Nesse sentido explica Streck, apontando o fato de que, com o iluminismo, movido pela necessidade de explicação do mundo pela razão, o homem passou a “assujeitar” as coisas:

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (Aufklärung). O fundamento não é mais o essencialismo como uma certa

---

favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito). A partir desse quadro Kelsen percebeu o seguinte: “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 32-33). No que tange à interpretação, resumidamente, deve-se consignar que Kelsen a entendia como ato de vontade e ato de conhecimento. No âmbito do ato de vontade, haveria sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentaria o intérprete. Esse espaço seria derivado do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico aos objetos do mundo concreto. Nesse sentido, para Kelsen, a interpretação do Direito seria eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Esse desvio seria impossível de ser corrigido. Ele apostou, então, na discricionariedade do intérprete (no nível de aplicação do Direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia a salvo da subjetividade. Com isso ele superou o positivismo exegético, mas, no entanto, deixou de lado o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da aplicação. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 33-34). Na mesma linha, Cattoni explica a tese da interpretação autêntica de Kelsen, alertando para o fato de o “Teoria Pura do Direito” possuir três edições: a primeira, de 1934, a edição francesa, de 1953, e a edição de 1960. De acordo com o autor, em suma, para Kelsen, a norma será uma moldura que contém várias possibilidades de aplicação, sendo que não haveria um critério que determinasse que uma dessas possibilidades devesse prevalecer sobre as outras, inexistindo uma leitura que pudesse ser considerada correta. Assim, no momento da aplicação da lei, a autoridade estaria livre para fazer de acordo com a sua discricionariedade. A Ciência do Direito teria o papel de traçar um quadro de interpretações possíveis, enquanto órgão competente deveria decidir qual dessas interpretações possíveis seria a escolhida. O magistrado, através de um ato de vontade juridicamente autorizado, determinaria qual dentre as interpretações possíveis seria a obrigatória, criando uma norma válida por ser fundada na norma superior. Essa é a interpretação autêntica. As razões pelas quais esse órgão competente decide por esta ou aquela interpretação não importariam ao Direito positivo. (CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 31-48.) Por fim, como se disse, as modernas teorias críticas não compreendem essa diferenciação entre o positivismo exegético e o normativista. Elas apontam para a necessidade de rompimento com o imaginário exegético, no entanto, ao mesmo tempo, acabam por admitir um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas, enfim na zona de penumbra das leis, não conseguindo, por isso, superar o positivismo. Com efeito, elas acreditam que o positivismo se resume ao positivismo exegético e, por isso, inclusive se intitulam de pós-positivistas.

presença da *iluminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto dessas reflexões – propiciaram o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade)<sup>592</sup>.

Assim, naquela quadra da história, com o iluminismo, o mundo passou a ser explicado através da razão, sendo daí que advém a subjetividade, quando o sujeito passou a se achar capaz de “assujeitar” as coisas. Ocorre, assim, o surgimento do famigerado esquema “sujeito-objeto” (S-O).

O positivismo é justamente calcado nesse esquema. A partir dele, o Direito passa a ser visto como um objeto que deve ser analisado segundo critérios emanados de uma “lógica formal rígida”. O objeto seria, desse modo, produto do próprio sujeito do conhecimento, o qual Streck denomina de solipsista. O sujeito solipsista é aquele que decide conforme a sua consciência, ou seja, ele interpreta de acordo com os critérios emanados de sua vontade, considerando dever explicações somente a um “tribunal da razão”, no caso, o seu. Por isso Streck explica o solipsismo como a “consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”<sup>593</sup>.

Desse modo, o paradigma da filosofia da consciência (sobre o qual se sustenta o sujeito solipsista) e a discricionariedade fazem parte de um mesmo parâmetro de pensamento. Nessa linha, conforme Streck:

Observe-se, nesse contexto, que “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda, sendo muito comum essa junção ser feita a partir da tese – explícita ou implícita – de que a interpretação (ou a sentença) “é um ato de vontade”, reconstruindo-se assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito.<sup>594</sup>

---

<sup>592</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 15.

<sup>593</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>594</sup> *Ibid.*, p. 34.

Nesse contexto, o positivismo pretendia oferecer um objeto e método seguros para a produção do conhecimento científico no Direito. No entanto, isso levou a uma “racionalidade teórica asfixiante” que, em verdade, acabou por isolar o contexto prático, ponto de onde as questões jurídicas emergem. Assim, para o positivismo, os fatos sociais não deveriam fazer parte das preocupações do Direito.<sup>595</sup>

A discricionariedade será a principal característica desse positivismo, tendo-se em vista que está ligada ao paradigma subjetivista, qual seja, ao esquema sujeito-objeto. Ela deve ser compreendida como o espaço ocupado pela razão prática nos casos de insuficiência da plenitude da razão teórica. Essa separação entre essas duas razões advém de Kant, para o qual existe uma razão teórica e uma razão prática. O positivismo vai apostar nessa razão teórica. Quando ela não se mostra suficiente, então ele abre espaço para a discricionariedade, que será a manifestação da razão prática. Na linha de Streck, foi exatamente esse o equívoco cometido pelo positivismo: apostar em um certo arbítrio (discricionariedade) do julgador no momento da decisão. Considerou-se, a partir de Kelsen, o ato jurisdicional como um ato de vontade, motivo pelo qual ele passou a representar uma manifestação da razão prática, estando excluído, por isso, do âmbito do conhecimento teórico<sup>596</sup>.

As questões relacionadas à razão prática estão afastadas das preocupações do positivismo, o qual, repita-se, prefere apostar na razão teórica - por isso a admissão da discricionariedade e a aceitação de múltiplas respostas em Direito.

Nessa linha revelada por Streck, esse se constitui o Calcanhar de Aquiles das posturas positivistas: “diante das insuficiências/limitações das regras, diante dos casos difíceis e face à pluralidade de regras ou de sentidos das regras, o positivismo permite que o juiz ‘faça uma escolha dentre várias possíveis’”<sup>597</sup>. Diante desse aspecto, não há como negar que isso seja arbitrário, o que vem disfarçado pela denominação discricionário.

Com efeito, em uma perspectiva evolutiva, é de se ver que, nos séculos XIX e XX, a questão da discricionariedade estava a nível da política. Naquele tempo o direito era refém do processo político, com o que a sua autonomia restava

---

<sup>595</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 61.

<sup>596</sup> Ibid., p. 63.

<sup>597</sup> Ibid., p. 67.

enfraquecida Isso porque a ideia de lei surgida a partir da Revolução Francesa pretendia por fim ao modelo de Estado do Antigo Regime, o qual se centrava na figura do rei, que concentrava os poderes de governo e jurisdição. A moderna ideia de lei vai romper com essa estrutura, criando-se um espaço institucional parlamentar para as decisões públicas serem tomadas, conforme a vontade da maioria. A partir de então o poder estaria em um corpo legislativo, representante do povo (naquela época, considerados os burgueses), e não mais nas mãos de uma única pessoa.<sup>598</sup>

Essa mudança, sem dúvida, representou uma grande conquista. No entanto, após, ela proporcionou a formação de um Estado legislativo, o qual trouxe novas concepções de um Estado autoritário. A ideia de Montesquieu do juiz como “boca da lei” significava, nas palavras de Streck, que “a lei cobriria tudo o que pode se dar no mundo dos fatos”, com o que se considerava que ela poderia prever todas as hipóteses fáticas de sua aplicação. Assim, conforme o autor, “daí a herança que todos nós conhecemos: o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes”.<sup>599</sup>

Essa concepção será radicalizada com os movimentos codificadores do século XIX, como se vê no Código de Napoleão, o qual pretendia retratar, nas palavras de Streck, “de maneira sistemática completa – a realidade num único corpo legislativo, que receberia o nome de Código”<sup>600</sup>. Entretanto, é a partir daí que se perceberá que a lei não consegue cobrir tudo e que, por vezes, as questões de fato apresentarão realidades que não foram previstas pelo “legislador racional”. A solução para isso foi criar, ao lado desse “legislador racional”, um “juiz/intérprete racional”. Assim, o primeiro, de forma absolutamente discricionária, criaria a lei, e o segundo, com uma discricionariedade limitada, preencheria os vácuos deixados pela discricionariedade do legislador. A discricionariedade do magistrado, além disso, encontraria justificação nos princípios gerais do direito, que, como a analogia e os costumes, seriam autorizações legislativas para a sua análise discricionária do caso concreto.<sup>601</sup>

---

<sup>598</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 82-83.

<sup>599</sup> Ibid. p. 83.

<sup>600</sup> Ibid. p. 83-84.

<sup>601</sup> Ibid., p. 84.



Por tudo isso, como se disse, a discricionariedade transforma os juízes em legisladores, sendo que esse poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, o que é uma típica manifestação do positivismo. É justamente contra essa admissão do poder discricionário que se deve lutar. Esclarece Streck:

A discricionariedade que combato é a do sub-jectum, que dispõe dos sentidos do direito, como se fosse “proprietário dos sentidos” e dos “meios-de-produção-dos-sentidos”, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em álbi para voluntarismos, a partir de um “grau zero de significado”<sup>602</sup>.

É a partir desse imaginário que doutrina e tribunais aceitam, por exemplo, no processo penal, o posicionamento segundo o qual o magistrado não precisa motivar a sua decisão que considera ausentes as hipóteses da absolvição sumária e determina o prosseguimento do feito sem qualquer análise dos argumentos levantados pela defesa técnica em sede de resposta à acusação<sup>603</sup>. É com respaldo

---

<sup>602</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*, op. cit., p. 65.

<sup>603</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que referida decisão necessita somente de uma motivação sucinta, apontado ao final da ementa a seguir colacionada, que bastaria ao juiz dizer que não estavam presentes as hipóteses do artigo 397, com o que a decisão estaria fundamentada. Ora, dizer apenas isto sem qualquer referências às teses esposadas pela defesa técnica sequer pode ser chamado de motivação sucinta, mas de completa falta de motivação. Leia-se: “HABEAS CORPUS. PECULATO (ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DEU PROSEGUIMENTO À AÇÃO PENAL, AFASTANDO AS HIPÓTESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL SUCINTA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. De acordo com a melhor doutrina, após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 da Lei Processual Penal. 2. A alteração legal promovida pelo referido diploma legal criou para o magistrado o dever, em observância ao princípio da duração razoável do processo e do devido processo legal, de absolver sumariamente o acusado ao vislumbrar hipótese de evidente atipicidade da conduta, a ocorrência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade, ou ainda a extinção da punibilidade, situação em que deverá, por imposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivadamente fazê-lo, como assim deve ser feito, em regra, em todas as suas decisões. 3. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes. 4. Tendo o magistrado singular afirmado, sucintamente, que não estariam presentes as hipóteses de absolvição sumária previstas no artigo 397 da Lei Processual Penal, consideram-se afastadas as teses defensivas ventiladas na resposta preliminar, não havendo que se falar em falta de fundamentação da decisão. 5. Ordem denegada.” (Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 210319/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/09/2011). Na mesma linha tem decidido o Supremo Tribunal Federal: “HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 1º, II e V, DA LEI 8.137/1990. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL CUJA

nesse poder que o sujeito solipsista se sustenta, como se devesse explicações somente ao seu “tribunal da razão”, não necessitando, por isso, motivar a sua decisão.

Conforme Streck, toda essa situação encontrou possibilidade de mudança a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger. Com ele, a filosofia é invadida pela linguagem, havendo o ingresso do mundo (não razão) prático na filosofia. O conhecimento é transferido para o âmbito da linguagem, sendo na linguagem que se dá a ação, o sentido, e não na “consciência de si do pensamento pensante”. Morre assim a subjetividade assujeitadora, mas não o sujeito da relação sujeito-objeto<sup>604</sup>.

A linguagem não será mais uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto. Ela é o que está dado, e, por isso, não pode ser produto de um sujeito solipsista que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Neste sentido, sobre a linguagem, explica Streck:

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Somente quando se encontra a palavra para a coisa, é que a coisa é uma coisa.<sup>605</sup>

---

PERTINÊNCIA NÃO RESTOU DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO PELA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE NÃO ACOLHEU O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. ORDEM DENEGADA. I – A denúncia narra fato típico imputado ao paciente, bem assim os indícios de materialidade e autoria, com destaque para o fato de o crédito tributário ter sido constituído, definitivamente, em 12/4/2007, sem que exista qualquer causa de extinção da punibilidade ou de suspensão da pretensão punitiva. II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame. III – A jurisprudência desta Corte, de resto, em diversas oportunidades, assentou o entendimento de que não se pode substituir o processo de conhecimento pela via excepcional do habeas corpus, o qual se presta, precipuamente, para afastar a manifesta violência ou coação ilegal ao direito de locomoção. IV – A assertiva de nulidade do processo por ausência de fundamentação da decisão que rejeitou o pedido de absolvição sumária não deve ser acolhida, pois o magistrado processante examinou, ainda que de forma concisa, a tese defensiva apresentada e concluiu pelo prosseguimento da ação penal por entender que a análise da totalidade dos argumentos expendidos diz respeito ao julgamento do mérito da pretensão punitiva. V – Habeas corpus denegado.” (Supremo Tribunal Federal, HC n. 110321/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08/05/2012).

<sup>604</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 14-15.

<sup>605</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 202.

Haverá, assim, com Heidegger, uma reconciliação entre prática e teoria. O solipsismo subjetivista é deslocado para um contexto intersubjetivo de fundamentação. O conhecimento prático e a teoria passam a se relacionar a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico. Nestas palavras aponta Streck:

Com o giro lingüístico operado por Heidegger se dá – de uma forma inédita em toda tradição filosófica – uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*). Há uma espécie de privilégio do conhecimento prático em virtude da estrutura do logos hermenêutico<sup>606</sup>.

Esse novo modo vai privilegiar, portanto, a dimensão de vivências fáticas.

Não se pode olvidar, no entanto, que a fenomenologia de Heidegger admite a existência de um duplo nível: a) o nível hermenêutico, no qual há a estrutura da compreensão, e b) o nível apofântico, o qual contém os aspectos lógicos, expositivos. Esses dois níveis, na perspectiva da diferença ontológica, não podem ser separados, pois eles sempre acontecerão no modo de uma unidade, de acordo com Tomaz de Oliveira, “embora o nível hermenêutico possa estar encoberto (e no mais das vezes está) pela própria linguagem que diz o apofântico”<sup>607</sup>.

Desse modo, atente-se que o filósofo não exclui a necessidade de existir esse âmbito apofântico, até porque deve ser compreendido que ambos os níveis se articulam em um mesmo movimento. Por isso Streck afirma que “aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso apofântico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é hermenêutico”<sup>608</sup>.

Haverá, assim, uma relação entre o logos hermenêutico e o logos apofântico. E a relação entre prática e teoria terá, desse modo, essa característica circular; no entanto ambas estão articuladas numa unidade, que será a antecipação

<sup>606</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 59.

<sup>607</sup> TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o Conceito de Princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

<sup>608</sup> STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto, op. cit., p. 37.

do sentido. A partir de então, o método não será determinante para a formação do conhecimento válido, pois há estruturas que se situam antes do aporte metodológico e que já se constituem em conhecimento. Por isso que se pode dizer que o método sempre chega tarde, pois o *Dasein*<sup>609</sup> já se pronunciou antes. Ele está sempre fora de si mesmo na relação cotidiana que tem com os entes.<sup>610</sup>

Heidegger proporcionará a ruptura com a substância e a subjetividade do pensamento ocidental e vai desdobrar, nas palavras de Stein, “um método fenomenológico que radica nas possibilidades da existência, que pretende ser a superação do esquema sujeito-objeto”<sup>611</sup>.

A partir de Heidegger, a hermenêutica passará de normativa para filosófica, sendo que para essa última, conforme Streck:

A compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim, o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*)<sup>612</sup>.

Compreender e, portanto, interpretar (que é explicitar o compreendido) não dependerá de um método, porque existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação. Por essas razões que Streck insiste em explicar que não interpretamos para compreender, mas compreendemos para interpretar, porque a relação sujeito-objeto passa a dar lugar ao círculo hermenêutico. Em suas palavras:

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva

<sup>609</sup> Em uma explicação assaz breve e superficial, veja-se que o *Dasein* (ser-aí) deve ser compreendido como um ente privilegiado, aquele que compreende que está localizado no mundo.

<sup>610</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 75-76.

<sup>611</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p. 243.

<sup>612</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 196.

(Auslegung); é, agora, produtiva (Sinnggebung). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.<sup>613</sup>

Com efeito, segundo Rohden, a partir de Heidegger, o círculo hermenêutico deixará de ser simplesmente epistemológico (“como uma técnica universal de compreensão do sentido”) e passará a ser ontológico (“como um modo de constituir o sentido, modo de ser do Dasein”)<sup>614</sup>.

Nesse aspecto, pode-se, a partir de então, superar o esquema sujeito-objeto, o qual passa a ser substituído por uma relação sujeito-sujeito. Essa mudança ocorre com a ontologia fundamental, a qual, de acordo com Streck, estiola com a “idéia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo”<sup>615</sup> do sujeito<sup>616</sup>. Desse modo, o conceito de ser assume especial importância para Heidegger. Conforme Tomaz de Oliveira:

Para o filósofo, o conceito de ser não é algo que se possa manipular como um objeto, tampouco descrevê-lo teoricamente como se faz com um ente. Ser, em Heidegger, é um conceito operativo, o que implica dizer: sempre que lidamos com algo ou pensamos sobre algo, já aconteceu o ser. Esse ser sempre acontece num horizonte de sentido, que jamais chegará a integralizar-se e que não pode ser alcançado em sua plenitude. Ou seja, o ser não representa uma simples realidade, mas sempre está ligado a uma determinada possibilidade.<sup>617</sup>

Será assim que a hermenêutica filosófica, principalmente a partir das obras de Heidegger e Gadamer, proporcionará, no Direito, a superação do positivismo. Em suma, Heidegger vai desenvolver a ideia de que “o horizonte do sentido é dado pela compreensão”, a qual possuirá uma estrutura na qual haverá a antecipação do sentido (estando nela a situação hermenêutica). Gadamer, seguidor de Heidegger, por seu turno, retomando a sua percepção da linguagem como “casa do ser”, a considera não como um simples objeto, mas como um “horizonte aberto e

<sup>613</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 72.

<sup>614</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 163.

<sup>615</sup> Nesse contexto cumpre-se apontar que o *ser-no-mundo* visa a referir-se a um fenômeno de unidade. No entanto, essa unidade apresentará vários momentos estruturais, sendo possível percebê-la a partir de três aspectos: a) o *em-um-mundo*: referente à estrutura ontológica de mundo e determinar a idéia de mundanidade; b) o *ente*: investiga-se, aqui, a interrogação quem é e está no modo da cotidianidade mediana da presença; e c) o *ser-em*, no qual se deve expor a constituição ontológica do próprio *em*. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 99).

<sup>616</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 180.

<sup>617</sup> TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 39.

estruturado”<sup>618</sup>. Nesse prisma, Gadamer fará uma crítica ao processo interpretativo clássico, o qual considerava que a interpretação se dava a partir de um processo dividido em três partes, consistentes na compreensão, na interpretação e, só após, na aplicação. Constatada a impossibilidade dessa divisão por Gadamer, isso significa que o intérprete não pode extrair do texto um sentido que ele já possuiria (simplesmente reproduzindo um sentido já constante no texto). Isso porque o intérprete vai atribuir sentidos<sup>619</sup>. Com efeito, para que possamos interpretar, necessitamos compreender, e, para que isso ocorra, precisamos de uma pré-compreensão<sup>620</sup>. Não podemos ignorar o fato de o texto nos trazer algo, o que impossibilita uma livre atribuição de sentidos. Conforme o filósofo:

Uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.<sup>621</sup>

E tudo isso não significa que devemos desconsiderar que o intérprete carrega, inevitavelmente opiniões decorrentes de sua própria trajetória de vida e experiências anteriores. Não é isso o que a hermenêutica defende. Justo de modo contrário, devemos reconhecer a existência desses preconceitos, bem como identificá-los, pois só assim o texto encontrará o caminho livre para apresentar o seu conteúdo. Nesse sentido, para Gadamer:

A intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo, nossa expectativa é sempre que o texto nos informe sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica Atitude hermenêutica é

---

<sup>618</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 184.

<sup>619</sup> Isso não significa, é claro, por tudo o que já foi dito, que o intérprete (no caso, o juiz) poderá atribuir sentidos livremente, fazendo uma livre escolha a partir do que melhor lhe convém.

<sup>620</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidência entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Org. André Copetti, Lenio Luis Streck e Leonel Severo Rocha. Anuário 2005, n.º 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado e Unisinos, 2005, p. 149.

<sup>621</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004, p. 358,

sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo o caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as idéias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente.<sup>622</sup>

Com essa virada ontológico linguística, há, assim, uma verdadeira ruptura paradigmática que supera o predomínio do esquema sujeito-objeto, e, conseqüentemente, o que representa o lócus privilegiado desse esquema: o positivismo.

A partir do que foi dito, nessa linha de Streck, percebe-se que é do comportamento moral ocorrido na pré-compreensão<sup>623</sup> que poderá ser obtida a “idéia de resposta correta (ou, se se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo prático pelos princípios”.<sup>624</sup> Assim, existe um “direito fundamental de que a Constituição seja cumprida”, “de uma resposta adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição)”<sup>625</sup>.

Nesse quadro, a hermenêutica proposta por Streck é fruto da imbricação Heidegger – Gadamer – Dworkin. Assim, a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiana<sup>626</sup>.

---

<sup>622</sup> GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 63-64.

<sup>623</sup> Com relação à pré-compreensão, a partir de Gadamer, Streck aduz: “Essa faticidade e historicidade é o lócus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do “sistema”.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 218).

<sup>624</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 61.

<sup>625</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 619.

<sup>626</sup> De acordo com essa teoria, os casos similares devem ser tratados de modo similar, pois, “en un caso concreto, los principios y reglas que proporcionan la solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas, de acuerdo con una interpretación que ofrezca la mejor justificación política y moral de dichas decisiones” (RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, p. 65-66). Para Dworkin deve-se partir de critérios de justiça e equidade, na medida em que, nas suas palavras:

Dela advém a tese de que, conforme o autor, “há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição”<sup>627</sup>, trazendo uma maneira inovadora de ver o próprio Direito. Nas palavras de Streck:

Importa referir que uma hermenêutica jurídica trabalhada desde a matriz gadameriana e da ontologia fundamental heideggeriana implica um novo olhar sobre o Direito. Não tenho receio em afirmar que esse (novo) paradigma implica uma ruptura com toda uma tradição no campo jurídico, problemática que procuro enfrentar a partir do que venho denominando de Nova Crítica do Direito.<sup>628</sup>

Nesse contexto, quando o jurista afirma que interpretar é aplicar, está dizendo que os sentidos só irão aparecer no ato aplicativo. Além disso, a questão do sentido vai se situar antes do problema do conhecimento. Isso porque a compreensão é antecipada (por isso, obviamente, pré-compreensão), não sendo algo que pode ser dominado. O sentido não estará disponível para o intérprete, e, por essa razão, o autor aduz que “não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar”.<sup>629</sup>

Entendendo-se dessa forma a *aplicatio*, será possível a superação de dualismos metafísicos como texto e norma. Com efeito, a norma será o resultado da interpretação do texto. O texto não vai subsistir separado da norma, no entanto, isso não significa que essa equiparação quer dizer que ambos são iguais (na medida em que há uma diferença, que será ontológica). Assim, quando Streck diz que a norma é o resultado da interpretação do texto está se referindo ao sentido que o texto vai assumir no processo compreensivo. Conforme o autor: “a norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)”<sup>630</sup>.

Além disso, toda essa tese só encontra possibilidade a partir da vivência em um Estado Democrático e com base em uma Constituição compromissória. Com efeito, “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo,

---

“segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

<sup>627</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 84.

<sup>628</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 224

<sup>629</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 83.

<sup>630</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 225-226



uma questão de democracia”<sup>631</sup>. Por isso Streck destaca que “o principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial”.<sup>632</sup>

A hermenêutica vai funcionar como uma blindagem às interpretações arbitrárias e discricionárias. Isso porque a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir de um comprometimento com algo que se antecipa. Esse algo é a compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói como Direito, é justamente a pré-compreensão.<sup>633</sup> Por essa razão que a concretização dos textos jurídicos não pode estar adstrita ao esquema sujeito-objeto, no qual, diga-se de passagem, o posto de sujeito é ocupado pelo solipsista. Por isso, para Streck:

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende - e não pode depender - de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo!<sup>634</sup>

A partir desses pressupostos é que podemos falar em respostas corretas ou adequadas. A decisão não será um processo de escolha dentre várias possibilidades, mas um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação de acordo com o sentido do Direito projetado pela comunidade política. Por isso não há decisão que parta de um “grau zero de sentido”. Veja-se como explica Streck:

Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito - aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução - e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido”.<sup>635</sup>

---

<sup>631</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 87.

<sup>632</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>633</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>634</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>635</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 98.

O autor apresenta, assim, uma solução ao problema da arbitrariedade/discricionariedade e decisionismo, nos quais as coisas são reduzidas aos conceitos e às concepções de mundo do juiz, ficando à sua disposição. Isso acarreta graves consequências ao Estado Democrático de Direito.

Concluindo, nas palavras de Streck, “volta-se sempre ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”<sup>636</sup>. Nesse contexto, não há que negar-se que a limitação do poder perpassará pela limitação da interpretação no momento de decidir, motivo pelo qual esse controle deve ser elevado à “categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica”<sup>637</sup>.

Nesse prisma, no sistema inquisitório o sujeito será o “senhor dos sentidos”, o qual “assujeita as coisas”, no caso as provas, o andar do processo e etc. E é com base nisso que se admite a produção probatória *ex officio* e “princípios” como o do “livre convencimento do magistrado” e da “livre apreciação da prova”. Assim, no sistema inquisitório, a prova vai depender do inquisidor, que será o sujeito dessa relação sujeito-objeto (que ampara a filosofia da consciência). Nas palavras de Streck e Tomaz de Oliveira, “a prova é a ‘coisa’. Essa ‘coisa’ depende da visão de mundo do sujeito. Em outras palavras, a prova depende do que pensa o juiz. E do seu alvedrio que exsurgirá a decisão”<sup>638</sup>. Nesse mesmo sentido, conforme Thums, “o sistema inquisitório travestido de acusatório, como é o caso brasileiro, permite ao juiz fazer do processo um instrumento de sua vontade, que pode ser imposta às partes”<sup>639</sup>.

Como dito, tudo isso reflete o problema da democracia e da limitação do poder, estando nele entrelaçados as discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades e positivismo jurídico. E nesse contexto o sistema acusatório será a maneira pela qual se aplicará igualmente o Direito Penal inserindo-o no processo penal. O sistema acusatório será, de acordo com Streck e Tomaz de Oliveira, “o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’”, que o Estado aplica a lei de forma igualitária, e onde o poder de persecução estatal é exercido democraticamente, limitado e equalizado. E na mesma linha, o sistema

---

<sup>636</sup> Ibid., p. 56.

<sup>637</sup> Ibid., p. 88.

<sup>638</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 45.

<sup>639</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 284.

acusatório é um modo de recepção do “giro ontológico-lingüístico”, o qual proporciona a intersubjetividade (e não mais a atribuição de sentidos a partir da consciência do sujeito).<sup>640</sup>

Nosso país possui um conjunto de garantias processuais penais que o coloca na vanguarda da preservação dos direitos fundamentais. Os prazos para o exercício da ação penal e da prisão cautelar, a publicidade das decisões, a garantia da não culpabilidade são, inclusive, superiores a países de primeiro mundo. No entanto, apesar desses avanços, advindos a partir da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal possui um vício estrutural: está “visceralmente refém do sistema inquisitivo”<sup>641</sup>. Vemos isso, por exemplo, na produção/destinação/gestão da prova, cujo “produto final” é apreciado a partir do “livre convencimento”<sup>642</sup>.

E a aceitabilidade dessa sistemática viciada está amparada no esquema sujeito-objeto, próprio do paradigma da subjetividade. Esse paradigma, entretanto, fragiliza-se com o surgimento do paradigma da linguagem. E, conforme Streck, “a teoria do direito e do processo não está imune a essas rupturas que se dão no campo dos paradigmas filosóficos”<sup>643</sup>. Assim, para se romper com o inquisitorialismo precisamos do giro linguístico, sendo impossível discutir as reformas processuais (e a sistemática a ser adotada – adequada à Constituição) somente a partir dos limites da dogmática jurídica<sup>644</sup>. E é por isso que se fez necessária toda essa incursão no tema, para que se possa tomar um posicionamento e “radicalizar” na adoção de um sistema acusatório, nos dizeres de Streck:

Permito-me insistir em um ponto que está presente em toda a minha argumentação: a discussão tem um fundamento paradigmático, isto é, assumir “radicalmente ou não” o modelo acusatório somente terá sentido se essa questão for albergada em uma teoria da decisão. Mais: se o princípio é adotado ele “principia tudo”. Princípios são padrões que devem ser seguidos. São, pois, deontológicos. Princípios não são “mandados de otimização” ou “capas de sentido”. Ou seja, ou se adota um princípio ou não se adota. Por isso, um modelo processual é como uma matriz teórica: sua adoção não admite sincretismo, mormente no caso em que se contrapõem dois

---

<sup>640</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 45-46.

<sup>641</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 446.

<sup>642</sup> Ibid.

<sup>643</sup> Ibid., p. 447.

<sup>644</sup> Ibid.

modelos antitéticos: o inquisitivismo, que coloca o *locus* de sentido na “cognição” de um sujeito (S-O), e o sistema acusatório democrático (não aquele forjado pelo liberalismo – *Parteinkampf* – luta entre as partes), que desloca esse pólo de tensão para uma intersubjetividade, em que os sujeitos processuais são protagonistas da produção da prova.<sup>645</sup>

Com efeito, na mesma linha, para Coutinho, para se dizer o direito a partir da Constituição, precisamos de um devido processo legal, no qual se tenha conhecimento acerca do fato pretérito que se apura, advindo por meio da prova. Com isso não se pode primeiro decidir e depois ir à procura da prova que justifique a decisão anteriormente tomada. No dizer do autor, desse modo a “democracia processual vai-se pelo ralo de uma hermenêutica vesga ou cega”. A solução para isso é a mudança em direção ao sistema acusatório, no qual não existe gestão da prova pelo juiz e ela é depositada nas mãos das partes. Assim, o magistrado (que for consciente de sua função constitucional) poderá atuar como garante da Constituição e do cidadão, nas palavras do jurista, “justo porque livre do dever referente à iniciativa probatória. Sem ele, não corre o risco de agir guiado pelos fantasmas das decisões *a priori* e, portanto, pode se colocar corretamente no lugar de equidistância das partes, como exige a CR”. Além disso, o Ministério Público receberá, assim, o seu devido lugar, presente na Constituição mas não de fato, devido à confusão inquisitorial entre as suas funções e as dos magistrados.<sup>646</sup>

Diante de todos esses aspectos, mostra-se necessária a adoção de um (verdadeiro) sistema acusatório no processo penal, tolhendo-se os poderes de produção probatória do magistrado, bem como que ele decida conforme a sua consciência e o segredo processual. No entanto, em uma análise do Código de Processo Penal brasileiro, percebe-se que ainda remanescem dispositivos eivados de um caráter inquisitivo. Por esse motivo, Giacomolli alerta que “o Código de Processo Penal, concebido na década de 40<sup>647</sup>, tem perfil essencialmente

---

<sup>645</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 458.

<sup>646</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade*, op. cit.

<sup>647</sup> Veja-se que, no alerta de Giacomolli, nosso Código de Processo Penal, de 1940, recebeu evidente inspiração do Código de Processo Penal italiano de 1930, no qual o Ministério Público era valorizado e equiparado ao juiz, e a defesa era considerada supérflua. Nos acusados recaía uma presunção de culpabilidade e a sua prisão era a regra; não havia a possibilidade de alegação de nulidades absolutas (pois o silêncio do acusado sanava qualquer nulidade) e os recursos eram obstaculizados. (GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 7). A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal,

---

constante no Decreto-Lei n. 3.689, de 03/10/1941, reconhecendo a inspiração no modelo fascista italiano de Rocco, demonstra, claramente, o seu viés repressivo (considerando as garantias e “favores” do réu empecilhos à repressão e um estímulo à criminalidade), bem como a concessão de amplos poderes ao magistrado na busca probatório e, ainda, adotando a livre convicção do juiz. É o que se pode auferir da leitura de seus incisos II e VII: “II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao **objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.** Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. **É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.** Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandato. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano *ex delicto*. Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoreçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”. E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo. Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa. VII - O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. **Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença.** Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. **Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência.** Nunca é demais, porém, advertir que livre

inquisitorial, também no que tange à prova. Aliás, é na gestão da prova que se revela a essência da opção pelos modelos processuais”.<sup>648</sup> Marques também critica o Código de Processo Penal, vigente desde 1º de janeiro de 1942, dizendo-o imperfeito, com graves erros e arcaico, aduzindo ser “diploma legislativo medíocre, atrasado, caótico e mal composto. Tudo ali é imperfeito, falho e sem sistema, quando não obsoleto e desajustado”<sup>649</sup>.

Com isso chega-se à conclusão de que, conforme Coutinho, “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial”<sup>650</sup>. Além disso, de um modo geral é possível dizer que, apesar de adotado pela Constituição Federal de 1988, os tribunais, doutrinadores e mesmo o Ministério Público não conseguem assimilar a magnitude do sistema acusatório<sup>651</sup>.

O nosso sistema penal e processual penal, conforme Thums, mostra-se complexo e com um baixo nível de compreensão para os profissionais do Direito, em razão do excessivo número de crimes do Código Penal e das leis especiais, e de um

convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social. Por outro lado, **o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.** Como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo *testis unus testis nullus*. Não se compreende a prevenção legal contra a *voix d'un*, quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e à certeza moral do juiz. Na atualidade, aliás, a exigência da lei, como se sabe, é contornada por uma simulação prejudicial ao próprio decoro ou gravidade da justiça, qual a consistente em suprir-se o mínimo legal de testemunhas com pessoas cuja inocência acerca do objeto do processo é previamente conhecida, e que somente vão a juízo para declarar que nada sabem. Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz. O projeto ainda inova quando regula especialmente como meio de prova o “reconhecimento de pessoas e coisas”; quando estabelece a forma de explicação de divergência entre testemunhas presentes e ausentes do distrito da culpa; e, finalmente, quando, ao regular a busca, como expediente de consecução de prova, distingue-se em domiciliar e pessoal, para disciplinar diversamente, como é justo, as duas espécies.” (Grifou-se)

<sup>648</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 5.

<sup>649</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 213.

<sup>650</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova...*, op. cit., p. 11-13.

<sup>651</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 262.

Código de Processo Penal ultrapassado e inquisitorial, que convive com leis especiais que estabelecem normas também de cunho processual, proporcionando o cometimento de excessos judiciais e afastamento das garantias constitucionais<sup>652</sup>. De acordo com o jurista, “o excesso de ritos processuais conforme a natureza do crime, sem nenhuma justificativa, cria um modelo processual completamente descaracterizado, sem qualquer correspondência do sistema constitucional de processo”<sup>653</sup>.

Nesse aspecto, os meios probatórios e formas de sua busca são regulamentados tanto no Código de Processo Penal quanto em leis esparsas, as quais dizem respeito às interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental e infiltração de agentes (Leis n.s 9.034/95 e 11.343/06), por exemplo, o que denota a inexistência de um regramento uniforme acerca das provas, traduzindo uma tendência inquisitorial. Isso pode ser percebido em alguns aspectos cruciais, permitidos ao magistrado pela nossa sistemática probatória: oitiva de testemunhas sem o requerimento das partes; decretação de prisão sem qualquer provocação; determinação de meios de prova e modificação da metodologia probatória proposta pelas partes; e recursos *ex officio*.<sup>654</sup> Na mesma linha, de acordo com Thums, estamos diante de um “amontoado de leis” que “sem um princípio orientador jamais formará um sistema. A falta de técnica legislativa, a hipertrofia de leis penais, o apego aos dogmas, a influência histórica e ideológica provocam muitas distorções”<sup>655</sup>.

Essas possibilidades acabam por admitir, em realidade, a busca pela prova pelo magistrado e, depois, a sua valoração por ele mesmo. Com efeito, de acordo com Giacomolli, “a autorização legal ao juiz produzir prova é um resquício inquisitorial, forjado na concepção da presunção de culpabilidade e não na presunção de inocência”<sup>656</sup>. Com isso se percebe uma ânsia pela obtenção de um resultado condenatório, na medida em que a dúvida com relação ao delito, ao invés de proporcionar uma absolvição, permite ao magistrado a busca pela prova condenatória. Toda essa ânsia encontra respaldo na crise vivenciada pelo Direito Penal, o qual se expande sem medidas, a partir de uma necessidade de segurança

---

<sup>652</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 93.

<sup>653</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 93.

<sup>654</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 5 e 6.

<sup>655</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 231-232.

<sup>656</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 8.

manifestada pela população. Do mesmo modo, o processo penal acompanha esse ritmo, haja vista permanecer admitindo esses resquícios inquisitivos, mesmo após as reformas produzidas em 2008.<sup>657 658</sup> O Projeto do novo Código de Processo Penal, apesar de eleger a forma acusatória de forma expressa em seu artigo 4º<sup>659</sup>, também mantém resquícios do modo inquisitorial.

Não há que se aceitar, no entanto, a possibilidade de um decisionismo judicial (sendo a decisão judicial vista como um “ato de vontade”), o que acaba por permitir uma livre escolha do magistrado (consubstanciada pelo “princípio” do livre convencimento motivado, por exemplo), em nome da busca de uma “verdade real”. Nesse aspecto, uma atividade decisionista do juiz, lastreada em sua credibilidade social, com a manifestação de sua vontade pessoal, conforme Prado, “não é legítima, mesmo quando parece mais eficiente porque atende às pautas de repressão penal”.<sup>660</sup> Desse modo, para o autor, a legitimidade da atividade jurisdicional deverá ocorrer porque terá sido possível atribuir à sentença “a qualidade de haver apreendido o tipo de verdade que pode ser constatada de modo mais ou menos controlável por todos, mas isso só acontecerá se forem satisfeitas as garantias do juízo contraditório, oral e público, isto é, na vigência do sistema acusatório”.<sup>661</sup>

Nessa medida, como se disse, o sistema acusatório já vem eleito pela Constituição Federal como o adequado (veja-se, por exemplo, o art. 5º, incisos LIII a LXVIII<sup>662</sup> e 129, inciso I<sup>663</sup>, todos da Constituição Federal), devendo, pois, haver uma

---

<sup>657</sup> Veja-se que, conforme Badaró, há um certo consenso que classifica o sistema acusatório como eivado de garantias e o inquisitório como uma técnica de investigação que visa a valores de defesa social. Por esse motivo, quando há uma reforma legislativa, alega-se como fundamento um processo penal acusatório. Nenhum legislador irá admitir, afinal, ter instituído um processo penal inquisitório. (BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy, op. cit., p. 108.)

<sup>658</sup> Nas palavras de Giacomolli, as reformas produzidas em 2008 “não rompem com a base epistemológica e política da década de quarenta: supremacia do *jus puniendi* sobre o direito de liberdade; busca da verdade material a todo custo, inclusive com atuação *ex officio*; bases inquisitoriais ofuscantes da Constituição, com alto teor de blindagem ordinária, protetiva das subestruturas (lei ordinária e atuação dos sujeitos processuais oficiais). Tudo isso incrementado pela superficialidade digital da contemporaneidade, quantificadora de resultados, sem percepção do real e da terceira via entre a simplicidade e a complexidade contemporânea (o outro, o ser humano, a vida, a cidadania)”. (GIACOMOLLI, Nereu, op. cit., p. 1).

<sup>659</sup> “Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

<sup>660</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 13.

<sup>661</sup> Ibid., p. 36.

<sup>662</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII - ninguém será processado nem



adaptação do nosso Código de Processo Penal (de 1940) a ele. Do mesmo modo, o Projeto do novo Código dos Ritos deve respeitar o modelo constitucionalmente eleito<sup>664</sup>. A partir disso se pode dizer que, conforme Lopes Jr.:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranqüilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autentica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranqüilidade social, pois evita-se eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvida-se dos

---

sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

<sup>663</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

<sup>664</sup> Observe-se que, ao menos seria essa intenção, conforme aponta Coutinho: “Agora que uma Comissão de Juristas nomeada no âmbito do Senado federal faz um anteprojeto (global, de todo o Código), do que pode vir a ser o novo CPP brasileiro, a questão começa a se colocar por aqui. E isto porque se decidiu, na dita comissão, mormente para se cumprir a Constituição da República, mudar o sistema processual penal, talvez se começando a enterrar a base inquisitorial que, na legislação atual, copiada do Codice Rocco (italiano), de 1930, fazia — e ainda faz — a sobrevida dos papas Inocêncio III, Gregório IX, Inocêncio IV e tantos outros, não fosse facínoras conhecidos como Torquemada, Bernardo Guy e Nicolau Eymerich, só para ficar em alguns mais antigos e, assim, poupar os atuais. Homem e poder formam uma dupla que, neste aspecto, não muda quase nada no curso da História”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade*, op. cit.). Com efeito, como já referido, o art. 4º do novo Código de Processo Penal assim dispõe: “Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.<sup>665</sup>

De acordo com Prado, admitirmos um sistema processual que não se coadune à Constituição “faz parte de uma política criminal precisa, baseada em motivações de eficiência repressiva”<sup>666</sup>, tratada no capítulo anterior. Assim, uma cultura que tenha conotação de defesa social, “legitimada” pela atuação dos meios de comunicação (os quais fazem intensa cobertura dos casos criminais e da insegurança, no geral, e exigem maior rigor penal), atrelada, ainda, a uma “cultura geral política autoritária”, herança característica dos países latino-americanos, faz do juiz “alguém submetido à idéia de um processo menos dialético e participativo e muito mais hierárquico e subordinativo”<sup>667</sup>.

Por isso, conforme o autor, “a simetria entre processo inquisitório e regimes autoritários não é gratuita e não se fixa exclusivamente nos regimes políticos, inscrevendo-se na cultura dos povos”<sup>668</sup>, com o que, segundo ele, não é por acaso que o Brasil teria vivenciado sua fase de transição democrática sem a edição de um novo Código de Processo Penal, após a Constituição de 1988.<sup>669</sup>

Nessa medida, ainda que o dispositivo legal possa determinar de forma diversa, essa cultura e esse magistrado ligar-se-ão ao sentimento de insegurança (explorado como demanda de violência pela mídia)<sup>670</sup>. Com efeito, essa cultura do medo acaba por proporcionar, como forma de reação à criminalidade, um conceito de “guerra contra o crime”, com o que são reintroduzidos conceitos bélicos na política criminal, ratificando-se o “processo de militarização que marca a convergência das funções policial e militar peculiares ao Brasil e à América Latina”<sup>671</sup>. E nesse mesmo contexto se enquadra o alerta de Giacomolli, o qual critica as reformas operadas no processo penal brasileiro em 2008:

As soluções apresentadas situam-se na superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade, na doce ilusão de que quanto mais respostas, mais soluções existirão. Reformar por reformar, modificar para satisfazer os movimentos da

---

<sup>665</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 165.

<sup>666</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 28.

<sup>667</sup> Ibid., p. 38.

<sup>668</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 141.

<sup>669</sup> Ibid.

<sup>670</sup> Ibid., p. 38.

<sup>671</sup> Ibid.

tolerância zero (menos para os eleitos ao banquete – tolerância máxima), da *law and order*, do direito penal do inimigo, para fortalecer e incrementar o Estado policesco (punição pela investigação, independentemente do contraditório e da jurisdição), sem conectividade com a Constituição Republicana, é dar uma aparência de novo à velha casa edificada na década de quarenta.<sup>672</sup>

No entanto, havendo uma transição democrática, também deveria a acompanhar o processo penal, na medida em que deveriam, então, ser prestigiados os direitos fundamentais (antes, expressa ou implicitamente desprezados)<sup>673</sup>. Com efeito, ao lado das garantias mínimas de qualquer processo considerado devido ou justo, deve estar o respeito aos direitos fundamentais, os quais poderiam ser afetados pelo processo de investigação, acusação e julgamento.<sup>674</sup> E isso porque, conforme Thums, o papel da Constituição e das garantias constitucionais do processo está em serem formas de controle e limitação impostas ao Estado, quando de sua ação de persecução penal e julgamento. Assim, as garantias processuais, asseguradas pela Constituição, fazem parte da tutela dos direitos fundamentais do homem.<sup>675</sup>

Nessa linha, conforme Prado, “a Constituição da República escolheu a estrutura democrática, sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988”<sup>676</sup>. Segundo Lopes Jr., o fundamento que legitima a existência do processo penal democrático ocorre por meio de sua instrumentalidade constitucional, com o que “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente construído a partir da Constituição”<sup>677</sup>. E é por isso que qualquer processo ou mera legalidade não é suficiente, é preciso que ele que ele esteja em “conformidade com as regras constitucionais do jogo” (devido processo)<sup>678</sup>.<sup>679</sup>

---

<sup>672</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 2.

<sup>673</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 39.

<sup>674</sup> CUÉLLAR, Jaime; LYNETT, Eduardo Montealegre. *El proceso penal*. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 123.

<sup>675</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 97.

<sup>676</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 44.

<sup>677</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 70.

<sup>678</sup> Ibid., p. 73.

<sup>679</sup> Veja-se que, na mesma linha desses autores citados, Jorge de Figueiredo Dias advoga a conformidade jurídico-constitucional do direito processual penal, a partir da constatação da necessidade de se seguir as seguintes exigências: “de uma estrita e minuciosa regulamentação legal

Com efeito, o sistema processual penal se deriva do modelo constitucional, com o que a ordem jurídica de um Estado estará ligada à questão do processo penal, o qual deverá seguir as matizes principiológicas contidas na Constituição, motivo pela qual se fala em Direito Processual Penal Constitucional.<sup>680</sup>

Na mesma perspectiva, conforme Cuéllar e Lynett, a Constituição traçaria um marco, dentro do qual está a validade do Direito Penal e do Processo Penal:

La Carta establece unos límites dentro de los cuales el legislador, al expedir los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, y los fiscales y jueces al interpretarlos, pueden buscar la finalidad con relativa libertad. Sin embargo, ni el legislador ni los fiscales ni los jueces pueden sobrepasar en sus decisiones el marco constitucional. Dicho marco es el límite de su actuación y toda norma o comportamiento que traspase dicho límite deberá ser declarada inexecutable o nula, o deberá ser inaplicada. Los poderes legislativo y judicial tienen un ámbito de configuración e interpretación que se ubica al interior del marco, pero de ninguna manera en ejercicio de sus competencias pueden salirse de él.<sup>681</sup>

A implementação do sistema acusatório deve partir da Constituição, vencendo-se fortes adversários culturais: aqueles que creem na verdade real, a qual seria conquistada através de um procedimento inquisitório, ainda presente enquanto estrutura procedimental em grande parte da América Latina<sup>682</sup>.

Assim, se a Constituição assegura ao Ministério Público a privacidade do exercício da ação penal pública, prevê a necessidade de um devido processo legal, calcado na ampla defesa e no contraditório, traz a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e assegura o julgamento por

---

de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; de que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial de tais direitos, mesmo quando a Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar; de estrito controlo judicial da actividade de todos os órgãos do Estado, mesmo dos que cumpram funções puramente administrativas, desde que tal actividade se prenda com as garantias constitucionais; de proibição das jurisdições de excepção, através da garantia do juiz legal ou natural, que ponha o arguido a coberto de qualquer manipulação do direito constitucional judiciário; de proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando esta consista naquela; etc. Da mesma fonte deriva, finalmente, o mandamento de que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se perspective a partir da Constituição e se leve a cabo de acordo com esta. (DIAS, Jorge de Figueiredo de, op. cit., p. 74-75).

<sup>680</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 167.

<sup>681</sup> CUÉLLAR, Jaime; LYNETT, Eduardo Montealegre, op. cit., p. 123.

<sup>682</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 37.

magistrado competente e imparcial, percebemos que, apesar de não dizer expressamente, ela adotou o sistema acusatório para o nosso processo penal.<sup>683</sup>

Nessa medida, não há dúvidas de que, nas palavras de Moraes da Rosa, “as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional*”<sup>684</sup>. Na mesma linha, conforme Giacomolli, é de ver-se que a constituição não deve ser vista como uma simples carta de intenções, indicando, claramente, um perfil de processo penal acusatório, “de forte tensionamento dialético (temas submetidos ao debate emergem e se transformam no decorrer de todo o processo), onde o monólogo verticalizado e o automatismo são substituídos pelas expectativas e perspectivas de uma decisão favorável acusação e defesa) e humanitária”<sup>685</sup>. Além disso, é possível dizer, conforme Streck, ser necessário adotarmos um “comportamento constitucional” quando nos deparamos com os problemas de nossa sociedade:

Comportar-se constitucionalmente é, pois, resistir constitucionalmente. Um comportamento constitucional implica compreender a Constituição existencialmente, como presença constante no nosso cotidiano e no nosso labor jurídico. É compreender que sempre fazemos juízos acerca da (in)constitucionalidade de qualquer ato que tenha relevância jurídico-social. E tenhamos claro que, no campo da aplicação do direito, sempre fazemos jurisdição constitucional.

(...)

Com efeito, a ausência de um comportamento constitucional torna-se visível quando confrontamos a idéia paradigmática de Constituição com uma espécie território preservado pelo senso comum teórico que continua a sustentar as teses positivas, nas mais variadas acepções, mas que têm em comum, como já dito, a dependência do esquema sujeito-objeto.<sup>686</sup>

Ora, de acordo com Streck, um processo penal, para ser constitucional, precisa de um Ministério Público responsável para buscar provas e acusar quando for o caso, uma defesa plena, atuante e com paridade de armas para com a acusação pública, e um magistrado independente e imparcial “que se limite a decidir

<sup>683</sup> Ibid, p. 195.

<sup>684</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 221.

<sup>685</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 12.

<sup>686</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 260.

com base nas provas produzidas sob o crivo do contraditório e amarrado à necessidade de fundamentar cada uma de suas decisões, nos termos da Constituição. É esse seu compromisso e seu dever político de decidir conforme o Direito”.<sup>687</sup> Não é o que ocorre quando temos um processo penal supostamente acusatório, no qual o juiz busca as provas de ofício, inquire as testemunhas sem respeitar a devida forma e ordem (como preceitua o artigo 212 do Código de Processo Penal) e decide conforme a sua subjetividade e não as provas produzidas e a Constituição.<sup>688</sup>

O que acontece é que, em análise aos sujeitos processuais no processo penal brasileiro, e à forma como tem decidido nossos tribunais (em especial o Supremo Tribunal Federal), perceberemos prevalecer entre nós o que Prado chama de “teoria da aparência acusatória”<sup>689</sup>. Nessa mesma linha, Giacomolli constata que “embora a Constituição Republicana esteja indicando um modelo acusatório, mesmo diferenciado do estilo acusatório angloamericano, sobrevive, na práxis cotidiana, um corte de alta inquisitorialidade”<sup>690</sup>. Por essas razões, faz-se necessária a identificação de alguns pontos problemáticos de nosso processo penal e a sua adequação ao texto constitucional, com o que se terá, enfim, a consolidação de um efetivo (e verdadeiro) sistema acusatório. Não há dúvidas de que, nesse sentido, conforme Lopes Jr., “o processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar”<sup>691</sup>.

---

<sup>687</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão). 27 de setembro de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>, acesso em 20/12/2012.

<sup>688</sup> Ibid.

<sup>689</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 195.

<sup>690</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 17.

<sup>691</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, op. cit., p. 41.

### 3.3 ALGUMAS CRÍTICAS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL<sup>692</sup> (E A SEUS RESQUÍCIOS DE UM MODELO INQUISITÓRIO)<sup>693</sup>

#### 3.3.1 Gestão da prova: possibilidades de atuação *ex officio* pelo magistrado

<sup>692</sup> Conforme parecer n. 1.636 de 2010, o qual traz a redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, disponível no site [www.senadofederal.gov.br](http://www.senadofederal.gov.br).

<sup>693</sup> Nesse ponto, mostra-se importante esclarecer que muitas seriam as considerações críticas a serem feitas. Seria possível falar do controle judicial do inquérito policial (havendo a remessa do inquérito ao Juízo ao invés de ao Ministério Público, de acordo com o art. 23 do Código de Processo Penal: “Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado”.) Também da necessidade de o Ministério Público requerer ao juiz o arquivamento do inquérito policial, bem como de o magistrado, não concordando com o pedido, remeter os autos ao procurador-geral, conforme o art. 28 do Código de Processo Penal: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Também é possível apontar a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos” e “art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”. A possibilidade da *ementatio libelli* também é prevista no procedimento do Tribunal do Júri: “Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave”. Poder-se-ia criticar, também, o próprio Tribunal do Júri, o qual permite a decisão dos jurados sem qualquer fundamentação. Além disso, a possibilidade de decretação da prisão de ofício pelo magistrado ao longo da instrução criminal, de acordo com o art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. E tudo isso pode ser comparado ao Projeto do novo Código de Processo Penal. No entanto, para fins de restrição, optou-se por frisar os pontos a serem abordados nesse capítulo, principalmente em vista do entendimento de Lenio Streck, em consonância ao já exposto no ponto 3.2 desse trabalho.

Nesse aspecto, é de ver-se, como referido no tópico anterior, que a possibilidade de gestão probatória nas mãos do magistrado é resquício marcante do sistema inquisitório (sendo sua própria característica de essência) e traço presente no Código de Processo Penal Brasileiro. Por sua vez, o Projeto do novo Código de Processo Penal também conserva possibilidades de atuação *ex officio* pelo magistrado.

O art. 156 do Código de Processo Penal, por exemplo, antes da reforma de 2008, possuía a seguinte redação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”. Após dita reforma, referido dispositivo passou a ser redigido deste modo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No Projeto do novo Código de Processo Penal, por sua vez, a matéria é disciplinada pelo art. 165, o qual assim determina: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”.

O juiz também pode determinar a produção de provas urgentes, situação admitida pelo Código de Processo Penal, no artigo 156, inciso I, antes transcrito. Pelo Projeto do novo, conforme seu artigo 150, essa possibilidade deverá ser antecedida por pedido da acusação ou da defesa: “Se o acusado, citado por edital, não apresentar resposta escrita, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar, mediante requerimento do Ministério Público ou do defensor público, a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 533”.



Desse modo, denota-se que a possibilidade de o magistrado determinar diligências para dirimir dúvidas que eventualmente lhe surjam resta presente tanto no atual Código de Processo Penal quanto no Projeto do novo (apesar de pelo Projeto essa possibilidade ocorrer imediatamente antes da sentença, sendo que, pela reforma de 2008, admite-se esse poder tanto na fase de investigação quanto ao longo da instrução criminal – inclusive em retroação à redação anterior, a qual trazia essa faculdade somente para o momento da instrução). Também há a possibilidade da determinação, de ofício, de provas que o magistrado tenha por urgentes, o que resta previsto no atual Código de Processo Penal.

Na mesma linha da permissão de gestão da prova pelo magistrado, o art. 209 do Código de Processo Penal assim dispõe: “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”. O Projeto do novo CPP, por seu turno, acertadamente, nada referiu quando a isso.

Outra hipótese de poder *ex officio* do magistrado está na possibilidade de ele determinar a busca e apreensão, como permite o art. 242 do CPP: “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. No Projeto do novo Código de Processo Penal, por seu turno, as questões relativas à busca e apreensão devem ser decididas pelo juiz de garantias<sup>694</sup>.

---

<sup>694</sup> O juiz de garantias é figura prevista no Projeto do novo Código de Processo Penal, e receberia a atribuição de tomar as decisões referentes à fase de investigação, zelando pelas garantias do investigado. Vem previsto do seguinte modo no Projeto de Lei 156/09: “Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: 5 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado

Do mesmo modo, o atual Código de Processo Penal permite que o juiz determine, de ofício, tanto na fase policial quanto judicial, o sequestro de bens, conforme o art. 127: “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”.

Mantendo a mesma diretriz, o Projeto do novo CPP permite ao magistrado decretar medidas cautelares de ofício durante o curso do processo de instrução:

Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro.

Parágrafo único. Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.

No que tange à prova pericial, do mesmo modo, ela pode ser determinada de ofício pelo juiz, com relação do exame de corpo de delito:

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

---

preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. § 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. § 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo. Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748. Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

E, quanto à prova pericial, continuam os dispositivos a permitir a atuação ativa do magistrado: art. 176. “A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência”; e art. 184. “Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”, estando o último a frisar o fato de estar o juiz (ainda) na busca da verdade real.

No Projeto do novo Código de Processo Penal, ainda prevalece este dispositivo: “Art. 208. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação do juiz ou do delegado de polícia, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da vítima, do acusado ou de seu defensor”.

Todos esses artigos demonstram o viés inquisitivo do processo penal brasileiro. Isso porque admitem poderes *ex officio* ao magistrado no que tange à produção probatória.<sup>695</sup> Realmente, de acordo com Thums, “a conduta do juiz que,

---

<sup>695</sup> A jurisprudência também se filia a essa possibilidade de concessão de amplos poderes de gestão da prova ao magistrado. É o que se pode observar nas seguintes ementas: “Habeas corpus. Processual penal. Inquirição de testemunhas por ordem do juízo. Momento adequado. Nulidade inexistente. Ausência de demonstração de prejuízo à ampla defesa. Ordem denegada. 1 - Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo. 2 - Esta Suprema Corte igualmente assentou o entendimento de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC nº 85.155/SP, de relatoria da Min. Ellen Gracie, DJ de 15/4/05). 3 - Não prevê a legislação processual momento próprio para inquirição das testemunhas indicada pelo Juízo na forma dos arts. 156 e 209 do CPP, nem se verifica prejuízo à ampla defesa a inquirição ocorrida antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa. 4 - Ordem denegada.” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 95.319, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/10/2010). e “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. 2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” 3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006, prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado. 4. Assim, a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais

de ofício, determina a realização das provas, para formar seu convencimento, traz um sinal identificador da Inquirição”<sup>696</sup>.

Com efeito, de todos os mencionados, o artigo 156 reflete bem o princípio embasador da nossa sistemática processual penal, conforme aponta Thums:

O poder instrutório do juiz é um dos elementos fundamentais que distinguem o sistema inquisitório do acusatório. O art. 156 do Código de Processo Penal confere ao juiz poderes para investigar e perquirir provas. Assim, mesmo havendo separação entre órgão acusador e julgador, o sistema processual brasileiro é informado por um princípio inquisitivo.<sup>697</sup>

Em um modelo acusatório (o qual, ao menos em tese, é buscado pelo Projeto do novo Código de Processo Penal), a proposição e produção da prova acusatória cabe à acusação (e não ao magistrado). Conforme Giacomolli, “a única admissibilidade válida é a atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”<sup>698</sup>.

Determinar a produção antecipada de provas ou ordenar a realização de diligência para dirimir dúvida (como permite o artigo 156) é atuar como parte, não sendo essa a atribuição do juiz, a quem cabe verificar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória. Além disso, a prova antecipada será aquela produzida sem contraditório judicial. Caberia ao Ministério Público, titular da ação penal, verificar essa eventual necessidade e solicitá-la se for o caso, e não ao órgão

---

pertinentes. ANEXAÇÃO DE EXAME PERICIAL COMPROBATÓRIO DA MATERIALIDADE DELITIVA APÓS A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, OCASIÃO EM QUE AS PARTES OFERTARAM ALEGAÇÕES ORAIS. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA TARDIA DO CITADO LAUDO. DOCUMENTO JUNTADO ANTES DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NULIDADE INEXISTENTE. 1. Apesar de o artigo 56 da Lei 11.343/2006 determinar que, “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais”, nada impede que os exames técnicos sejam incorporados ao processo após a instrução criminal, desde que se possibilite às partes sobre eles se manifestar, exatamente como ocorreu na espécie. 2. Com efeito, em que pese a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 ser comprovada apenas com o laudo toxicológico definitivo, não há óbices, quer na própria Lei de Drogas, quer na legislação processual penal existente, a que a referida perícia seja juntada aos autos após o debates orais, pois as partes podem se pronunciar acerca do seu conteúdo, permitindo que o juiz analise os seus argumentos antes de proferir decisão no feito. Precedentes. (...) 2. Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.” (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 192.410, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 11/09/2012).

<sup>696</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 281.

<sup>697</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 280.

<sup>698</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 35.

que analisará esses elementos probatórios aos receber ou rejeitar a denúncia<sup>699</sup>. Além disso, a determinação de diligência para se dirimir dúvida não é dotada de qualquer sentido em uma sistemática acusatória, porque a dúvida deve conduzir à absolvição<sup>700</sup>. *In dubio pro reo*. É simples assim. Admitir de outra forma é aceitar um juiz inquisidor. Para Thums, se o juiz partir na busca da prova ele estará subvertendo a função do acusador e se transformando em inquisidor. Com isso o Ministério Público assumiria uma confortável posição e causaria um desequilíbrio entre as partes, já que o Estado teria dois órgãos aptos à produção da prova contra o réu. Assim há uma confusão entre as funções de acusar e julgar, desfigurando o sistema acusatório<sup>701</sup>. Desse modo, se o Ministério Público, órgão incumbido, pela Constituição Federal, de promover a ação penal pública, não for capaz de produzir prova suficiente para condenar o réu, o juiz não pode diligenciar na obtenção dessas provas, mas sim promover a absolvição devido ao *favor rei*.<sup>702</sup>

Com efeito, conforme Prado, “a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo”<sup>703</sup>. Ou seja, pesquisa-se determinada prova, e com relação a ela, já se tem um prognóstico de sua real existência e das consequências jurídicas de sua positivização. Aquele que procura sabe o que quer encontrar, o que, no processo penal, significa que se está inclinado a um lado, podendo ser o condenatório, situação que macula a necessária imparcialidade do magistrado. Não se pode conceber que, desconfiado da culpa do acusado, busque o juiz os meios de prova a comprovarem a sua suspeita, tornando-se, assim, substituto do órgão da acusação. Nessa hipótese está presente o mesmo comprometimento psicológico que faz com que se repudie a iniciativa do processo pelo magistrado. E é por esses motivos que o autor advoga pela impossibilidade de investigação judicial devido ao princípio acusatório, que admitiria, quando muito, uma intervenção judicial quando necessário “pesquisar de maneira supletiva provas de inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa” – o que estaria de acordo com o princípio da paridade de

---

<sup>699</sup> Ibid., p. 35-36.

<sup>700</sup> Ibid., p. 36.

<sup>701</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 282.

<sup>702</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 282.

<sup>703</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 137.

armas.<sup>704</sup> E é por isso que Lopes Jr. alerta que “não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”<sup>705</sup>.

Thums, no mesmo sentido, refere que “o aspecto mais notável do sistema inquisitório claramente declarado no Código de Processo Penal é o disposto no art. 156, que autoriza o juiz a buscar provas que as partes não foram capazes de produzir”<sup>706</sup>.

Essa admissão de uma atuação probatória por parte do magistrado advém do mito da busca da verdade material ou real no processo penal<sup>707 708</sup>. No mesmo

---

<sup>704</sup> Ibid.

<sup>705</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 132.

<sup>706</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 261.

<sup>707</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 36.

<sup>708</sup> A busca da verdade real, como finalidade principal do processo penal, é assim considerada pela jurisprudência. Leia-se as seguintes ementas: “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. COMPETÊNCIA. ATOS EXECUTÓRIOS. CONSUMAÇÃO DO DELITO EM LOCAL DIVERSO. BUSCA DA VERDADE REAL. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. JULGAMENTO EM FORO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência para o processamento e julgamento da causa, será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumou a infração. 2. Todavia, a jurisprudência tem admitido exceções a essa regra, nas hipóteses em que o resultado morte ocorrer em lugar diverso daquele onde se iniciaram os atos executórios, determinando-se que a competência poderá ser do local onde os atos foram inicialmente praticados. 3. Tendo em vista a necessidade de se facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios. 4. *In casu*, embora a consumação do delito tenha se dado na Comarca de São João do Meriti, conforme já assentado pelo Tribunal de origem, “o lugar onde está situada a casa de saúde revela-se, sem dúvida, o mais adequado para a produção das provas, tais como: oitiva de testemunhas, juntada de laudos médicos e documentação referente ao procedimento cirúrgico”. 5. Ordem denegada.” (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 95.853/RJ, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 11/09/2012). E “AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA. NOVA REDAÇÃO DO ART. 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REFORMA PROCESSUAL PENAL. SILÊNCIO ELOQUENTE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE TELEOLÓGICA DO PROCESSO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE FRAUDE AO MOMENTO PROCESSUAL PARA O ARROLAMENTO DE TESTEMUNHA. IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A recente Reforma Processual Penal alterou capítulos inteiros e inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal. No contexto dessa reforma, a Lei nº 11.719/2008 deu nova redação a inúmeros artigos e revogou diretamente outros. Dentre os dispositivos cujo texto foi alterado, encontra-se o art. 397, que previa a possibilidade de o juiz deferir a substituição de testemunha que não fosse localizada. 2. A ausência de previsão específica do Código de Processo Penal acerca do direito à substituição não pode ser interpretada como “silêncio eloquente” do legislador. A busca por um provimento jurisdicional final justo e legítimo não pode ser fulminado pelo legislador, sob pena de o processo não alcançar sua finalidade de pacificação da lide. 3. A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí porque não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. 4. É inadmissível a interpretação de que a “vontade do legislador”, na Reforma Processual Penal, seria no sentido de impedir quaisquer substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora originalmente arrolada. Tal

sentido, para Prado, a supressão desses poderes de investigação judicial esbarraria em uma cultura embasada nos ordenamentos jurídicos de inspiração europeia continental, acostumados, já que lastreados no modelo romano-canônico, à busca da verdade real.<sup>709</sup> E conclui o jurista:

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.<sup>710</sup>

Assim, só haverá imparcialidade se, além da clássica separação de funções, também houver um impedimento da atividade investigatória/instrutória do juiz.<sup>711</sup>

No entanto, conforme Thums, esses poderes de ofício são sustentados na falácia da verdade real ou verdade material, sendo bem recebidos pelos processualistas, os quais consideram, por isso, termos um sistema “misto”. De acordo com o autor, no processo inquisitório, o juiz se prevalece dessa busca por material probatório, com a justificativa de encontrar a verdade real, baseando-se na economia processual e ao argumento de fortalecer o seu livre convencimento.<sup>712</sup>

Ocorre que, o primeiro aspecto a ser observado é o fato de não existir nenhuma verdade. Considera-se, hoje, inclusive, que uma verdade científica existirá até o surgimento de uma nova descoberta que venha a contradizê-la. Refere Thums que Einstein já dizia que a verdade possui um prazo de validade, raciocínio que

---

interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da "verdade material". 5. Perfeitamente aplicável, à espécie, o art. 408, III, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a testemunha substituída não foi localizada em razão de mudança de endereço. 6. O fato de a testemunha arrolada em substituição ser conhecida desde a época do oferecimento da denúncia não impede seu aproveitamento, quando houver oportunidade legal para tanto. 7. No caso, não é possível vislumbrar fraude processual ou preclusão temporal para o arrolamento da testemunha substituta, tendo em vista que a testemunha que não foi encontrada existe e prestou depoimento na fase policial. Sua não localização no curso da instrução abre a possibilidade legal de sua substituição. 8. Agravo regimental desprovido.” (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na ação penal n. 470/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/10/2008).

<sup>709</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 139.

<sup>710</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p., p. 141.

<sup>711</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 133.

<sup>712</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 281.

também deveria por fim a esse mito no mundo jurídico.<sup>713</sup> É impossível ao homem reconstruir um fato histórico, pois ele é extinto pelo tempo, que o torna passado. E não pode haver uma verdade sobre o que está no passado, por mais que, no Direito, insista-se que a solução do caso estaria no “reconstruir da verdade”.<sup>714</sup>

Na mesma linha, adverte Prado que não há uma verdade real. É um ideal não alcançável, que dá espaço a uma verdade não definitiva mas contingente, “relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneas”<sup>715</sup>. Conforme o autor, a legitimidade da atividade jurisdicional estará “condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real”, o que ocorre a partir do asseguramento dos direitos e garantias fundamentais, com a demonstração, pela acusação e defesa, de suas teses e provas produzidas. E, assim, a legitimidade da atividade jurisdicional ocorrerá pois a sentença terá captado um “tipo de verdade” controlável por todos, após um juízo contraditório, oral e público, na vigência de um sistema acusatório<sup>716</sup>.

Nas ciências naturais, não se vê nenhum problema em destruir uma verdade, porque se sabe que todas as teorias têm uma validade limitada. Mas nas ciências sociais, especialmente na jurídica, nas palavras de Prado, “o homem é arrogante, petulante, audacioso (soberbo) e ao mesmo tempo temerário, ao afirmar que busca a verdade absoluta no processo penal”<sup>717</sup>. E, conforme Gomes Filho, a afirmação de que a função da prova seria o estabelecimento da verdade se configura em uma vinculação de caráter persuasivo, a qual pretende convencer que as decisões judiciais, já que fundadas na prova, são verdadeiras e, portanto, justas.<sup>718</sup>

O uso da busca da verdade real é característico do modelo inquisitório, que dela se utiliza como instrumento de dominação e legitimação para justificar qualquer procedimento, inclusive os poderes de investigação do julgador. No modelo acusatório, por sua vez, a verdade será apenas uma referência, um juízo de probabilidade acerca do fato, estando ela condicionada à forma de produção da

---

<sup>713</sup> Ibid., p. 182-183.

<sup>714</sup> Ibid., p. 189.

<sup>715</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 35.

<sup>716</sup> PRADO, Geraldo, op. cit., p. 35-36.

<sup>717</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 186.

<sup>718</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 42-43.



prova.<sup>719</sup> No sistema inquisitório, qualquer diligência será justificada para a obtenção da verdade, legitimando-se assim, os poderes instrutórios do juiz. Por isso diz Thums que “a hipervalorização do interrogatório e a dialética estabelecida entre a versão do réu com as demais provas vão formar uma ‘verdade’, a que se dá o rótulo de real, como se fosse um reflexo no espelho do fato ocorrido”<sup>720</sup>. É isso que sustenta o discurso inquisitorial, sendo o mito da verdade típico de sistemas autoritários.<sup>721</sup> E é por isso que, conforme Cuéllar e Lynett:

En términos generales, el modelo inquisitivo se basa en la obligación del Estado *de buscar la verdad* y, a partir de ella, imponer las sanciones o mantener la inocencia de la persona investigada. Es decir, la verdad se entiende como algo existente y que debe ser objeto de búsqueda. El investigado no tiene que aportar pruebas en su favor, sino que ha de limitarse a cuestionar la *verdad encontrada* por el Estado.<sup>722</sup>

Em uma perspectiva histórica, é de ver-se que o catolicismo, manipulando a verdade com saber político, exerceu o domínio ocidental por mais de um milênio.<sup>723</sup> E é por isso que o Direito antigo tinha vinculação a poderes divinos, com o que os juízes e os reais diziam a verdade, já que inspirados por Deus. Seguiu-se a laicização e a razão humana, mas o Direito continuou a contar com o privilégio da tradição dos mitos, considerando-se que o juiz proferiria uma sentença condenatória a partir da chegada à verdade substancial, situação que conduziria a uma segurança jurídica. Com isso, até hoje, mesmo com as dificuldades em se sustentar a existência de uma verdade, a dogmática tradicional advoga a busca desse elemento pela prova, o que justificaria os poderes do juiz para diligenciar nessa descoberta.<sup>724</sup>

Além disso, a própria história luso-ibérica carrega o valor inquisitivo da busca da verdade real, com o que a evolução da legislação brasileira, até hoje, é lenta. Mesmo com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, esse mito vem incrustado na nossa lei, que permite essa busca de provas pelo

---

<sup>719</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 186.

<sup>720</sup> Ibid., p. 197.

<sup>721</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 197.

<sup>722</sup> CUÉLLAR, Jaime; LYNETT, Eduardo Montealegre, op. cit., p. 132.

<sup>723</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 187.

<sup>724</sup> Ibid., p. 190-191.

magistrado, sendo a descoberta da verdade o objetivo da cognição probatória do processo.<sup>725</sup>

Como se pode perceber da evolução histórica traçada no primeiro capítulo, havia um tempo em que os conflitos se resolviam por meio das ordálias, sendo a vitória do duelo uma manifestação da vontade de Deus. Posteriormente, na fase da Inquisição, o estabelecimento da verdade se dava por meio do interrogatório, o qual poderia ser permeado pela tortura. A virtude estava do lado do inquisidor, o qual manifestava uma vontade de Deus – sendo a busca da verdade pelo inquisidor uma busca da verdade do próprio Deus, a fim de libertar o que ameaçava a todos, o Satã, que se manifestava por meio da bruxaria e da heresia. Com a laicização o saber passou a ser o bem supremo e se substituiu o Satã pela ignorância, sendo o saber o lado bom e a ignorância o lado mau. E por isso ninguém poderia deter a marcha do acesso à verdade. Considerou-se, assim, que o sujeito cognoscente estaria sempre em um plano superior ao objeto do conhecimento, pois esta seria a própria estrutura do conhecimento<sup>726</sup>, com o que, até os tempos atuais, tem-se legitimado uma busca por uma verdade supostamente real.

Com efeito, lembra Lopes Jr. que o processo inquisitório foi construído em torno da verdade real ou absoluta, com o que, em sua busca, a prisão cautelar era a regra geral (pois o inquisidor precisava do corpo do herege). De posse desse corpo, o inquisidor poderia se utilizar da tortura para extrair a confissão, a qual, obtida, confirmava qualquer hipótese, pois ela era a “rainha das provas”.<sup>727</sup>

Verifica-se, assim, que os juízes ainda acreditam na sua busca pela verdade real e tomam para si a produção da prova, como se ela pudesse ser administrada a partir de sua consciência. Por trás disso está a discricionariedade e o positivismo jurídico. No entanto, a superação da “filosofia da consciência” (referida no tópico anterior), nesse âmbito, significa que a prova deve ser vista em um viés constitucional e de respeito aos princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade, como um direito fundamental das partes, não sendo, por isso, o juiz o único destinatário da prova, o qual deve dela se valer para convencer toda a

---

<sup>725</sup> Ibid., p. 191-192.

<sup>726</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*, op. cit., p. 37-41.

<sup>727</sup> LOPES JR., Aury, op. cit., p. 126.

comunidade ser aquela a melhor decisão para o caso em julgamento, blindando-se assim decisões subjetivas e arbitrárias.<sup>728</sup>

A busca da verdade é considerada, erroneamente, legitimante da atuação jurisdicional. O Estado dará uma resposta verdadeira ao caso penal, a qual deve ser encarada como um dogma, convencendo o jurisdicionado.<sup>729</sup> Além disso, Choukr, por exemplo, associa a questão da verdade real ao caráter emergencialista que tem assumido o processo penal, com o que o papel policial resta valorizado com relação ao jurisdicional, sendo o alcance da verdade visto como um fim natural do sistema repressivo, ampliando-se os poderes estatais para a sua reconstrução<sup>730</sup>. No mesmo sentido, Moccia alerta para o fato de, atualmente, haver, no processo penal, uma orientação pela busca da verdade material, considerada como forma de libertar o processo de “estéreis” formalismos, considerados como embaraço à persecução penal.<sup>731</sup>

Nessa linha, Gomes Filho explica a existência de uma orientação para a defesa da sociedade contra os criminosos (“princípio” da defesa social), desenvolvendo-se uma corrente doutrinária com uma ideologia de repressão, a qual houve por influenciar a codificação fascista de 1930 e, também, nosso Código de Processo Penal de 1941, nela inspirado. A partir disso se intensificaram as críticas à presunção de inocência, ao contraditório, à publicidade e às formalidades do processo. Por isso, no que tange às provas, passou-se a defender o sistema inquisitório, o qual seria um progresso e buscaria a verdade, com o que o juiz ganharia maior importância na busca por esse material probatório. Em sendo a perseguição dos criminosos uma função social a ser desempenhada pelo juiz, a presença das partes (acusação e defesa), em “luta” contraditória, passa a ser vista como historicamente superada, pois incompatível como método de investigação objetiva da verdade. E nesse contexto, o livre convencimento (a ser abordado posteriormente) adquirirá importância para firmar não só a autonomia do juiz na análise das provas, mas também para, conforme Gomes Filho, a “ausência de limites quanto ao objeto da investigação e também quanto aos meios utilizáveis”.<sup>732</sup>

---

<sup>728</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 450.

<sup>729</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 192.

<sup>730</sup> CHOUKR, Fauzi Hasan, op. cit., p. 60-61.

<sup>731</sup> MOCCIA, Sérgio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*, op. cit., 66.

<sup>732</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 33-35.

Nesse mesmo contexto, Coutinho e Carvalho advertem para o fato de estar sendo atribuída aos juízes (ou eles mesmos se atribuiriam?) a função de combater o crime, apesar de a Constituição Federal ainda mantê-los como os principais garantes dos cidadãos, equidistante das partes. Essa função faz com que os magistrados se sintam prontos a travar uma verdadeira “batalha contra o crime”, lutando contra a lavagem de dinheiro, a corrupção, o tráfico de entorpecentes e etc., a qualquer custo, ainda que se tenha que abolir direitos e garantias sedimentados como dogmas constitucionais, os quais passam a ser vistos como obstáculos (e não conquistas históricas da humanidade). Com isso, conforme os autores, “as garantias dos acusados se mostram como o maior empecilho na pronta prestação jurisdicional, na ‘eficiência’ da justiça criminal”<sup>733</sup>. Assim, o valor da prova é desvirtuado (valendo mais para a acusação do que para a defesa), os advogados são dispensados dos interrogatórios dos clientes, a prisão é utilizada para se extrair a confissão, e regras são ignoradas para fins de rapidez processual.<sup>734</sup>

Diante de tudo isso, Ferrajoli advoga pela determinação de uma verdade processual. Para tanto, utiliza o exemplo da proposição “Tício cometeu ou não cometeu cupavelmente tal fato indicado na lei como delito”, a qual poderia ser decomposta em duas proposições ou juízos: uma fática ou de fato e outra jurídica ou de direito. A primeira seria de que “Tício cometeu cupavelmente tal fato” e a segunda seria “tal fato está indicado na lei como delito”. Essas proposições seriam denominadas “assertivas”, “empíricas” ou “cognitivas”, na medida em que seria verificável sua verdade ou falsidade, conforme a investigação empírica. A verdade fática seria comprovável pela prova da ocorrência do fato e de seu cometimento pelo acusado, já a verdade jurídica seria comprovável pela interpretação, nas palavras do jurista, “do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito”. Assim o conceito de verdade processual seria decomposto nos conceitos de verdade fática e verdade jurídica.<sup>735</sup>

Para o autor, a verdade certa e absoluta será sempre um ideal inalcançável, sendo a verdade dotada dessas características uma “ingenuidade epistemológica”

---

<sup>733</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROCHA DE CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, ano VI, abr./jul. 2006, n. 22, p. 76.

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>735</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, op. cit., 2010, p. 50-51.

da doutrina iluminista, que acreditava ser possível alcançá-la a partir da letra da lei. Mesmo as proposições científicas não podem ser sempre tidas como verdadeiras. Inclusive, toda teoria científica tem o destino de ser superada. A verdade de uma teoria científica, de uma proposição, ou argumentação é sempre não definitiva, contingente, relativa àquele conhecimento do qual se fala. Assim, quando se afirma a “verdade” de uma proposição o que se vai querer apontar é que ela é plausivelmente verdadeira pelo o que se sabe sobre ela.<sup>736</sup>

Além disso, conforme o jurista, as condições para se afirmar essa verdade estariam umbilicalmente ligadas ao modo como estaria formado o sistema legal, ou seja, às técnicas legislativas e jurisdicionais legalmente admitidas. E essas técnicas seriam as garantias penais e processuais penais, sem as quais não se poderia falar em verdade processual.<sup>737</sup>

É por tudo isso que não se deve pensar em verdade, mas em verossimilhança das provas, um juízo de probabilidade. Para Thums, o juiz deverá construir a verdade judicial a partir das provas (não se tratando de uma descoberta da verdade nem da reconstrução de um fato pretérito), mas sim a construção de um conceito que representa a verdade formal, a probabilidade sobre o fato passado. E a argumentação fundamentadora desse discurso deve ser o resultado de um critério de valoração trazido pelo sistema processual. Nessa medida, para o autor, “deverá haver um consenso sobre a arquitetura da prova, porque o processo moderno passa a ser um palco de argumentação, e não de reconstrução de eventos pretéritos atrelados à descoberta da verdade”<sup>738</sup>.

Por tudo isso, essa problemática da gestão da prova deve ser pensada a partir de um “processo democraticamente gerido”, o que significa pensar em limites para o juiz. Portanto, qualquer teoria que conceda esse poder ao julgador apresentará um “déficit democrático”.<sup>739</sup> Desse modo, a única verdade que se poderia admitir seria uma verdade processualmente válida, a qual somente poderia ser construída a partir de um efetivo contraditório, sem a intervenção do magistrado na gestão da prova, respeitando-se um processo penal constitucional calcado no princípio acusatório.

---

<sup>736</sup> Ibid., p. 52-53.

<sup>737</sup> Ibid., p. 53-54.

<sup>738</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 197-198.

<sup>739</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 454

### 3.3.2 Livre apreciação da prova e livre convencimento

Nesse ponto faz-se necessário observar a forma que nosso Código de Processo Penal dispõe a respeito de como o magistrado deve se portar ante a prova colhida na instrução processual.

De início, veja-se o que determina o artigo 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”<sup>740</sup>.

Além disso, o artigo 200 assim dispõe: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Da leitura de referidos artigos, percebe-se que o Código de Processo Penal ora faz referência à forma da livre apreciação da prova, e, depois, menciona o livre convencimento.

Segundo Coutinho, historicamente, três princípios orientam o modo de apreciação da prova pelo magistrado: a) o princípio da certeza legal ou tarifamento legal, de acordo com o qual a prova estaria prevista taxativamente na lei; b) o princípio da convicção íntima ou certeza moral, que prevê que o juiz valoraria a prova livremente, de acordo com a sua subjetividade; e c) o princípio do livre convencimento e da convicção racional, segundo o qual o juiz atribui o valor das provas livremente a partir de sua convicção pessoal (pois não haveria como ser diferente, pela própria estrutura do processo), mas faz isso de forma fundamentada.<sup>741</sup>

Diante dessa classificação, conforme o jurista, a sistemática processual penal brasileira encontrar-se-ia lastreada no “princípio do livre convencimento”, pois os dispositivos antes referidos deveriam ser analisados conjuntamente com o art. 93, IX, da Constituição Federal<sup>742</sup>, o qual determina a necessidade de motivação de

---

<sup>740</sup> Observe-se que essa redação é proveniente da reforma de 2008 (no caso a Lei n. 11.690/08). A redação antiga, de 1941, assim dispunha: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação”.

<sup>741</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*, op. cit., p. 49-50.

<sup>742</sup> “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às

todas as decisões judiciais.<sup>743</sup> Assim, ainda que haja expressa menção à livre apreciação da prova no artigo 155, o autor considera dever essa expressão ser lida como livre convencimento, devido à necessidade de fundamentação das decisões judiciais prevista na Constituição Federal.

O Projeto do novo Código de Processo Penal<sup>744</sup>, por sua vez, em seu artigo 168<sup>745</sup>, determina que o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório, mediante fundamentação nos elementos utilizados e critérios adotados.

Da análise desses dispositivos, percebe-se que o Projeto não houve por incorporar as mudanças paradigmáticas no campo da filosofia, mantendo a mesma linha do Código de Processo Penal de 1941. Nesse contexto, conforme Streck, “quando se fala na formação do convencimento do juiz, está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidade que o juiz/intérprete possui para decidir”<sup>746</sup>.

E é por isso que não há razão de o Projeto adotar um novo modelo de gestão da prova se a decisão do magistrado, se o sentido a ser atribuído a esse “produto final” da gestão probatória ficará a mercê daquele que possui um livre convencimento. Nessa linha, nem o atual Código de Processo Penal e nem o Projeto do novo houveram por levar em conta essa discussão filosófica e um processualismo constitucional democrático. Com efeito, esses posicionamentos que apostam na “vontade do intérprete” possibilitam arbitrariedades e discricionariedades.<sup>747</sup>

Grande parcela da doutrina ainda se restringe a diferenciar os modelos de apreciação da prova, como se o problema estivesse em escolher um deles e não em superá-los. Nessa linha, haveria um certo consenso de que o modelo da livre apreciação da prova seria “mais democrático” do que o da prova legal, pois o segundo traria uma relação de valoração hierárquica definida pela lei enquanto o

próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

<sup>743</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*, op. cit., p. 50.

<sup>744</sup> Conforme redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009.

<sup>745</sup> “Art. 168 O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas”

<sup>746</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 449.

<sup>747</sup> *Ibid.*, p. 449.

primeiro permitiria ao magistrado maior liberdade para adequar, conforme Streck, “a avaliação da prova às circunstâncias concretas do caso”<sup>748</sup>. Pode-se vincular, assim, o modelo da prova legal ao positivismo primitivo “que insistia em entificar os juízos e reduzi-los de antemão, na ilusão de responder perguntas antes mesmo de elas serem feitas”. No entanto, também positivistas são a livre convicção e o livre convencimento, pois rechaçar a hierarquia entre as provas não deveria significar a permissão da discricionariedade, justamente o que defende esses últimos modelos.<sup>749</sup>

No modelo da prova legal procurava-se racionalizar as técnicas de apuração do fato, através da verificação em um engendrado sistema, no qual cada prova possuiria o seu valor pré-determinado e somente a combinação delas, com o resultado de uma certa quantidade de provas, poderia conduzir à condenação criminal.<sup>750</sup> Por exemplo, para que uma prova testemunhal fosse considerada completa, era necessário pelo menos duas testemunhas, sendo que elas deveriam ser oculares e firmes e seus depoimentos colhidos por três vezes sucessivas, e não poderiam fazer parte da lista dos “reprováveis”, entre os quais estavam parentes do acusado, pobres e mendigos.<sup>751</sup> Nesse modelo, considerava-se indispensável a existência de regras para a apreciação da prova, conforme Figueiredo Dias, “assentes em regras da vida e da experiência que tradicionalmente eram tidas como seguras, e através das quais se fixava e se hierarquizava o valor dos diversos meios de prova, segundo a força que a cada um se atribuía”<sup>752</sup>.

Posteriormente, com as reformas ocorridas após a Revolução Francesa, passou-se a considerar que o valor e a força dos meios de prova não poderiam ser conferidos *a priori*, mas avaliados de acordo com as circunstâncias do caso concreto, com o que se consagrou o modelo da livre apreciação da prova.<sup>753</sup> O sistema da prova legal, seria, assim, aquele em que a lei determinaria a valoração das provas. No entanto, ele passou a ser considerado irracional, e, inclusive, denominado “tirania da lei”, porque o juiz não estaria livre para analisar as provas

---

<sup>748</sup> Ibid., p. 450.

<sup>749</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão), op. cit..

<sup>750</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 23.

<sup>751</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 24.

<sup>752</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo de, op. cit., p. 199.

<sup>753</sup> Ibid., p. 200.



para a formação do seu convencimento<sup>754</sup>. Já na livre apreciação da prova, ela seria valorada segundo a livre convicção do juiz, a qual estaria vinculada, conforme Figueiredo Dias, ao “dever de perseguir a chamada «verdade material»”<sup>755</sup>, devendo a decisão judicial (discricionária) ser conduzida por critérios objetivos e suscetível de motivação e controle. Desse modo, essa livre ou íntima convicção do magistrado, apesar de pessoal, não poderia ser subjetiva ou emocional e imotivável, mas sim, e levando-se em conta que a busca da verdade material seria por uma verdade “prático-jurídica”, deveria ser capaz de ser objetivada e motivada, de modo que pudesse ser imposta aos outros<sup>756</sup>.

De acordo com Saragoça da Matta, a sistemática da livre convicção teria se originado no Direito Romano e, somente após a Revolução Francesa, resgatada, libertando o processo penal dos anos em que teria predominado o sistema da prova legal (identificado, tradicionalmente, com o sistema inquisitório), o qual teria suas raízes no direito germânico e fora amplamente utilizado no período medieval.<sup>757</sup> Hoje, segundo o autor, é quase unânime a regra segundo a qual a apreciação da prova seria livre. No processo penal espanhol, diz-se que a prova seria apreciada “em consciência” pelo Tribunal, no processo penal francês, ela se daria conforme a “íntima convicção do julgador” e, no processo penal italiano, de acordo com o seu “livre convencimento”.<sup>758</sup>

Conforme Ferrajoli, a livre convicção representaria “o rechaço às provas legais como suficientes para determinar a condenação e a pena”<sup>759</sup>, alegando que ela significaria:

- 1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus para a acusação de exibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com base nelas, a própria convicção em caso de condenação; 4) a questionabilidade de qualquer prova, que

<sup>754</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 206.

<sup>755</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo de, op. cit., p. 202-203,

<sup>756</sup> Ibid., p. 202-205.

<sup>757</sup> SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 234.

<sup>758</sup> Ibid., p. 239.

<sup>759</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, op. cit., p. 133.

sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição.<sup>760</sup>

No entanto, segundo o autor, não foi dessa forma concebida a livre convicção pela cultura jurídica pós-iluminista, que a entendeu como um “critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais”, proporcionando uma legitimação ao arbítrio dos juízes. O repúdio às provas legais se transformou, desse modo, na negação da prova como uma condição necessária à livre convicção.<sup>761</sup> Também para Gomes Filho, o “princípio” da livre convicção passou a legitimar o arbítrio judicial, pois as informações colhidas na fase de investigação (pelo juiz de instrução, o qual as colhia de forma secreta, escrita e sem a participação da defesa – sistema misto), obtidas sem quaisquer regras de garantia, eram, posteriormente, utilizadas e valoradas livremente, “como material idôneo à formação do conhecimento”.<sup>762</sup>

Por esses fatores, para Gomes Filho, a livre convicção deveria ser substituída pelo livre convencimento. Segundo o autor, a diferença entre esses dois critérios estaria “na delimitação do caminho mental percorrido pelo legislador”, pois, na íntima convicção a solução do caso ocorreria a partir de uma tomada de posição pessoal, pelo magistrado, em face das provas apresentadas, e no livre convencimento haveria uma “liberdade racionalizada, exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas.”<sup>763</sup> E, por isso, segundo o autor, o livre convencimento estaria ligado à motivação, sendo uma convicção fundamentada, uma convicção transparente, justificada perante a sociedade<sup>764</sup>, com que o juiz deveria explicitar, nas palavras do autor, “não somente o conteúdo das provas em que baseou, mas igualmente o raciocínio de que se valeu para, através dos dados probatórios incorporados ao processo, chegar à decisão final”.<sup>765</sup>

Giacomolli, ao tecer suas considerações acerca do livre convencimento, aduz que a decisão vai se originar nas hipóteses constantes nos autos, de acordo com a crença do julgador, com o que ele acreditou ser o mais provável. Citando

---

<sup>760</sup> Ibid..

<sup>761</sup> Ibid.

<sup>762</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 31.

<sup>763</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 161-162.

<sup>764</sup> Ibid., p. 163.

<sup>765</sup> Ibid., p. 165.

Carnelutti, o jurista advoga que o magistrado faz uma escolha, momento em que ele decide e depois fundamenta a decisão através das provas. Com isso o juiz precisaria decidir, escolher se absolve ou condena, dependendo o resultado do processo dessa decisão. A partir do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional da prova, ter-se-ia a valorização do que foi produzido nos autos, exteriorizando-se a motivação fática e jurídica. Esse livre convencimento, no entanto, não teria uma liberdade absoluta, pois encontraria limite na admissibilidade da prova. Por essa razão, a expressão ‘livre convencimento’ não seria adequada, haja vista que transmite uma ideia de liberdade total. Conforme o autor, “o convencimento também encontra limites constitucionais e legais mormente na licitude, idoneidade e constitucionalidade da prova. (...) Em suma, o convencimento do magistrado está limitado pelo conteúdo fático dos autos, pelo valorar e motivar, pelas regras da legislação ordinária e constitucional e pelos princípios humanitários”<sup>766</sup>. Assim, o magistrado estaria livre porque não pode ser coagido, mas possui o dever de justificar, com base na prova dos autos. A decisão estaria inserida no devido processo constitucional ou no justo processo quando fosse aceitável e pudesse ser controlada através da crítica, não sendo uma declaração de verdade, mas uma declaração na qual se pode crer a partir do que está no processo.

767

Além dos posicionamentos doutrinários, é de ver-se que o Supremo Tribunal Federal tem-se utilizado bastante das expressões “livre convencimento motivado” e “livre apreciação da prova”, principalmente da Ação Penal 470 (alcançada de “Mensalão”) – apontadas, inclusive, sem distinção entre elas. Conforme Streck, a Ministra Rosa Weber teria se pronunciado do seguinte modo, referindo-se à livre convicção:

A prova há de ser considerada no julgamento criminal, sem dúvida, quando realizada sob o contraditório, conforme estabelecido expressamente no art. 155 do CPP. Isso não significa, porém, que o juiz não possa considerar para a formação de sua livre convicção, elementos informativos colhidos na fase de inquérito.<sup>768</sup>

---

<sup>766</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 26.

<sup>767</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 23-29.

<sup>768</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão)*, op. cit..

O Ministro Luiz Fux, por seu turno, considerando ter o Código de Processo Penal adotado o livre convencimento motivado, assim se manifestou:

Essa função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.<sup>769</sup>

Doutrina e jurisprudência oscilam a respeito da terminologia, não se definem se a sistemática processual brasileira estaria lastreada na livre convicção ou no livre convencimento (como, da mesma forma, não o faz o próprio Código de Processo Penal). Para nenhum desses caminhos, no entanto, aponta a Constituição Federal. Nesse sentido, alerta Streck:

Sendo mais claro: a Constituição não fala em livre convencimento ou livre convicção. E nem dá pistas disso. Quem fala — e mal — em livre apreciação da prova produzida em juízo é o CPP. O termo “livre convencimento” aparece no artigo 200, ao falar da confissão: *Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.* Esse dispositivo é de uma contradição hermenêutica insolúvel. O “livre convencimento” é utilizado como uma espécie de “pedra filosofal da hermenêutica” (ou o santo graal da interpretação). Isto porque, por ele — o livre convencimento — pode-se fazer (e afirmar) qualquer coisa... O acusado se retrata e, mesmo assim, o que ele disse pode ser utilizado... porque, afinal, o princípio (sic) do “livre convencimento” é a possibilidade da permanência daquilo que foi dito e depois desdito...<sup>770</sup>

Dentre essas “opções” referidas, foi pelo livre convencimento que optou o Projeto do novo Código de Processo Penal, bem como de acordo com ele dever-se-ia interpretar o Código de Processo Penal de 1941, conforme se viu opinar a doutrina, havendo, também nesse sentido, posicionamento jurisprudencial. Mas o que seria esse livre convencimento e de que modo ele poderia superar a livre apreciação da prova? Costuma-se pensar que o livre convencimento estaria nos moldes do sistema acusatório, sendo um modo de superação da convicção íntima e

---

<sup>769</sup> Ibid.

<sup>770</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão), op. cit..

da convicção legal. A conclusão é a de que com o livre convencimento o juiz analisaria a prova a partir do que possui de conhecimento do caso, com o que haveria dita superação. Considera-se que “não se pode proibir o juiz de pensar”, exigindo-se, então, a fundamentação das decisões e atingindo-se uma “convicção racional”. No entanto, essa é uma constatação precipitada.<sup>771</sup>

Conforme Streck, a verdade é que, com isso, não se consegue perceber que “livre convencimento e filosofia da consciência sejam faces de uma mesma moeda”<sup>772</sup>. O livre convencimento nada mais será do que a possibilidade de o sujeito (juiz) atribuir sentidos “a partir de sua subjetividade assujeitadora”. E por isso livre convencimento será o mesmo que livre apreciação da prova. Esse problema de solipsismo não será resolvido simplesmente porque se exige que a decisão seja fundamentada (afinal, essa fundamentação poderá se dar somente explicitando-se aquilo que vai na consciência do magistrado). E se assim fosse, estar-se-ia a admitir uma decisão tomada independentemente de qualquer coisa, com a busca posterior de justificativa a embasar o que já fora decidido.<sup>773</sup> Nesse sentido, de acordo com Streck, “parece que os projetos do CPP e do CPC apostam nessa aporia: admitem que o juiz primeiro decide e depois fundamenta, contentando-se com um ‘resto de significado’, ou seja, com uma capa de sentido para ‘justificar’ a decisão solipsista ‘já tomada’ (*sic*)”<sup>774</sup>.

Faz-se, assim, uma leitura superficial do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Poder-se ia considerar que isso é natural, que os juízes primeiro decidem e depois fundamentam. Mas o fato de isso existir não significa que seja o correto (somente o seria se quisermos pensar a partir da filosofia da consciência, pois se assumirmos o paradigma da intersubjetividade – para superarmos o sujeito solipsista teremos que dar um passo adiante). E o passo adiante estará em, segundo Streck, “admitir que a compreensão exige uma suspensão de pré-juízos; e que uma decisão não pode ser produto da ‘vontade’”<sup>775</sup>. Assim, de nada adianta colocar como racional

---

<sup>771</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 451.

<sup>772</sup> *Ibid.*,

<sup>773</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>774</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>775</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 451.

o livre convencimento se ele será produto de uma vontade solipsista de um sujeito que assujeita o objeto<sup>776</sup>. Conforme explica o jurista:

Ora, não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica, afirmar o ‘acerto’ ou o ‘erro’, mas sim, para *compreender* – corretamente – aquilo que a *tradição produziu como direito*, e, com isso, oferecer uma interpretação coerente (e íntegra) para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes. Ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política.<sup>777</sup>

Por isso o Projeto do novo Código de Processo Penal, nas palavras de Streck, “deveria se preocupar sobretudo com a teoria da decisão, exigindo explicitamente o respeito à coerência e à integridade das decisões, para evitar que o ‘livre convencimento’ se transforme em ‘alvedrio do juiz’<sup>778</sup>. Por tudo isso, resta claro ser impossível falar-se em sistema acusatório se o próprio Código de Processo Penal trazer a previsão do livre convencimento do magistrado<sup>779</sup>.

### **3.3.3 Artigo 212 do Código de Processo Penal: uma tentativa de implementação do modelo acusatório e o posicionamento (impeditivo) da doutrina e dos tribunais superiores**

Nesse momento, mostra-se interessante realizar breve análise do artigo 212 do Código de Processo Penal e de como ele tem sido analisado pela doutrina e aplicado por nossos tribunais superiores.

O artigo 212 foi inserido no Código de Processo Penal pela reforma de 2008, mediante a Lei n. 11.690/2008, e regulamenta a forma de realização da oitiva das testemunhas. Ele possui a seguinte redação: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir

---

<sup>776</sup> Ibid.

<sup>777</sup> Ibid.

<sup>778</sup> Ibid., p. 456.

<sup>779</sup> Ibid., p. 457.

a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

A partir da leitura desse dispositivo, percebe-se que ele se coaduna ao sistema acusatório<sup>780</sup>, trazendo clara evolução com relação ao que se dispunha anteriormente: “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”.

O Projeto do novo Código de Processo Penal, por sua vez, mantém a redação do artigo 212 (com um parágrafo de acréscimo), assim dispondo em seu artigo 179: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. § 1º Logo após, o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. § 2º Se das respostas dadas ao juiz resultarem novos fatos ou circunstâncias, às partes será facultado fazer reperguntas, limitadas àquelas matérias”.

Ocorre que, e o que se quer aqui frisar, não obstante esse considerável avanço, na prática, não se tem operado reais mudanças, na medida em que a velha fórmula permanece sendo utilizada por alguns magistrados<sup>781</sup>, o que, após, tem sido

---

<sup>780</sup> Nesse ponto, cumpre-se observar que se poderia fazer uma crítica ao seu parágrafo único, o qual permite ao magistrado, ainda que subsidiariamente, a formulação de perguntas às testemunhas. No entanto, em se adotando o posicionamento a permitir referidas perguntas, deve-se anotar o fato de elas deverem ser realmente subsidiárias. Nessa linha, conforme Giacomolli: “Porém, o parágrafo único do art. 212 autoriza o magistrado a perguntar às testemunhas. Mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, cabe às partes perguntar o que interessa ao direcionamento do convencimento que desejarem, num jogo dialético entre elas, próprio de um modelo acusatório de processo penal. A função do juiz é manter o equilíbrio processual na colheita da prova. Entretanto, para os que admitem a atuação do magistrado, o parágrafo único do art. 212 há de ser interpretado restritivamente, ou seja, a intervenção do magistrado é supletiva, somente sobre pontos não esclarecidos, em face do que foi perguntado e respondido pelas testemunhas, vedando-se perguntas sobre pontos não levantados pelas partes em suas perguntas. Sendo admissível sua intervenção subsidiária, está ocorrerá após a das partes”. (GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 57).

<sup>781</sup> A título de exemplo, leia-se a seguinte ata da audiência realizada em 14 de agosto de 2008, na Primeira Vara Criminal da Comarca de Ceilândia, Distrito Federal, em que a magistrada toma a seguinte decisão: “Ao início do depoimento da primeira testemunha ouvida, o representante do Ministério Público requereu a palavra para assim se manifestar: ‘MM. Juiz, tendo em vista a nova redação do art. 212 do CPP (conferida pela Lei n. 11.690/08, em vigor a partir de 09.08.2008, o Ministério Público requer a Vossa Excelência que passe a palavra, para formulação de perguntas, às partes, assim que for compromissada a testemunha, ou, em não sendo caso de compromisso, assim que qualificada a testemunha’. Acerca do requerimento ministerial o MM. Juiz o indeferiu pelas seguintes razões: ‘Apesar da entrada em vigor da Lei 11.690/2008, que implementou algumas modificações no procedimento criminal durante as audiências, **verifico que tal dispositivo legal não trouxe qualquer inovação com relação ao sistema outrora estabelecido a respeito da**

confirmado pelos tribunais como o adequado. E é por isso que, conforme Thums, o intérprete da lei e da Constituição deve estar atento, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (e aqui também se pode falar do Superior Tribunal de Justiça) não tem um compromisso nem uma tradição com o sistema de garantias, pois vinculado ao poder político da vez<sup>782</sup>.

É o que se verifica no seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o juiz de primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, **à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra**

---

**presidência dos atos procedimentais realizados no curso das audiências, qual seja, sistema presidencial, o qual permanece em pleno vigor** e, nessa condição, concede ao Magistrado o poder/dever de, caso queira, arguir primeiro as testemunhas arroladas pela defesa, bem como disciplinar/coordenar os atos procedimentais para o bom andamento da colheita da prova oral. Ademais, merece registro que **toda a prova colhida em audiência tem como destinatário o convencimento do magistrado, e não há qualquer razão plausível que impeça o juiz de interrogar réus e inquirir testemunhas em primeiro lugar**. Com essas razões, resta indeferido o requerimento ministerial'. Nada Mais". O Ministério Público interpôs Reclamação, restando mantida a decisão de primeiro grau, pela Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a partir desta argumentação: "por não vislumbrar a alegada alteração na ordem de inquirição de testemunhas, rejeito a tese de *error in procedendo*". (Conforme consta no relatório do acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 113.382/DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgado em 25/09/2012. Grifou-se).

<sup>782</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 90.



**pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.**

5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

6. Habeas corpus denegado.<sup>783</sup>

Nesse acórdão, o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura se deu, acertadamente, no sentido de se decretar a nulidade absoluta em decorrência do descumprimento do artigo 212 do Código de Processo Penal, haja vista ela considerar ferido o princípio acusatório com a inversão da ordem de inquirição das testemunhas. No entanto, em voto vista, o Ministro Og Fernandes houve por discordar desse posicionamento, produzindo, de início, o seguinte questionamento: "O parágrafo único da referida norma processual inverteu a ordem de formulação de perguntas às testemunhas, ou ela permanece a mesma? Vale dizer, o juiz ainda possui o poder de inquirir primeiro, ou a reforma alterou a ordem para preservar-lhe maior imparcialidade?"<sup>784</sup>. Para responder à pergunta, o Ministro cita as doutrinas de Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo batista Pinto, respectivamente:

**Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido .A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que "as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha", agora se diz que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)". Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado . Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas**

---

<sup>783</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009.

<sup>784</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009, fl. 03 do voto.

diretamente às testemunhas. **Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente.** Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperfuntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha.

Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver." (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 8ª edição, São Paulo: RT, 2008, p. 479/480).

**A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim.** Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha. **Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na "praxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial".** (Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: RT, 2008, p. 302).<sup>785</sup>

Após, o julgador aponta a existência de posicionamento diverso (inclusive adotado no Habeas Corpus n. 121.216/DF, de lavra do Ministro Jorge Mussi – o qual, após, mudou de pensamento, como se verá), segundo o qual teria havido uma efetiva mudança da ordem e forma de inquirição das testemunhas.<sup>786</sup> Depois de trazer à baila a discussão, o Ministro se posiciona conforme a segunda opção:

---

<sup>785</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009.. Fls. 03-04 do voto.

<sup>786</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009. Fls. 04-09 do voto vista.

No caso, observa-se que o Juiz de primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público, portanto, seu descumprimento afeta os princípios do devido processo legal, da economia e celeridade processual, bem como da prestação jurisdicional justa e imparcial.<sup>787</sup>

Mas, ao final, conclui pela existência, naquele caso, apenas de nulidade relativa:

A não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida a possibilidade de o juiz efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, no caso, o interesse protegido é exclusivo das partes.<sup>788</sup>

O Ministro Celso Limongi e o Ministro Nilson Naves acompanharam o Ministro Og Fernandes. Por interessante para a discussão, leia-se o que referiu o Ministro Nilson Naves em seu voto a respeito do sistema acusatório e da função do magistrado, defendendo a busca da verdade real:

Após algumas reflexões, indo, aqui e ali, na doutrina, que ainda é incipiente, convenci-me de que a oitiva da testemunha sem a observância da ordem prevista no novel modelo processual **não altera o sistema acusatório. O juiz, no modelo brasileiro, não é mero espectador, ele possui ativa participação** – dele se espera, obviamente, a proteção dos direitos e garantias constitucionais, também **a busca da verdade real**, isso, é claro, em convivência harmônica – no processo, cujo controle lhe incumbe. Vejam bem: se, no processo civil, a participação do juiz se impõe, muito mais no processo penal, cujo objeto, ao fim e ao cabo, é a liberdade. Daí que a simples inversão na ordem de quem faz as perguntas à testemunha, por si e só, não representa violação de lei. A esse respeito e nesse sentido, aliás, escreveu **Nucci**, para quem "**pregar nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado na seqüência, quer demonstrar ser o processo**

---

<sup>787</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009. Fl. 09 do voto vista.

<sup>788</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/12/2009. Fl. 09 do voto vista.

**um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes**" ("Código de Processo Penal comentado", 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 484). O próprio Código permite que as perguntas, no júri, sejam feitas inicialmente pelo juiz presidente e depois pelas partes diretamente (art. 473). Se o caráter acusatório é o mesmo, os procedimentos, em tal aspecto, ajustam-se, de sorte que a alteração da ordem das perguntas, precedendo, num caso, o juiz às partes, não implica a nulidade aqui levantada, menos a de ordem absoluta; o caráter acusatório, repito, é o mesmo num e noutro procedimento.

Em análise a decisões dos tribunais superiores, Streck alerta para o fato de que, no Brasil, há uma variação de posicionamento de acordo com o interesse do momento. Assim, conforme o jurista, “quando interessa vale a ‘letra da lei’; quando não interessa, lança-se mão aos ‘valores escondidos por baixo da lei’ (sic). Quando interessa, as regras resolvem tudo; quando não interessa, alega-se o ‘novo mundo propiciado pelos princípios’...!”<sup>789</sup>. Parcela da comunidade jurídica têm alegado que o juiz não deve ficar atrelado à “letra da lei”, com o que a aplicação “literal” do dispositivo em comento não seria necessária. Utiliza-se desse argumento dizendo-se “não positivista”. Acontece que, nesse caso, o cumprimento da “letra fria da lei” (democraticamente formulada) também é o cumprimento da Constituição e a efetivação do sistema acusatório. Mas parece não ser essa a vontade dos julgadores.<sup>790</sup>

É como se a comunidade jurídica estivesse presa ao positivismo exegético (e não tivesse havido a sua sucessão pelo positivismo normativista), com o que “aplicar a letra da lei” é taxado de positivismo, e ninguém quer carregar esse fardo. Em outras situações, no entanto, agarra-se à “letra da lei”, considerando-se ser assim porque assim está escrito (como ocorre nas situações de negativa de aplicação da pena abaixo do mínimo legal). No caso do artigo 212, a reforma legislativa operou importante e positiva mudança nessa “letra da lei”, adequando-a ao sistema acusatório (constitucionalmente eleito). No entanto, quer-se permanecer no antigo modelo “presidencial inquisitório”, alegando-se que por detrás da lei

---

<sup>789</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 465.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 465-466

haveria uma “tradição de práticas tribunalísticas”, e estando, para isso, doutrina e jurisprudência contra a própria legislação. Com isso, conforme Streck, resta impossível um autêntica filtragem hermenêutico-constitucional no ordenamento jurídico.<sup>791</sup>

Com efeito, autores como Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes estão a advogar pela não alteração do rito de inquirição de testemunhas pelo artigo em questão. Para eles, é como se uma leitura rápida do dispositivo desse a entender radical mudança, mas sua leitura mais acurada demonstrasse a manutenção do modo tradicional. (Frise-se que qualquer leitura – em segundos ou horas – aponta para o mesmo caminho de inquirição das testemunhas: pergunta direta pelas partes e possibilidade de esclarecimento posterior pelo magistrado. Não há mistério ou mesmo faculdade de discussão quanto a essa sistemática. O parágrafo único não deixa qualquer dúvida, afinal, a palavra complementar significa algo que vem depois, não há como iniciar algo com uma complementação). E é nesses autores que, confortavelmente, tem se embasado os tribunais pátrios.

O dispositivo em comento é claro, proporciona, sim, modificações na forma de inquirição de testemunhas. Conforme Streck, “parece evidente que, respeitados os limites semânticos do que quer dizer cada expressão jurídica posta pelo legislador, houve uma alteração substancial no modo de produção da prova testemunhal”<sup>792</sup>. E isso nem decorreria do próprio texto, mas “de toda a história institucional que o envolve, marcada pela opção do constituinte pelo modelo acusatório”<sup>793</sup>. Não se pode compreender que setores da comunidade jurídica, por vezes tão apegados ao texto legal, com relação a esse dispositivo, fechem os olhos à semanticidade mínima dessa alteração legislativa.<sup>794</sup>

A verdade, de acordo com Streck, é que “obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) *não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga* (positivismo primitivo)”<sup>795</sup>. A legalidade hoje referida se constitui a partir dos princípios (“que são o marco da história institucional do direito”), que se forma a partir do que foi definido pelo texto

---

<sup>791</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 465.

<sup>792</sup> *Ibid.*, p. 466.

<sup>793</sup> *Ibid.*

<sup>794</sup> *Ibid.*

<sup>795</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo...*, op. cit., p. 467.

constitucional. E é por isso que se pode dizer que “aplicar a letra da lei”, em uma democracia como a nossa, é um avanço considerável. Não podemos aceitar que se argumente no sentido de se superar a literalidade do texto legal para afastar o conteúdo de uma lei democraticamente legitimada.<sup>796</sup>

Não podemos conceber que, quando, finalmente, temos uma disposição de produção da prova testemunhal que venha ao encontro do sistema acusatório, argumente-se de modo a tolher a sua aplicação, mantendo-se, inexplicavelmente, a velha prática.

Apesar de algumas recentes decisões admitirem que a nova redação “se aproxima” do sistema acusatório, elas consideram que a sua não implicação não geraria qualquer prejuízo à defesa, pois a finalidade do ato estaria cumprida. Os julgados apontam ser esta nulidade relativa, passível de alegação no momento da audiência e demonstração do prejuízo pela defesa, sob pena de preclusão. Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.690/08. EIVA RELATIVA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as testemunhas sejam ouvidas direta e primeiramente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, a prova requerida foi produzida, sendo oportunizada à defesa, ainda que em momento posterior, a formulação de questões à testemunha ouvida, respeitando-se o

---

<sup>796</sup> Ibid.

contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo

Penal.

**PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS A SUA MANUTENÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. PERDA DO OBJETO.**

1. Tendo o Juízo de primeiro grau concedido liberdade provisória ao paciente, constata-se a perda do objeto do presente writ quanto ao ponto.

2. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.<sup>797</sup>

E observe-se que, no corpo do acórdão, o relator, Ministro Jorge Mussi, admite ter mudado de posicionamento:

Embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes este Relator tenha se posicionado no sentido de que a inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato<sup>798</sup>, um aprofundamento no estudo dos institutos

---

<sup>797</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 240191/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/08/2012.

<sup>798</sup> Realmente, leia-se a seguinte ementa: “HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.” (Superior Tribunal de Justiça, HC n. 121.216/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 19/05/2009).

de Direito Processual Penal aplicáveis à espécie demonstrou a necessidade de revisão do aludido entendimento.<sup>799</sup>

E o “aprofundado estudo” o fez concluir se tratar de nulidade de caráter relativo e que, pelo sistema da instrumentalidade das formas, o ato praticado em desacordo com o modelo legal deve ser mantido se atingida a sua finalidade (ficando a declaração de invalidade condicionada à demonstração do prejuízo pela parte).

Adentrando no mérito do sistema acusatório, o Ministro considerou que o desrespeito ao modo estabelecido, com a inquirição direta das testemunhas, não prejudicaria o ato processual, pois sua finalidade teria sido cumprida:

Embora não haja dúvida de que a citada inovação legislativa tenha se aproximado do sistema acusatório, a iniciativa da inquirição das testemunhas diretamente pelo magistrado, por si só, não é capaz de macular o ato processual, já que a sua finalidade foi alcançada com colheita da prova regularmente submetida ao crivo do contraditório, não havendo ofensa, portanto, ao devido processo legal constitucionalmente garantido.<sup>800</sup>

E essa argumentação é embasada no posicionamento de Nucci:

a) qualquer dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar o outro como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. Um depoimento colhido por todos os atuantes na audiência, constituído por conteúdo irreparável, detalhado e rico em elementos para **apuração da verdade**, jamais merecerá ser anulado e refeito porque houve pretensa 'inversão' na ordem de inquirição, em particular

---

<sup>799</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 240191/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/08/2012. Fl. 06 do acórdão.

<sup>800</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 240191/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/08/2012. Fl. 07 do acórdão.



quando essa disputa advém de **texto de lei mal redigido, com dupla interpretação doutrinária** e sem envolver dano algum à acusação ou à defesa. (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 484/485.)<sup>801</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, tem adotado o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme exemplifica a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Pelo que se tem nos autos, não foi vedado à defesa nem à acusação inquirir diretamente as testemunhas. O juiz de primeira instância apenas afirmou, com base na sua interpretação do art. 212 do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei n. 11.690/2008, que deveria inquirir primeiramente as testemunhas.

2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

3. Recurso ao qual se nega provimento.<sup>802</sup>

Com efeito, a partir de tudo isso, é de se ver com descrédito referidos posicionamentos da doutrina e jurisprudência. Todos se intitulam favoráveis ao sistema acusatório, mas, na prática, não é o que desempenham ao não aplicar a literalidade do artigo 212.<sup>803</sup> A previsão da realização das perguntas diretamente pelas partes e só, depois, e apenas a título de complementação, pelo magistrado, foi uma avanço importante. Não perceber essa forma como direcionada ao sistema acusatório e o seu rompimento como um desrespeito a ele mostra-se inconcebível. Considerá-la um simples rito<sup>804</sup>, cuja não aplicação não geraria qualquer presunção

<sup>801</sup> Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 240191/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/08/2012. Fl. 09 do acórdão. Grifou-se.

<sup>802</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 113.382/DF, Rel. Ministra Carmem Lúcia, julgado em 25/09/2012.

<sup>803</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão)*, op. cit.

<sup>804</sup> Com relação ao rito, veja-se que, conforme Thums, “o rito processual deve representar um garantia ao acusado de que terá ao seu dispor todos os instrumentos de defesa e que não serão violados seus direitos fundamentais assegurados na Constituição e nas leis, retratados no princípio

de prejuízo (absoluto) também não se pode admitir. É claro que há violação ao princípio acusatório quando não seguido o artigo 212 do Código de Processo Penal, pois, nesse caso, a “letra da lei” se constitui na sua efetivação legal. E isso sem contar outros absurdos como considerar o juiz, em nosso país, uma participante ativo do processo, praticamente um caçador da verdade real... Impossível não se indignar.

### 3.4 CRÍTICA AO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA.

O instituto da delação premiada não é instrumento assim tão recente no direito processual penal pátrio<sup>805</sup>. No entanto, sua aplicação tem sido valorizada nos últimos tempos, momento em que verificamos, principalmente em casos de competência da Justiça Federal, a utilização frequente dessa prática nas situações em que está envolvida uma organização criminosa. Nesse contexto, sobre a prática comum do instituto, aduzem Coutinho e Rocha de Carvalho:

Tem sido comum, em processos onde as pessoas são acusadas por crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro, a utilização de um delator premiado, verdadeiro Joaquim Silvério dos Reis pronto a desmontar as mais profundas tramas em troca de alguns benefícios mais que indecorosos ilegais e inconstitucionais como, p. ex, a imunidade em relação a todos os crimes cometidos, onde se prometeria o não-exercício da ação penal em relação ao delator, algo escancaradamente contra a obrigatoriedade.<sup>806</sup>

Com efeito, é de ver-se que premiar aquele que colabora para o esclarecimento do crime, delatando os outros culpados, era expressamente reconhecido e regulado no antigo processo inquisitorial, como também o era, por

---

constitucional do *due processo of law*”. Assim, a forma que o rito assumirá, justamente, retrata o sistema processual eleito. (THUMS, Gilberto, op. cit., p. 181-182).

<sup>805</sup> Veja-se que, conforme Guidi, a sua primeira manifestação se deu nas Ordenações Filipinas (1603-1867), quando, no livro V, título XII, se dispunha: “E se a casa ou qualquer outra propriedade onde a moeda falsa foi feita não for do culpado no dito malefício, será outrosim confiscada, se o senhor dela ao tal tempo estiver tão perto dela e tiver com o culpado tanta conversação que razoavelmente se possa conjecturar que devia ser sabedor do tal delito; salvo se, tanto que no sito malefício for sabedor, o descobrir a nós ou a nossa Justiça, porque neste caso não perderá sua casa ou propriedade onde a moeda falsa for feita, pois não foi consentidor”. (GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada: no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 110-111).

<sup>806</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROCHA DE CARVALHO, Edward, op. cit., p. 78.

exemplo, na legislação de exceção italiana, dos anos oitenta do século XX, com relação aos colaboradores da justiça ou “pentiti”, como eram chamados<sup>807</sup>.

Nesse contexto, a delação premiada nada mais é do que o fato de um dos coautores da prática delitativa “entregar” os demais participantes, relatando a forma como se dava o esquema criminoso. Nas palavras de Guidi: “a expressão ‘delação’ origina-se de *delatio*, de *deferre*, que é usada em sua acepção de denunciar, delatar acusar, deferir”<sup>808</sup>. A partir disso, pela legislação brasileira, o delator receberá benefícios de redução de pena (de um a dois terços) ou mesmo de perdão judicial<sup>809</sup>. Conforme explica Ortúzar, o colaborador da justiça ou “arrepentido” (termos utilizados na legislação espanhola) é um membro ou ex-membro de uma organização criminosa que revela elementos que podem ser usados para a incriminação de outros integrantes da organização, ou para impedir o cometimento de novos delitos<sup>810</sup>. Assim, na linha desse autor, a possibilidade de recebimento do prêmio ou recompensa pela delação, para poder se efetivar, deve ser de vantagem superior para o interesse do delator, ao seu direito de “legítima obstrucción a la Justicia” (que le permite el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo)”<sup>811</sup>. Com isso esse direito premial não passa de um cálculo aritmético<sup>812</sup>.

Tendo-se em vista as novas e sofisticadas feições da criminalidade organizada, a delação premiada passou a ser vista como forma de estímulo à possibilidade de punição dos crimes praticados mediante concurso de agentes, de forma eventual ou organizada<sup>813 814</sup>.

---

<sup>807</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez. *El colaborador con la justicia*. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykibson S.L., 2004, p. 27-28.

<sup>808</sup> GUIDI, José Alexandre Marson, op. cit., p. 97.

<sup>809</sup> Nesse contexto, leia-se o teor dos seguintes artigos da Lei nº 9.807/99: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

<sup>810</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez, op. cit., p. 21.

<sup>811</sup> Ibid., p. 41.

<sup>812</sup> Ibid., p. 41-42.

<sup>813</sup> GUIDI, José Alexandre Marson, op. cit., p. 95.

<sup>814</sup> Veja-se que há autores que justificam a delação premiada para a busca de uma verdade real! É o caso de Fausto Martin de Sanctis, o qual assevera: “Por sua vez, a delação premiada passou a se

Além da redução da pena ou do perdão judicial, ao réu colaborador serão proporcionadas medidas que visam à sua segurança. Nesse sentido se dá o art. 15, da Lei nº 9.807/99<sup>815</sup>.

A delação premiada vem prevista em diversos instrumentos normativos. São eles: Código Penal (artigo 159, § 4º<sup>816</sup>, com a redação dada pela Lei n. 9.269, de 02.04.1996); Lei n. 7.492, de 16.06.1986 (artigo 25, § 2º<sup>817</sup>, acrescentada pela Lei n. 9.080 de 19.07.1995); Lei n. 8.072, de 25.07.1990 (artigo 8º, parágrafo único<sup>818</sup>); Lei n. 8.137, de 27.12.1990 (artigo 16, parágrafo único<sup>819</sup>, acrescentado pela Lei n. 9.080/95); Lei n. 9.034, de 03.05.1995 (artigo 6º<sup>820</sup>); Lei n. 9.613, de 03.03.1998 (artigo 1º, § 5º<sup>821</sup>); Lei n. 9.087, de 13.07.1999 (artigos 13 a 15<sup>822</sup>); Lei n. 11.343, de

constituir num instituto processual importante para apuração da verdade real quando a crença geral da total ineficácia da jurisdição penal para o combate da criminalidade organizada (certeza da impunidade) começou a ser arranhada com a coordenação das instituições de repressão e conseqüente aumento do número de prisões, investigações e condenações”. (MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro*. Teoria e prática. São Paulo: Millenium Editora, 2008, p. 124.)

<sup>815</sup> “Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

<sup>816</sup> “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

<sup>817</sup> “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

<sup>818</sup> “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

<sup>819</sup> “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

<sup>820</sup> “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

<sup>821</sup> “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

<sup>822</sup> “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na

23.08.2006 (artigo 41<sup>823</sup>)<sup>824</sup>, sendo que é na Lei nº 9.807/99 que se tem elencados os benefícios que podem ser concedidos ao delator.

No entanto, conforme Otúzar, mostra-se difícil a situação processual do “arrependido” que, por uma aparência de tratamento penal mais benéfico, renuncia ao seu direito constitucional se não se declarar culpado (e não produzir prova contra si mesmo), invalidando os mecanismos de defesa processual, sem que haja uma certeza de que vá receber um melhor tratamento penal, já que isso dependeria de uma avaliação discricionária sobre a sua colaboração.<sup>825</sup>

Em termos de prova, por ser coréu em ação penal, o delator não presta compromisso no momento de seu depoimento, motivo pelo qual o tratamento dado ao seu relato é o mesmo que proporcionado às testemunhas descompromissadas, ou seja, ele não possui o dever legal de dizer a verdade. Com efeito, em sendo coautor do delito, e optando por fazer a delação premiada, esse informante do Ministério Público terá interesse na incriminação dos demais réus para a obtenção de uma maior recompensa, podendo, inclusive, faltar com a verdade.

Nesse contexto, de acordo com Ortúzar, um dos principais problemas na admissão da “figura do arrependido”, está na valoração processual que se vai dar às suas declarações, com o que a delação carrega graves problemas probatórios. E por isso alerta o autor que não se pode identificar a declaração do delator com a de uma testemunha, pois o seu interrogatório é um meio de defesa que lhe permite não responder as questões que não queira, bem como mentir sobre os fatos; enquanto que a testemunha tem a obrigação de dizer a verdade, sob pena de responder por falso testemunho. Desse modo, o autor conclui que “la introducción en los ordenamientos jurídicos de la ‘figura híbrida del imputado-testigo’ abre las puertas al

---

recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.

<sup>823</sup> “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

<sup>824</sup> MARTÍN DE SANCTIS, Fausto, op. cit., 2009, p. 157.

<sup>825</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez, op. cit., 2004, p. 28-29.

peligro de la ‘degeneración del sistema probatorio’<sup>826</sup>. Nos ensinamentos de Muñoz Conde, muitos autores, inclusive, consideram que as declarações dos coacusados não podem ser consideradas prova, ou que, pelo menos, não possam ser consideradas no mesmo nível da prova testemunhal<sup>827</sup>.

Por esse motivo, o delator é ouvido como informante, deixando, portanto, de prestar compromisso, e sendo impossível, por isso, que responda por falso testemunho em caso de ter mentido. Por essa razão, não há qualquer garantia de veracidade do relato do delator. Nessa linha, nas palavras de Fernandes, Almeida e Moraes: “Os informes trazidos por quem colabora são sempre cercados de dúvidas quanto a sua veracidade e confiabilidade. O informante não presta compromisso por ser um dos acusados e, por isso, não comete falso testemunho”<sup>828</sup>.

Diante disso, o valor probatório das palavras do delator deve ser o mesmo da confissão, ou seja, seu acontecimento isolado, sem amparo em outras provas colhidas na instrução processual, não deve ser capaz de ensejar condenação criminal. Com efeito, de acordo com Vilas Boas, a confissão, quando se apresentar isolada, possuirá um valor relativo, devendo estar aliada a outras provas. Nas palavras do autor, “longe de ser a rainha das provas, como antigamente se professava, a confissão tem um valor relativo, e em muitos casos até muito reduzido”<sup>829</sup>. Do mesmo modo, para Gorphe: “Se cual fuere su nitidez, no hay que atenerse jamás y exclusivamente a una confesión sin confrontarla con otras pruebas que la corroboren, agregándole la objetividad faltante y que, en caso de retractación, la suplan”<sup>830</sup>.

Com efeito, na linha de Muñoz Conde, a declaração do delator não pode ser considerada uma prova constitucional e juridicamente válida para, isoladamente, fundamentar uma sentença condenatória contra os réus delatados.<sup>831</sup> Para o autor:

Personalmente, creo que darle valor probatorio a la declaración del coimputado en si misma, supone abrir la puerta a la violación del derecho fundamental a la presunción de

<sup>826</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez, op. cit., p. 29.

<sup>827</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 76-77.

<sup>828</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

<sup>829</sup> VILAS BOAS, Marco Antonio. *Proceso Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269.

<sup>830</sup> GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998, p. 201.

<sup>831</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal...*, op. cit., p. 82.

inocencia, y a prácticas que pueden convertir el proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la Policía y el Ministério Público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la incriminación (y condena) de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho. Por todo ello, reiteramos nuestra tesis inicial: La declaración del coimputado no es en si misma considerada una verdadera y auténtica prueba de cargo.<sup>832</sup>

Nesse sentido, no que tange à valoração das informações prestadas pelo corréu colaborador, Silva faz o seguinte alerta:

A valoração das declarações incriminadoras do co-réu é uma das questões mais controvertidas do procedimento probatório em face do crime organizado. Tal controvérsia decorre de dois aspectos que devem ser considerados pelo juiz quando da análise desse meio de prova: (a) o acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório; (b) está na situação de beneficiário processual e poderá figurar como beneficiário penal. A combinação desses fatores conduz à conclusão de que o co-réu pode colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente os demais acusados em troca dos benefícios previstos em lei (manutenção no sistema de proteção, cumprimento da pena em regime especial, concessão de perdão judicial, diminuição da pena). A cautela, portanto, deve estar necessariamente presente na análise das declarações do co-réu colaborador pelo juiz<sup>833</sup>.

Nesse contexto, não há dúvidas de que as informações prestadas pelo delator carecem de total confiabilidade. Seu interesse na condenação dos outros autores do delito, na medida em que poderá receber uma redução de um a dois terços da pena ou mesmo o perdão judicial, é evidente. Com efeito, conforme Ortúzar, não se pode contar que o delator tenha vivenciado uma “conversão interna” que o tenha feito passar por um momento de transformação de sua vida de “perversão delitiva para uma expiação de sua consciência impura”, impulsionando-o a, de uma forma altruísta, cooperar com o desmantelamento da organização criminosa da qual fazia parte. Como isso é praticamente impossível, o que se percebe no dia a dia é que dita colaboração ocorre “voluntariamente” após a prisão do sujeito, ou a após o início da investigação.<sup>834</sup> No mesmo sentido, para Muñoz

---

<sup>832</sup> Ibid., p. 88.

<sup>833</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145.

<sup>834</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez, op. cit., 2004, p. 30.

Conde, o acusado tem a tendência de se evadir da própria responsabilidade, ou ao menos tentar reduzi-la até limites mais suportáveis. Por outro lado, conforme o autor, sabe-se que é prática policial e judicial que se aproveite essa tendência do sujeito à delação, fomentando-a com ameaças e promessas, para fins de se conseguir condenações que, sem a delação, dificilmente seriam possíveis.<sup>835</sup> Também para Breda, há um discurso de defesa da delação premiada sustentado na nobreza do arrependimento do delator. No entanto, as delações públicas realizadas nos últimos tempos, especialmente no âmbito do Direito Penal econômico, ocorreram a partir de uma pressão psicológica sobre o investigado, sendo a maioria delas uma “coação moral”. Prisão preventiva do provável delator, medidas como bloqueio de bens e sequestro de valores são meios utilizados para pressionar o investigado a aceitar a delação, apresentada como única chance de manutenção de sua liberdade e preservação do seu patrimônio.<sup>836</sup>

A partir desse raciocínio, justamente por esses fatores, chega-se à conclusão de que os juízes e tribunais devem analisar com cuidado a prova produzida por meio da delação premiada, porque, nas palavras de Ortúzar, a possibilidade de “inculpar a personas que realmente no han participado en los hechos (o que lo a hecho con una relevancia distinta a la manifiestada por el declarante) no permite fundamentar una hipotética condena de un tercero sobre la exclusiva declaración del coimputado delator”<sup>837</sup>. Na mesma linha, aduz Muñoz Conde sobre a impossibilidade de se considerar as palavras do delator da mesma forma que um depoimento testemunhal:

En primer lugar, porque, como se deduce del art. 24.2 de la Constitución, ningún acusado está obligado a declarar contra si mismo, y, por tanto, si lo hace una vez que no puede negar su participación en los hechos y lo hace para inculpar a otros, no lo hace gratuitamente, sino buscando algún tipo de ventaja, o por motivos de ódio, resentimiento o enemistad hacia los que acusa, o simplemente por desesperanza, porque, como dice el refrán castellano, ‘ya perdidos, todos al río’.

En segundo lugar, porque el coacusado, a diferencia de lo que sucede con el testigo – precisamente porque no tiene ninguna

<sup>835</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 81.

<sup>836</sup> BREDÁ, Juliano. A Busca da Verdade no Processo Penal e a Delação Premiada. In: *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Cezar Roberto Bitencourt (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 461.

<sup>837</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez, op. cit., p. 167.



obligación de declarar – no puede ser acusado tampoco de falso testimonio, por más que se compruebe luego que sus declaraciones son falsas, así que diga lo que diga, lo hace na más absoluta impunidad.<sup>838</sup>

Vistos esses aspectos, não obstante a admissão de toda uma necessidade de cautela quanto à delação premiada, é de ver-se que se tem decidido pela impossibilidade, tanto pelo próprio réu quanto pela defesa, de acesso ao conteúdo do acordo de delação. Ou seja: é feito o acordo entre o corréu colaborador e o Ministério Público e os demais autores do delito não podem verificar o seu conteúdo<sup>839</sup>.

Essa prática tem sido, costumeiramente, aplicada por magistrados da Justiça Federal. A título de exemplo, leia-se a seguinte decisão:

Regularmente intimada para se manifestar, nos termos do art. 402 do CPP, a defesa requereu a juntada do acordo de delação premiada celebrado pelos informantes arrolados pelo Ministério Público Federal (fl. 880). Conforme entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 90688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski (Informativo 494), o sigilo é ínsito ao acordo em questão, inclusive por força de lei, não sendo dado aos delatados buscar informações sobre eventuais acordos entre acusação e delator. Assim, em regra, não há falar em acesso, por parte da defesa, aos termos de eventual acordo de delação premiada, de modo que indefiro o pedido. Intimem-se<sup>840</sup>.

Ainda, esse tipo de decisão tem sido confirmada por tribunais. Veja-se a seguinte ementa do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. DELAÇÃO PREMIADA. DEPOIMENTO JUDICIAL DO DELATOR. NULIDADE INEXISTENTE. VOTO VENCIDO. GESTÃO FRAUDULENTE. ARTIGO 4º, "CAPUT", DA LEI Nº 7.492/86. SUJEITO ATIVO. TERCEIRO ESTRANHO À ADMINISTRAÇÃO DA INSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CORRUPÇÃO ATIVA.

<sup>838</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal...*, op. cit., p. 77.

<sup>839</sup> Conforme Coutinho e Rocha de Carvalho, referidos acordos trariam as seguintes previsões: "a) o direito ao silêncio pode ser renunciado; b) a coisa julgada nunca fará efeito; c) o acusado é obrigado a falar a verdade (embora nele não se possa crer, ou seja, é um faz-de-conta que só serve contra os outros réus); d) renuncia-se as impugnações contra os processos em que o acusado for alvo; e) a publicidade do acordo o invalidará (impedindo até mesmo o juiz de o divulgar!); e, dentre outros f) o delator passa a ser imune à persecução penal pelos seus crimes cometidos". (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROCHA DE CARVALHO, Edward, op. cit., p. 82).

<sup>840</sup> Juiz Federal: Dr. Daniel Marchiori Barbosa, nos autos da ação penal n.º 20077100032302-0.

### EVASÃO DE DIVISAS. REDUÇÃO DAS PENAS. PRESCRIÇÃO.

O sigilo necessário à existência da delação e a seu conteúdo, em favor do agente delator, permite a oitiva deste como interrogado ou informante, conforme entendimento majoritário da Turma. Voto vencido que anulava o processo pela a omissão, no ato de inquirição, de informação à defesa dos demais réus de que o depoimento estava antecedido de delação.

(...) <sup>841</sup>

Entretanto, muito embora seja essa a linha de argumentação desenvolvida (como se viu na decisão do juiz de primeiro grau), a proibição de acesso ao acordo de delação premiada ao réu e à defesa técnica não encontra qualquer previsão legal. A partir de uma análise da Lei n.º 9.807/99, verificamos que, em seu art. 7.º, inc. VIII<sup>842</sup>, há a determinação de proteção e sigilo às vítimas e testemunhas, mas não ao corréu colaborador. Referido dispositivo se insere no capítulo I dessa lei, o qual prevê “Da proteção especial a vítimas e a testemunhas”. Além disso, existe, no capítulo II, as previsões legais atinentes ao réu colaborador (“Da proteção aos réus colaboradores”), nas quais não há menção ao sigilo, não se podendo estendê-lo ao delator.

Nesse contexto, o primeiro aspecto a ser observado quanto a essa negativa de acesso ao conteúdo do acordo de delação é a completa ausência de previsão legal desse sigilo. Portanto, a decisão da Primeira Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre se apresenta equivocada quando invoca o sigilo “inclusive por força de lei”. Em realidade, não há, em nenhuma das leis mencionadas anteriormente (as quais trazem a possibilidade da delação premiada), qualquer dispositivo apontando a necessidade de sigilo do acordo, com o que o seu impedimento de acesso pelo réu e sua defesa técnica constitui afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa. No que se refere ao segredo de referidos acordos, apontam Coutinho e Rocha de Carvalho:

A questão central é que, no Brasil, tais depoimentos são fundados em acordos firmados entre o MP e a defesa dos

---

<sup>841</sup> Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Apelação criminal n.º 2003.70.00.066405-7, Rel. Des. Márcio Antônio Rocha, julgado em 14/06/2011.

<sup>842</sup> “Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida.”

delatores, *inacessíveis no processo em que são usados*, conforme reiteradamente decidido, ao arrepio da determinação dos arts. 5º, LIV e LV, 93, IX, e 133 da CR. O caminho natural – legal e constitucional – seria a contestação perante os meios apropriados. Todavia, a fundamentação de tais acordos é secreta, não permitindo aos acusados, por eles afetados diretamente em suas defesas, verificar a própria *legalidade*.<sup>843</sup>

Nesse aspecto, outra questão importante é que a publicidade<sup>844</sup> dos atos processuais é regra geral de nosso ordenamento processual penal. Nesse aspecto, Zanoide aponta a importância de serem públicos todos os atos estatais:

Em um Estado Democrático de Direito, a publicidade dos atos de todos os Poderes do Estado é garantia sempre presente, porquanto primeiro passo para assegurar a legitimidade do atuar estatal.

Somente quando os cidadãos sabem, por meio da publicidade, “como”, “quando”, “por que” e “por quem” os atos estatais são produzidos, alcançando legitimidade interna e externa, estes passam a ser aceitos e respeitados por todos. Não há quem, na condição de cidadão, aceite atos públicos sendo produzidos de maneira sigilosa.<sup>845</sup>

---

<sup>843</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROCHA DE CARVALHO, Edward, op. cit., p. 79.

<sup>844</sup> Veja-se, nesse contexto, que um dos princípios que norteia o direito processual penal brasileiro é o da publicidade. Com efeito, a publicidade se apresenta como uma garantia do acusado e uma maneira de controle do Poder Judiciário. Leiam-se as palavras de Vilas Boas: “Já se foi o tempo dos julgamentos secretos onde ninguém sabia o começo, o meio e o fim. No sistema inquisitório, já visto, era possível guardar o sigilo absoluto dos atos processuais. No sistema acusatório, como o nosso, a publicidade é essencial, não só como teoria, mas também como uma segurança para o acusado. A publicidade é uma garantia extraordinária. Qualquer excesso da acusação pode acarretar um repúdio generalizado. Enfim, a publicidade é uma maneira de o povo fiscalizar sua própria Justiça, sabendo-se que as pessoas têm acesso ao prédio do Fórum e podem assistir às audiências, livremente, guardadas a incolumidade social e a conveniência pública, quando exigíveis nos casos especiais”. (VILAS BOAS, Marco Antonio, op. cit., p. 80-81). Além disso, ela se apresenta como um instrumento de legitimação do Poder Judiciário: “Tanto a publicidade, como a motivação, encontram sua maior justificação política na legitimação da função jurisdicional. O Poder Judiciário, em regra, como o brasileiro, não se nutre da legitimidade advinda de eleições populares, como ocorre com os poderes Executivo e Legislativo. Daí decorre serem a publicidade e a motivação das decisões os instrumentos de legitimação do Poder Judiciários, de modo a se tornar acessível ao público e a se submeter a controle social. (CASTANHO DE CARVALHO, L.G. Grandinetti. *Processo Penal e Constituição*. Princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2006, p. 200). No mesmo sentido, conforme Prado, “a eleição da publicidade como elemento comum e permanente do processo permite-nos chegar à conclusão de que, contemporaneamente, o próprio processo pode ser definido como procedimento público em contraditório. Reduzida a publicidade, fora dos casos expressamente previstos nas Constituições e nas leis (no Brasil, na Constituição da República), os atos processuais não estarão aptos a produzir efeitos jurídicos, sendo, por isso, inválidos”. (PRADO, Geraldo, op. cit., p. 159).

<sup>845</sup> ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: *Sigilo no processo penal*. Eficiência de garantismo. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

Por esse motivo, só se pode admitir a ultrapassagem desse princípio se estivermos diante de expressa previsão legal, o que, como se disse, não ocorre nos casos de delação premiada. Esse posicionamento tem sido adotado, de forma minoritária, e como voto vencido (infelizmente), pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal:

E o delator é sempre co-réu, é sempre co-agente. A lei trata de forma diversa a vítima, a testemunha – em relação às quais realmente impõe o sigilo – e o delator. Quanto ao delator, o diploma cogita de proteção que não chega ao sigilo, mesmo porque a persecução acabaria por revelar a respectiva identidade.

(...)

Entendo presente o interesse da defesa em conhecer não só aqueles que subscreveram o citado acordo de delação premiada como também o teor desta, visando mesmo à oposição quanto ao que asseverado na denúncia. O acordo não pode servir para a persecução criminal e ficar à margem do conhecimento da defesa.

Vou adiante para concluir que a delação premiada objetiva transparência maior, objetiva a elucidação de fato criminoso e, assim, o teor do que veiculado por um dos co-réus não pode ficar estranho ao processo criminal.

Concedo a ordem, portanto, em maior extensão. Ressalto, mais uma vez, que a regra é a publicidade dos atos públicos, mostrando-se exceção o sigilo, e, no caso, inexistente norma que o imponha quanto ao conteúdo do citado acordo ou quanto os pactuantes. A lei de regência prevê a proteção não de co-réu, mas de testemunha e vítima. O co-réu não guarda esta última qualificação ante a ordem natural das coisas. Também não se pode ser, ao mesmo tempo, partícipe do delito, como agente, e figurar, no processo-crime que venha a surgir contra co-réu, como verdadeira testemunha de acusação. Faço esta observação para afastar categoricamente a possibilidade de o teor da delação premiada ficar sob sigilo absoluto. É como voto na espécie.

(...)

Vou um pouco adiante: determino que se dê o conhecimento à defesa do conteúdo dos autos reveladores da delação premiada<sup>846</sup>.

Além disso, a necessidade de publicização do acordo de delação premiada, inclusive, é prevista pelos Tribunais Especiais da União das Nações Unidas. É o que explica Veríssimo de Carli: “No caso do Tribunal Especial para a antiga Iugoslávia e

---

<sup>846</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 90.688, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de março de 2008.

do Tribunal Especial para Ruanda, as normas exigem que o acordo de colaboração seja trazido ao conhecimento da Corte em sessão pública, tão logo houver sido concluído entre a acusação e o acusado<sup>847</sup>.

Ainda, cumpre-se apontar que o Habeas Corpus nº 90.688, apesar de se apresentar como um caso *sui generis* em todo um cenário negativo, pode ser o início de uma mudança de posicionamento. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de publicizar, pelo menos, o nome das autoridades que firmaram o acordo da delação premiada, naquele caso específico. Leia-se a ementa de referida decisão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA.

I – HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância.

II – Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado.

III – Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes.

IV – Writ concedido em parte para esse efeito<sup>848</sup>

Nesse contexto, muito embora se tenha reafirmado que o sigilo do acordo de delação premiada não pode ser rompido em virtude de definição legal (incorrendo no mesmo erro das decisões de primeiro e segundo graus antes abordadas), considerou-se deverem ser divulgados os nomes das autoridades que firmaram o acordo (muito embora somente pelo fato de recaírem suspeitas sobre elas).

Com efeito, não se pode admitir que não se possa conhecer os nomes das autoridades que firmaram o acordo com o delator. Isso porque elas representam o próprio Estado, e o Estado não pode estar escondido, camuflado. Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia, o Estado precisa “se dar a conhecer”:

---

<sup>847</sup> VERÍSSIMO DE CARLI, Carla. Delação premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando? In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 17. N.º 204. Novembro/2004, p. 17.

<sup>848</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 90.688, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de março de 2008.

Senhor Presidente, considero que foi preservado rigorosamente o conteúdo do objeto precípua da lei, que também é o objeto do acordo. E, ainda, o que poderia tisonar, de alguma forma, de nulidade ou, pelo menos, de fragilidade o instituto da delação seria o eventual delator – vamos chamar assim, na terminologia aqui adotada -, porque, na verdade, o que Vossa Excelência, Ministro Ricardo Lewandowski, está concedendo é uma ordem de habeas corpus, para que se assegure o conhecimento da autoridade, ou seja, de quem, em nome do Estado, assinou. E como acentuou o Ministro Marco Aurélio, que faço meu Professor nesta matéria agora de República, nesta nossa República tão pouca republicana e pública, é preciso que o Estado se dê a conhecer. Penso que as partes, as pessoas até não, mas me parece que realmente o que está sendo preservado aqui é quem do Estado assinou<sup>849</sup>.

Diante disso, vislumbra-se o início de uma discussão, no Supremo Tribunal Federal, sobre as condições em que tem sido feitos os acordos de delação premiada. Muito embora ainda se esteja distante de uma publicização do conteúdo desse acordo, pelo menos já se aponta uma luz no fim do túnel, no sentido de se pensar até que ponto é possível, em um Estado Democrático de Direito, impedir que o Estado “se dê a conhecer”. Realmente, a produção de prova coberta por mistério ou segredo não encontra adequação constitucional, assemelhando-se ao que ocorrida na investigação inquisitorial<sup>850</sup>. Bottini, ao escrever sobre a falta de regulamentação referente à negociação da delação premiada, alerta para a questão do acesso ao conteúdo do acordo:

Em primeiro lugar, quem pode ter acesso ao *acordo de delação*? É evidente que as declarações do *delator* devem ser juntadas ao processo e disponibilizadas aos corréus, para que sobre elas exerçam seu direito de defesa. No entanto, não está claro se estes demais acusados podem manusear o *acordo de delação*, seus termos, as autoridades que o firmaram, e os compromissos assumidos. As leis de *delação* não tratam do assunto.

O STF, nos autos do HC 90.688 (2008), reconheceu o direito do réu de saber quais as autoridades que participaram e firmaram o acordo de delação premiada com outro acusado, mas afastou a disponibilização do *conteúdo do acordo de*

---

<sup>849</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 90.688, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de março de 2008.

<sup>850</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 14.

*delação* por entender incabível seu acesso pelos demais réus.<sup>851</sup>

Conforme Breda, a acusação estará embasada em uma prova cujo método não foi contestado judicialmente, devido à obscuridade que se tem atribuído ao acordo, coberto por um sigilo absoluto, que torna ainda mais suspeita a regularidade de produção dessa prova.<sup>852</sup> De acordo com o autor, tal sigilo viola frontalmente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois, em suas palavras,

a defesa só é ampla e efetiva na medida em que se possa conhecer a acusação, as provas que a fundamentam e, sobretudo, a forma como foram obtidas, inclusive para averiguar a compatibilidade com o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou outras violações às regras constitucionais.<sup>853</sup>

A partir do que foi dito acima, percebemos que a proibição de acesso, pelo réu e por sua defesa, ao acordo de delação premiada tem sido frequentemente aplicada por nossos juízes e tribunais. Ocorre que, além da completa ausência de previsão legal dessa possibilidade, essa negativa de acesso viola os princípios constitucionais e processuais penais do contraditório, da ampla defesa e da publicidade. Além disso, prejudica a necessidade de imparcialidade do magistrado, haja vista que o mesmo juiz que homologou referido acordo será o prolator da sentença.

Nesse contexto, as garantias da ampla defesa e do contraditório estão intimamente vinculadas, na medida em que se pode dizer que uma proporciona a outra. Nesse sentido, conforme Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

Passando a especificar analiticamente tais garantias, a Constituição assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV, da CF). Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o

---

<sup>851</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada exige regulamentação mais clara. Disponível em <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>, acesso em 12/12/2012.

<sup>852</sup> BREDÁ, Juliano, op. cit., p. 464.

<sup>853</sup> Ibid., p. 464.

contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.<sup>854</sup>

Por esse motivo, inclusive se pode chegar à seguinte conclusão, conforme Castanho de Carvalho: “Contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice e versa<sup>855</sup>”. Ambos os princípios dizem respeito, nas palavras do autor, “à possibilidade de contradizer as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los”<sup>856</sup>.

A garantia da ampla defesa perpassa, necessariamente, pelo direito à informação (o que aqui interessa especificamente quando ao acordo de delação premiada). Nesse sentido, Tucci aponta o que ele chama de três realidades procedimentais da garantia da ampla defesa:

A concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör* (garantia de ampla defesa), reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação; b) a bilateralidade da audiência; e, c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida<sup>857</sup>.

Com efeito, esse direito a informações inicia na fase de investigação e perdura até a execução da pena, devendo abarcar todos os atos processuais. A garantia da ampla defesa será, assim, um pressuposto do devido processo legal. Nas palavras de Tucci: “É a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, também, umas das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, e especificada no processo penal em favor dos ‘acusados em geral’, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado”<sup>858</sup>.

A garantia da ampla defesa se relaciona à necessidade de se proporcionar ao investigado, acusado ou condenado, completo conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a imputação que lhe é feita. Nesse aspecto, segundo

<sup>854</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

<sup>855</sup> CASTANHO DE CARVALHO, L.G. Grandinetti, op. cit., p.141.

<sup>856</sup> Ibid., p.142.

<sup>857</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, op. cit., p. 148-149.

<sup>858</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, op. cit., p. 147.



Aroca, o conteúdo do “derecho de defensa o de audiência” se refere à possibilidade de as partes conhecerem todas as matérias de fato e de direito que possam influenciar no deslinde da causa. O autor separa, assim, as seguintes matérias:

1”) De hecho: cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la outra, se estaria ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión.

2”) De derecho: Así como los hechos en el juicio oral han de ser afirmados por las partes, los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial puedan haber sido aducidos por las partes o puedan proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*, pero en los dos casos las partes han de tener la posibilidad de aducir en torno a los mismos.<sup>859</sup>

A garantia do contraditório, nessa perspectiva, como se disse, está intimamente ligada à da ampla defesa. Com efeito, ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de rebater todos os argumentos lançados pela parte contrária. Nesse aspecto, somente a partir de se proporcionar o amplo conhecimento de tudo o que está contido no processo, é que será possível exercer o contraditório. Conforme Gomes Filho, “cada um dos antagonistas deve, assim, conhecer as posições e argumentos do outro, para poder contradizê-los”<sup>860</sup>.

Ainda, o princípio do contraditório se apresenta como de suma importância em matéria probatória. A defesa e o réu devem ter acesso (conhecimento e informação) a todas as provas produzidas pela parte contrária, para, posteriormente, rebatê-las. Nesse sentido explica Vallejo:

Aparte de la oralidad e inmediatez, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es outro principio esencial em la práctica de la prueba, al permitir a lla defensa contradecir la prueba de cargo. Com toda rotundidad, afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1998 que el principio de contradicción “constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías,

---

<sup>859</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Uma explicación basada en la razón. Valencia: Torant to blanch alternativa, 1997, p. 142.

<sup>860</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p.138.

para cuyo observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.<sup>861</sup>

Scarance, na mesma linha abordada, aponta como elementos do contraditório a informação e a possibilidade de reação. O autor ainda aduz a necessidade de possuímos um contraditório pleno e efetivo, explicando:

São elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Entre nós, tem-se, em regra, adotado noção clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que abrange esses dois elementos e define o contraditório como a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, assim, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.<sup>862</sup>

Por esses motivos, ampla defesa e contraditório possuem uma relação umbilical, sendo ambos pressupostos indispensáveis a um processo penal válido. Assim, conclui-se que a impossibilidade de conhecimento do réu e de sua defesa do conteúdo do acordo de delação conduz à afronta das garantias da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, não se pode negar que o impedimento ao acesso ao acordo de delação viola o direito de informação bem como impossibilita, conseqüentemente, que o acusado se insurja quanto ao seu conteúdo. Desse modo, ampla defesa e contraditório têm sido colocados de escanteio cada vez que se faz uso da delação.

Além disso, é de ver-se que o magistrado que homologa o acordo de delação premiada já está a aceitar os fatos delatados, maculando sua posterior decisão. Pior do que isso é o fato de, conforme Breda, estar-se a especular a respeito de possíveis participações dos juízes nas negociações do acordo,

---

<sup>861</sup> VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 21.

<sup>862</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 58.

sugerindo-os aos advogados. Segundo o autor, os juízes não concordariam com a sua impossibilidade de participação, mas também não assumem, oficialmente, seu papel na negociação. Não se conhece, assim, ao certo, a atividade jurisdicional nesse aspecto. Nas palavras do autor, “o magistrado que propõe ou induz alguém à delação já o tinha mentalmente condenado, antes mesmo do início da instrução, que, posteriormente, se revela uma farsa”<sup>863</sup>. O magistrado que obtém a delação e concede o benefício ao delator não possui imparcialidade para julgar os delatados. Com isso há uma violação à regra da separação das funções, pois, de acordo com Breda, “o magistrado, atuando na obtenção da delação, participa ativamente da conformação da acusação contra terceiros, que ele próprio julgará, minando todo o sistema de separação entre acusação e julgamento (...)”<sup>864</sup>. Isso porque o juiz, ao julgar o delatado, acabará por confirmar que a obtenção da delação e a concessão do benefício foram corretas<sup>865</sup>. Na mesma linha é o alerta de Bottini:

Outra questão controversa é a participação ativa do juiz na celebração do acordo. Há magistrados que intermediam as negociações entre Ministério Público e réu para a *delação premiada*, e outros que preferem o distanciamento, reservando-se a função de avaliar a extensão da colaboração, sua utilidade e eficácia, para decidir a amplitude do benefício. Também as leis silenciam sobre esse tema. Nos parece que, no sistema acusatório (ou acusatório misto), que se pretende aos poucos implementar no ordenamento pátrio, a participação do magistrado na colheita da prova afeta sua imparcialidade, de forma que seu envolvimento no acordo de delação é desaconselhável.<sup>866</sup>

Por tudo isso, conforme Choukr, as práticas inquisitivas apresentam valores fundamentais identificáveis com formas autoritárias, sendo meios que o legislador tem lançado mão no combate “ao caos e ao discurso da desordem”. Não se pensa mais em práticas de expiação física, mas se adota técnicas de dominação mais refinadas, como o emprego premial do Direito Penal, o qual retrata um retorno às práticas inquisitivas de colaboração. E isso apareceria camuflado pelo discurso de que “algo precisa ser feito”, tendente a transformar o sistema repressivo como um todo “em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais

---

<sup>863</sup> BREDA, Juliano, op. cit., p. 461.

<sup>864</sup> Ibid., p. 461-462.

<sup>865</sup> Ibid., p. 462.

<sup>866</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit..

devastadores”.<sup>867</sup> No mesmo sentido, para Breda, “o sigilo das negociações, o engajamento entre o julgador e o objeto da acusação e a obtenção de confissões contra terceiros relembram os principais postulados do sistema inquisitório”<sup>868 869</sup>.

O autor, concluindo, refere que o processo penal visa a uma decisão justa e legítima a respeito do fato imputado, o qual deve ser reconstruído levando-se em conta as limitações probatórias advindas das garantias constitucionais que o acusado possui. Desse modo, deve haver restrições às atividades cognitivas do juiz e à busca da verdade, o que demonstra que o processo penal não é reduzido a um mero processo de materialização da resposta estatal à criminalidade.<sup>870</sup> E por isso é preciso que se reduza a importância conferida à delação premiada no âmbito processual penal brasileiro, sob pena de, mais uma vez, estarmos adotando um método inquisitorial, conforme Breda, “modelo ao qual a delação serviu irrestritamente, pautando a resposta do estado em uma persecução parcial e interessada, divorciada de todo e qualquer respeito às liberdades individuais”<sup>871</sup>.

E para finalizar, leia-se as duras críticas feitas por Giacomolli ao instituto da delação premiada:

O paradigma ético de processo penal valoriza o ser humano, o outro, reflexo do eu, todos seres imperfeitos, com origem e fins certos. O Estado e sua ritualística, ao estimular a delação do outro ou as confissões contra os co-réus, com promessas de impunidade ou de benefícios penológicos, reconhece a sua incompetência em desvendar os crimes, corrompe e descaracteriza o humano.<sup>872</sup>

Por tudo isso, resta clara a aplicação problemática da delação premiada no processo penal, tendo-se em vista que, da forma como tem sido feita, através de um sigilo que desrespeita princípios constitucionais e o próprio modelo acusatório, por esses motivos, sequer poderia ser considerada uma prova. Além disso, a delação tem se mostrado relacionada à toda política criminal expansionista, haja vista que

---

<sup>867</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit.p. 43-44.

<sup>868</sup> BREDÁ, Juliano, op. cit., p. 464.

<sup>869</sup> Conforme relata Thums, na época da Inquisição, era comum o inquisidor fazer um sermão na missa advertindo aos fiéis de que todos deveriam denunciar os inimigos da fé cristã, preparando o povo para aceitação dos delatores, os quais estariam cumprindo um dever de fé para com a Igreja. Ao final, ele fixava um período de delação e perdão. Observe-se, ainda, que no procedimento inquisitorial que iniciava pela delação escondia-se do réu o nome do seu delator. (THUMS, Gilberto, op. cit., p. 219-221).

<sup>870</sup> BREDÁ, Juliano, op. cit., p. 466.

<sup>871</sup> Ibid.

<sup>872</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 14.

visa a chegar a resultados condenatórios a custo de garantias constitucionais, estando por detrás dela a busca da “verdade real”.

## CONCLUSÃO

Houve tempos em que o processo penal legitimava o uso de açoites, que o acusado era visto como um objeto para se chegar à verdade, obtida por meio da tortura (a qual levava à confissão, rainha de todas as provas) e que as punições eram feitas em praça pública para fins de expiação do réu e exemplo aos demais. Houve um tempo em que não se podia pecar, estando o pecado na negação dos dogmas da Igreja Católica e sendo o pecado identificado com o crime. Discordar ou negar a fé cristã era ser contrário à verdade, pregada pelos homens de Deus. Bruxas e hereges, todos mereciam ir para a fogueira. E se alguém soubesse de um pecado alheio, era bom que revelasse, e se o tivesse praticado com outro, era bom que delatasse, afinal, assim Deus poderia ser bondoso com esse arrependimento e permitir a aplicação de uma penalidade mais branda. Os crimes de heresia passaram a ser também crimes *lesae majestatis*, com o que o Estado também estava habilitado a realizar a punição. Tribunais Eclesiásticos e Tribunais Seculares. Processo secreto, ausência de defesa, um mesmo juiz inquisidor que investiga e julga. Nesse tempo, a pena era incutir dor física e morte, estando relacionada, como bem apontou Foucault, ao corpo do acusado. (Hoje carregamos o consenso de que a pena deve ser uma restrição de liberdade – nosso bem mais precioso, conforme tão bem arraigados ideais iluministas.) Nesse tempo tínhamos a Inquisição. O processo penal era utilizado como um método de manutenção do poder.

Nós não queremos mais esse tempo, bradamos em alto e bom som sermos favoráveis a um sistema processual penal acusatório. Somos evoluídos, afinal. Temos a separação entre os órgãos (acusador, defesa e julgador), devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, publicidade e imparcialidade do magistrado. Inúmeras garantias ao réu. O Projeto do novo Código de Processo Penal, inclusive, traz a determinação expressa de um sistema acusatório<sup>873</sup>. Definitivamente, ninguém quer o rótulo de advogado de um sistema inquisitório. Mas então por que nosso Código de Processo Penal e o Projeto de um novo, até hoje, preveem amplos poderes de ofício ao magistrado? Qual é a razão

---

<sup>873</sup> Conforme o artigo 4º: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

para considerarmos o “livre convencimento motivado” como adequado à avaliação probatória na decisão judicial? Por que não conseguimos aplicar o artigo 212 do Código de Processo Penal, o qual prevê a realização de perguntas diretamente pelas partes às testemunhas com apenas possibilidade de complementação pelo magistrado? Como somos capazes de aceitar a delação premiada, sendo o acordo feito em segredo, inacessível à defesa?

Eis a resposta: “Nós queremos a verdade, a buscamos, queremos que o magistrado a procure (um caçador de tesouros, a ser recompensado com a ampla aceitação de sua sentença). Um juiz que “lute contra o crime” (esse só pode ser um bom juiz). E a nossa verdade é condenatória. Não poderia ser diferente, afinal, vivemos na sociedade da insegurança, não? Sociólogos até a intitulam de Sociedade do Risco. Sim, nós temos razão. A mídia nos mostra isso todos os dias, faz pesquisas, entra nas nossas casas contando sobre os assaltos, roubos, furtos, estupros e assassinatos. Também nos mostra bastante degradação ambiental, degradação humana e todas as tragédias que possam acontecer nesse Planeta, por mais distante que tenham se passado. É por isso que precisamos de um juiz caçador, caçador da verdade. Não, não é a verdade de Deus, afinal, não cremos mais Nele. É a nossa verdade, a verdade de que “esse mundo está perdido” com tantos criminosos “à solta”. Eles deveriam, sim, ser punidos em praça pública. Aqueles eram bons tempos. Bons tempos foram também os da Ditadura Militar. Mas como não podemos mais voltar a eles, já que tantas garantias surgiram para atrapalhar o processo penal (e esses Direitos Humanos então, nem se fala!), precisamos, no mínimo, do nosso juiz caçador (claro que juntamente com um Ministério Público que faça seu trabalho de acusar a todos e com um polícia eficiente e dura). Somos favoráveis à pena de morte e à redução da maioria penal. Talvez isso vá nos fazer sentir mais seguros, porque nós temos medo. E temos urgência.”

Agora coloquemos a “mão na consciência”, reconheçamos esse discurso. Somos, na realidade, inquisitórios. O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, nem com as reformas realizadas em 2008, conseguiu abandonar a sua essência inquisitiva, a qual figura na gestão probatória pelo magistrado. Doutrina e jurisprudência, em sua maioria, concordam com os dispositivos legais e, ao mesmo tempo, como se fossem compatíveis, defendem um sistema acusatório. Consideram o nosso processo penal misto (meio a meio – uma fase inquisitória e outra

acusatória). Entretanto, ainda que não mais existam modelos puros (de acordo com as características históricas de cada um dos sistemas), não há como haver essa denominação “misto”, pois a essência da sistemática estará em um lado ou outro. E verificar a essência é verificar como se dá a gestão da prova. Gestão da prova com o juiz significa sistema inquisitório.

Temos um Código de Processo Penal e o Projeto de um novo que admite a iniciativa probatória, *ex officio*, pelo magistrado. Na mesma linha, doutrina e jurisprudência defendem esse juiz ativo, considerando que a prova deve ser produzida para o seu convencimento, na busca da “verdade real”.

No entanto, não é possível admitir que, em clara violação ao princípio da presunção de inocência, o juiz, na dúvida, procure a prova condenatória e depois ele mesmo a valere. Além disso, dita valoração vem calcada nos modelos da “livre apreciação da prova” e do “livre convencimento motivado”, os quais admitem uma decisão lastreada na vontade do magistrado, na sua consciência.

E quando finalmente assistimos a uma mudança legislativa que se dê no sentido de respeito ao modelo acusatório, como ocorreu com o artigo 212 do Código de Processo Penal<sup>874</sup>, ela não é aplicada pelos tribunais, sendo rechaçada por parcela da doutrina. A produção da prova testemunhal foi, finalmente, colocada nas mãos das partes (devendo elas realizarem as perguntas diretamente e somente depois, a título de complementação, o magistrado). Mas a velha prática continuou a ser mantida nas audiências, o que vem sendo aceito pelos tribunais superiores e parcela da dogmática jurídica.

Outra situação observada foi o instituto da delação premiada, o qual tem sido utilizado principalmente na criminalidade de cunho econômico, trazendo como principal problema o sigilo atribuído ao acordo, impedindo-se seu acesso pelo acusado delatado e sua defesa, proporcionando clara violação aos princípios da publicidade, contraditório e ampla defesa e, logicamente, ao princípio acusatório.

Não conseguimos nos libertar desses ranços, pois o que queremos são mais possibilidades de se chegar à prova condenatória e se punir os culpados. Esse é o

---

<sup>874</sup> “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”



ponto chave. E aqui entram os aspectos relacionados à política criminal expansionista.

O Direito Penal está em clara expansão, abarcando cada vez mais condutas, as quais passam a ser tidas como criminosas. Além disso, as penas estão se tornando mais severas (mais longas). Isso está ocorrendo por diversos fatores. Sem adentrar na questão de quais condutas mereceriam a repressão penal, a verdade é que o Direito Penal tem sido pressionado a se expandir. Como abordado, vivemos na Sociedade do Risco. Os avanços tecnológicos têm provocado, por um lado, maior conforto à vida humana, mas, por outro, maior insegurança, objetivamente falando. A globalização contribui para isso. Ainda, a mídia tem desempenhado importante papel frente à opinião pública. Ela realiza uma dramatização de casos criminosos, pois a tragédia é vendável. Além disso, os meios de comunicação formam a opinião pública, e seu posicionamento está sempre voltado à ideia de “mais Direito Penal”. Com isso, há uma clara sensação de insegurança, a qual, em realidade, não corresponde à insegurança real a que a população está submetida. Essa sensação é causada por diversos fatores, podendo ser citado o que Silva Sánchez chama de “aceleração das condições de vida”. A exigência de rapidez e a imensidão de informações alcançadas ao homem fazem com que ele se sinta perdido e inseguro. Esses fatores proporcionam o surgimento de um Direito Penal Simbólico, o qual está no fato de os políticos estarem preocupados em demonstrar à população que estão a cumprir suas exigências de endurecimento do Direito Penal, criando leis com a finalidade de agradar ao público eleitoreiro. Esses aspectos também proporcionam a criação de políticas públicas de Lei e Ordem e Tolerância Zero (advindas de exemplos norte-americanos), com forte repressão à criminalidade de rua, à criminalidade que salta aos olhos e incomoda. Há, assim, um movimento de criminalização da pobreza.

Tudo isso calcado em uma cultura emergencialista e de celeridade, a qual é transportada também ao processo penal. Para que todo esse engendrado esquema funcione, é necessário que o processo penal esteja apto a, facilmente, condenar. E por esse motivo as garantias processuais penais passam a ser consideradas entraves a esse “bom funcionamento”. Do mesmo modo, o sistema acusatório, o qual acolhe essas garantias, configura-se em contraditório e impede a gestão probatória pelo juiz, também é visto como um empecilho. Mas isso não é abertamente dito, pois ninguém se considera favorável ao sistema inquisitório

(apesar da concordância com os dispositivos do Código de Processo Penal que assim, em essência, tornam o nosso sistema). Portanto, temos um ranço inquisitorial e esse ranço não consegue ser desfeito pois queremos mais condenações, queremos mais Direito Penal e menos garantias. E, sim, queremos agradar à população (basta ver o direcionamento das decisões do Supremo Tribunal Federal).

Um sistema acusatório, na linha de Streck, não poderia admitir o “livre convencimento motivado”. O sistema acusatório não pode admitir essa liberdade ao juiz. Afinal, o fato de a decisão judicial ser motivada em nada muda, pois a motivação poderá estar na consciência do magistrado (“filosofia da consciência”), bastando que ele a externe em suas razões de decidir. O juiz não pode atribuir a valoração que bem entender às provas. Com isso se admite que ele primeiro decide e depois busca (caça) um porquê jurídico para a sua decisão. O *decisum*, de forma contrária, deve ser construído hermeneuticamente, a partir da análise de toda uma tradição, de acordo com a Constituição e com a prova (contraditoriamente) produzida nos autos, despidendo-se para tanto, dos pré-juízos que se carrega. A opção pelo modelo acusatório não está em uma simples escolha, mas no demonstrativo de toda uma construção histórica como sendo o ideal. Não se defende o sistema acusatório simplesmente porque se quer, mas porque a evolução histórica do processo penal assim aponta.

Além disso, é a efetiva existência de um contraditório, na linha de Alexandre Morais da Rosa, que vai garantir um processo penal constitucional (e acusatório). E isso se dará quando o contraditório não for entendido como uma simples oportunização de resposta a uma das partes, mas que ela se dê de uma forma contudente e em paridade de armas, sendo, após, analisada pelo magistrado verdadeiramente imparcial. E essa imparcialidade perpassará pela não gestão da prova pelo juiz, o que se vê descartado inclusive diante desse efetivo contraditório.

Com efeito, um sistema acusatório não pode admitir a gestão da prova nas mãos do magistrado. E nem uma delação premiada cujo acordo é secreto. Ora, segredo e busca de provas lembram a Inquisição. E não é isso o que queremos. Ou será que queremos veladamente? Assumirmos de vez um sistema acusatório implica o compromisso de reconhecermos todos esses fatores e nos posicionarmos realmente. Posicionarmo-nos e agirmos conforme esse posicionamento. É necessário, pois, conforme apontou Coutinho, uma mudança de mentalidade.

Por fim, e mais a título de desabafo, tudo perpassa pela forma como somos capazes de ver o outro. Se o enxergamos como um ser pior, considerando-nos superiores, desejaremos que a lei penal e processual penal lhe dê um tratamento mais rigoroso. E é a partir desse sentimento de superioridade do “um” em relação ao “outro” que se legitimam os discursos do Direito Penal do Inimigo e da Lei e Ordem, por exemplo. Esse “um” exigirá “mais Direito Penal” e se colocará “no lado do bem” na “luta contra o crime” (como se o mundo pudesse ser dividido entre bons e maus). E o Direito Penal, a ser aplicado em um processo sem muitas garantias, deverá ser dirigido a esse “outro”, buscando a verdade, sempre condenatória, da prática do delito. No entanto, no momento em que o “um” comete um crime e se vê diante do poder estatal de punir, aí a ele devem ser concedidas todas as garantias, afinal, ele estará sendo injustamente processado, já que o “lado bom” sequer mereceria passar por esse tipo de constrangimento.

Diante disso, somente a partir de uma mudança de visão de mundo (de visão de si e do outro), e com o entendimento de que todas as pessoas são iguais e por isso merecem o mesmo tipo de tratamento por parte do ente estatal, que se poderá compreender a essência e fundamento do Direito Penal e Processual Penal e, nos termos do que foi tratado nessa dissertação, desejar, verdadeiramente e em essência, um sistema processual penal acusatório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Coord. Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 241-287.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Uma explicación basada en la razón. Valencia: Torant to blanch alternativa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

\_\_\_\_\_. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

\_\_\_\_\_. *Globalização. As conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. Você tem medo de quê? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, nº 53, p. 267-378.

BELLI, Benoni. *Polícia, "Tolerância Zero" e Exclusão*. 28 de agosto de 2011. disponível em <http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>, acesso em 12/12/2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. *La sociedad del riesgo global*. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BEIRAS, Iñaki Rivera, LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: *Política Criminal y Sistema Penal*. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 219-254.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. Introdução e Princípios Fundamentais. Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993, p. 7-28.

BOITEUX, Luciana. Delitos Informáticos e Direito Penal Simbólico. In: *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Cezar Roberto Bitencourt. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 467-477.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada exige regulamentação mais clara. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>, acesso em 12/12/2012.

BREDA, Juliano. A Busca da Verdade no Processo Penal e a Delação Premiada. In: *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Cezar Roberto Bitencourt (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Dominguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds). Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luis, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollateralschadengesellschaft*. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Dominguez, Juan Antonio Gracia Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds.). Barcelona: Atelier, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Tradução de Rosa Nunes de Gresiel e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 299-322.

CASTALDO, Andrés. La concreción del «Riesgo Juridicamente Relevante». In: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Jesús-María Silva Sánchez (ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 233-242.

CASTANHO DE CARVALHO, L.G. Grandinetti. *Processo Penal e Constituição*. Princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

CHOURKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Volume 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do rio Grande do Sul, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. In: *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 1-37. Disponível em <[www.revistaampem.org.br/2005](http://www.revistaampem.org.br/2005)>, acesso em 11/10/2012.

\_\_\_\_\_. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giurffè Editore, 2000.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 12/12/2012.

\_\_\_\_\_. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n.1, p. 26-51.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROCHA DE CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, ano VI, abr./jul. 2006, n. 22, p. 75-84.

CUÉLLAR, Jaime; LYNETT, Eduardo Montealegre. *El proceso penal*. Fundamentos constitucionales del sistema acusatório. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo de. Direito Processual Penal. In: *Clássicos Jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão (1ª Ed 1974), 2004.

DEU, Teresa Armenta. *Principio acusatório y derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.

DULTRA DOS SANTOS, Rogério. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 213-231.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Ney Fayet Júnior, Simone Prates Miranda Corrêa (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 65-82.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: EdUnb, 1993.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoria del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez (et al). Madrid: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Criminalidade e Globalização. In: *Revista do Ministério Público*. Tradução de Eduardo Maia Costa. Lisboa, Ano 24º, Outubro-Dezembro 2003, nº 96, p. 07-20.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Apuntes de historia de las constitucionales. Apresentação de Clara Álvarez Alonso. Traducción de Maneul Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História das violências nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARCÍA, José Angel Brandariz García. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

\_\_\_\_\_. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Patricia Faraldo Cabana (Directora), Valencia: Tirant to Blanch, 2004, p. 15-63.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporânea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.

GRASSI, Fiorindo David. *Direito Romano Hoje*. Síntese da História e da Filosofia do Direito Romanista. Frederico Westfalen: Editora da URI, 1999.



GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*. Tradução de Manuel Martínez Neira Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Direito entre o Poder e o Ordenamento*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada: no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. Perspectivas de uma moderna política criminal. Tradução de Cesar Roberto Bitencourt. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, nº 8, p. 41-51.

\_\_\_\_\_. *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1989.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2006.

GUERRIEN, Marc. Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México. In: *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad*. Investigación interdisciplinaria del medio urbano. Celeste Arena, Gabriela Rodríguez, Pedro Fraile e Quim Bonastra (Eds.). Madrid: Dykinson, 2006, p. 93-116.

JAKOBS, Günter. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (Organização e tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19-50.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Concepto del Derecho Penal y de La Criminología, historia y legislación penal comparada. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: *Política Criminal y Sistema Penal*. Viejas y nuevas

racionalidades punitivas. Iñaki Rivera Beiras e Gemma Nicilás Lazo. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 219-254.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol I. Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Callego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal*. Vol 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MANDROU, Robert. *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII*. São Paulo: 1979.

MANZANERA, Luis Rodríguez. *Criminología*. México: Porruá, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium, 2001.

MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro*. Teoria e prática. São Paulo: Millenium Editora, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e o seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del consitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MELIÁ, Manuel Cancio. El Injusto de los Delitos de Organización: Peligro y Significado. In: *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 149-198.

\_\_\_\_\_. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-115.

\_\_\_\_\_. «Direito Penal» do Inimigo? In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli (Organização e tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51-81.

MIR, José Cerezo. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Lima: Ara Editores, 2007.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, jan/mar 99, p. 58-78.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. In: *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, n. 2, jul-dez. 2006, p. 219-233.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 313-336.

MULAS, Nieves Sanz. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. In: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003, p. 27-41.

\_\_\_\_\_. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 1-32.

NASPOLINI, Samyra Haidêe. Aspectos históricos, políticos e legais da Inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez. *El colaborador con la justicia*. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykibson S.L., 2004.

PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez. Política criminal e derecho penal. In: *Derecho Penal y Sociedad: Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro, Editora: *Lumen Juris*, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Montevideo: Editorial BdeF, 2008.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 325-338.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado. In: *Política Criminal, Estado e Democracia*. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81-128.

\_\_\_\_\_. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.

RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, Derechos Humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 213-241.

RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Política Criminal*. Madrid: Colex, 2001.

ROXIN. Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Maneul Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús- María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

SARAGOÇA DA MATTA, Paulo. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009, p. 261-280.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: *20 anos de Constituição. Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política*. Lenio Luiz Streck, Vicente Paulo Barreto e Alfredo Santiago Culleton (Org.). São Leopoldo: Oikos, 2009.

\_\_\_\_\_. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda, Gilson Bonato (Org.)*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 445-474.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Org. André Copetti, Lenio Luis Streck e Leonel Severo Rocha. Anuário 2005, n.º 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado e Unisinos, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito AM-DM (antes e depois do mensalão). *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>, acesso em 20/12/2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Coleção O que é isto?, Vol. 2, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, Juarez. Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública. In: *Derecho penal y política transnacional*. Silvina Bacigalupo e Manuel Cándido Meliá (Coord.). Barcelona: 2005, p. 305-318.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do Direito*. In: *A constitucionalização do Direito*. Anderson Vichinkeski Teixeira e Luiz Antônio Longo (Coord.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 31-50.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o Conceito de Princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VERÍSSIMO DE CARLI, Carla. Delação premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando? In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 17. N.º 204. Novembro/2004, p. 17, p. 16-18.

VILAS BOAS, Marco Antonio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Grascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General I. Buenos Aires: Ediar, 1987.

\_\_\_\_\_. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: *Sigilo no processo penal*. Eficiência de garantismo. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um Mapa dos Problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

### **Sites Consultados**

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br)

[www.senadofederal.gov.br](http://www.senadofederal.gov.br)

[www.braziliantranslated.com](http://www.braziliantranslated.com)

[www.terramagazine.terra.br](http://www.terramagazine.terra.br)

[www.revistaampem.org.br](http://www.revistaampem.org.br)

[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)

[www.braziliantranslated.com](http://www.braziliantranslated.com)

[www.historianet.com.br](http://www.historianet.com.br)

# **ANEXOS**



# Novo Hamburgo vive seu ano mais violento

Já são 83 assassinatos, 1,2 mil carros levados e uma onda de assaltos a comércio e residências

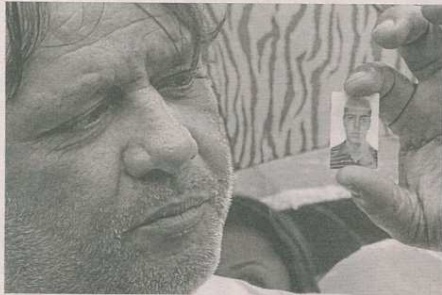


Em uma das maiores mobilizações pela paz em Novo Hamburgo, 1,6 mil pessoas enfrentaram a chuva de ontem à tarde e foram às ruas para pedir o fim da impunidade e um basta à violência. O manifesto foi organizado através das redes sociais após a execução de dois jovens na madrugada de domingo. A Brigada anunciou uma força-tarefa com 20 PMs para a área central da cidade. Páginas 4 e 5

Apreendidos 15 quilos de crack que seriam distribuídos no Vale Página 33



## ANEXO 2 – PRIMEIRA PARTE REPORTAGEM



TRISTEZA: pais dos jovens Nicolas Gottschald de Freitas e Bruno Zimmermann Kirsch participaram da manifestação e conversaram com o prefeito Tarcísio Zimmermann

### “Não quero vingança”, diz pai

A passeata, que estava com mais de três mil pessoas confirmadas pela rede social Facebook, foi prejudicada pela chuva. Mesmo assim, os organizadores consideram impressionante a mobilização mesmo em meio ao tempo ruim. Segundo a Guarda Municipal, foram 1,6 mil participantes. O trajeto de 1,5 quilômetro começou por volta das 16h30 na Rua Gomes Portinho e terminou uma hora depois na Prefeitura, com pronunciamentos de organizadores, familiares das vítimas do duplo assassinato e do prefeito Tarcísio Zimmermann. “Não quero vingança. Quero que a Polícia

prenda. Que isso não aconteça mais”, declarou o empresário Antonio Lucio Lopes de Freitas, 55 anos, pai de Nicolas Gottschald de Freitas, 20, executado com um tiro na nuca. “Nossos jovens não podem perder a vida assim. Eram meninos de família, que estavam no lugar errado na hora errada”, completou ele, com a foto do filho na mão. Carlos Fernando Kirsch, 50, pai da outra vítima, Bruno Zimmermann Kirsch, 22, morto com um disparo na cabeça, também pediu paz, assim como o prefeito. “Manifestamos nossa solidariedade às famílias desses jovens assassinados”, frisa Tarcísio.

#### ABAIXO-ASSINADO

Um abaixo-assinado pela paz e segurança foi lançado na passeata. “É para cobrar soluções com prazos definidos para providências. Queremos que seja estabelecido, por exemplo, quando teremos mais policiais nas ruas”, frisou a designer Luciana Raimundo, 38. “Queremos encadernar o material e entregar ao governador”, completou o representante comercial Carlos Henrique da

Rosa, 41. As irmãs Raíaela, 21, e Eduarda Dielenbach, 15, foram à passeata com um cartaz que mostra o sentimento delas: “Andar por Novo Hamburgo me dá medo”. Eduarda explicou que, no final do ano passado, ela e os pais foram feitos reféns de criminosos em casa. “Eu também já fui assaltado” era a faixa do empresário Maurício Pisol, 58, entre várias outras frases de pedidos por mais segurança.

Quinta-feira, 11.10.2012 | JORNAL NH

#### Imagens atestam trajeto

O delegado da 3.ª DP, Alexandre Quintão, revelou ontem que conseguiu imagens que atestam o trajeto do Vectra desde a abordagem aos jovens, na Rua Bento Gonçalves, Centro, até a área das execuções, no bairro Canudos, conforme relatado pelo amigo das vítimas que sobreviveu. “São

de câmeras de empresas, mas só mostram o carro. Não dá para ver nada dentro.” O rosto do retrato falado ainda não foi identificado. “Recebemos várias informações e checamos todas, mas nenhuma se confirmou.” O motivo do crime ainda é mistério. Informações: 8475-4596.



#### REFORÇO

Em resposta à criminalidade, o Comando Geral da Brigada Militar anunciou ontem que enviará a Novo Hamburgo uma força-tarefa de 20 policiais para o policiamento ostensivo na área central. “O grupo deve entrar em ação na cidade na próxima semana, por tempo indeterminado”, observa o comandante interino da corporação no Vale do Sinos, tenente-coronel Carlos Marques. Ele frisa que só policiamento não resolve. “É preciso tornar as leis mais rígidas, para que o criminoso cumpra a pena no regime fechado. Temos que acabar com esse prende-solta.”



ACIDENTE: Guilherme

#### Jovem morre a caminho da passeata

Um jovem de 20 anos morreu ontem, por volta das 17 horas, em um acidente na Avenida Capiwara, em Lindolfo Collor.

Guilherme Isoppo Leão, que dirigia um Gol preto, com placas de Novo Hamburgo, perdeu o controle e bateu contra um poste, informou a Brigada Militar de Ivoti, que atendeu a ocorrência.

Ele estava sozinho no veículo e morreu no local.

Amigos da vítima disseram que Guilherme estaria indo a Novo Hamburgo para fazer parte da manifestação por mais segurança no Município.

#### AS VÍTIMAS



Nicolas de Freitas



Bruno Kirsch

#### PROCURA-SE



SUSPEITO: retrato falado



## ANEXO 3 – SEGUNDA PARTE REPORTAGEM



**PASSEATA:** mesmo sob chuva intensa, 1,6 mil pessoas foram às ruas ontem pedir paz e segurança em um dos maiores manifestos da história de Novo Hamburgo

# 2012: o ano do medo

Novo Hamburgo contabiliza 83 assassinatos e mais de 21,4 mil ocorrências policiais

SILVIO MILANI

Oitenta e três mortos a tiros ou facadas, cerca de 1,2 mil carros levados por ladrões e o crescimento vertiginoso da indústria da extorsão contra vítimas de furtos e roubos de veículos fazem de 2012 o ano mais violento da história de Novo Hamburgo. Somete-se a isso a desenfreada onda de ataques ao comércio e residências. Em protesto, 1,6 mil pessoas enfrentaram a chuva, ontem à tarde, numa das maiores passeatas pela paz que o Município já viu. O estopim foi a execução de dois jovens na madrugada de domingo.

Nos números frios das estatísticas, o duplo assassinato gerou uma das 21.434 ocorrências registradas de janeiro até as 18 horas de ontem na Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento (DPPA). O aumento do movimento no órgão é um sintoma de que a segurança pública está doente. A projeção é que a DPPA feche o ano com mais de 26 mil boletins, superando em 2 mil o total de 2011. Considerando que as 3.ª e 4.ª DPs também recebem queixas de crimes, Novo Hamburgo deve terminar 2012 com mais



**FAIXAS:** população foi até a Prefeitura cobrar mais segurança na cidade

### EVOLUÇÃO DA VIOLÊNCIA



de 40 mil ocorrências. Média de 3,3 mil por mês para uma cidade de aproximadamente 250 mil habitantes.

Os investimentos privados em vigilância, escolta armada, câmeras de monitoramento e alarmes de última geração, além de muros e cercas elétricas, não são suficientes para suprir a segurança que o Estado deveria garantir. Os ladrões estão cada vez mais armados e ousados.

### RECORDE

No ano passado, a quantidade de homicídios deixou assustados os gestores da segurança pública. Os 83 casos eram o recorde histórico de mortes violentas em Novo Hamburgo, mas 2012 conseguiu ser ainda pior. Os 83 assassinatos de janeiro até ontem representam um crescimento de 36%. E, como a Polícia afirma que a maioria dos crimes está ligada às drogas, os números mostram a escalada do poder do tráfico. Os executados nem sempre são criminosos envolvidos em disputa por território. Muitas vezes são usuários condenados à morte por dívidas com traficantes.

