

Miguel Tedesco Wedy

**EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE OTIMIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO
PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS EM PROCESSO PENAL**



Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito

2011

Miguel Tedesco Wedy

**EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE OTIMIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO
PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS EM PROCESSO PENAL**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José de Faria Costa

Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito

2011

W393e Wedy, Miguel Tedesco
Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal / por Miguel Tedesco Wedy. -- 2011.
446 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito, Coimbra, PT, 2011.

Orientação: Prof. Dr. José de Faria Costa.

1. Direito penal. 2. Direito Penal - Legitimidade. 3. Direito Penal - Legitimidade - Eficiência. 4. Processo Penal - I. Título. II. Costa, José de Faria.

CDU 343.2

À minha mulher, Dani, a corajosa companheira que tudo enfrentou, e aos meus filhos, Antônio e Maria, o meu amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Os meus vivos agradecimentos vão aos meus pais, Delio e Irumar, paradigmas de amor e afeto. Aos meus irmãos e amigos, Gabriel e Ângelo. Aos meus avôs e avós. Especialmente ao meu avô, Garibaldi, do alto dos seus noventa e sete anos, por ter desbravado os caminhos do Direito, como exemplo.

Aos amigos e companheiros de Coimbra, Felipe e Andréia, Éder e Silvana, Fabio e Fernanda, Ângela da Silveira Espíndola e Márcia Morikawa. Obrigado pelo valor da amizade.

Ao Professor Doutor Antônio Carlos Nedel, também amante de Coimbra, pelos conselhos prudentes, pelas lições e pela valiosa convivência nas charlas de fim de tarde, marcadas pelo mate amargo.

Ao Professor Doutor André Luís Callegari, pela amizade autêntica, verdadeira e sincera, pela confiança, pela retidão, como também pelo incentivo constante na luta por um ensino do Direito mais sério e digno.

Ao Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila. Foi aquele que mostrou a clareira da floresta. Sem receios ou tergiversações. Nada escondeu. Franco, sério, leal. Gaúcho.

À Professora Doutora Silvia Larizza, pelo diálogo na *Università Degli Studi di Pavia*, quando da estada no *Collegio Ghislieri*. Ao Professor Doutor Kai Ambos, pela frutífera acolhida e por abrir-me as portas da *Bibliothek für ausländisches und internationales Strafrecht* da Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen. Ao Alberto Silva Franco, não só por me permitir a pesquisa no IBCCRIM, mas pela elegância e humildade, próprias dos homens de espírito elevado.

E, por fim, mas não por último, é preciso dizer que a impressão que tenho é a de que, um dia, quando a poeira do tempo já estiver assentada e tantas páginas e páginas já tiverem sido vencidas, quando olhar para trás, esse período de minha

jornada se imprimirá na memória como algo singular. E ficarão, então, as lições e as lembranças. E, então, avivar-se-á a memória para recordar o dia em que cruzei a Porta Férrea, o convívio com os colegas, as discussões nos cafés, a visão da janela de minha casa aos fundos da Sé Velha, na Rua do Cabido e, principalmente, ficarão a cultura e o talento de Aroso Linhares, a ponderação, a elegância do trato e o saber denso de Costa Andrade, a solidez, a inteligência e a hospitalidade de Gomes Canotilho, a verve, os apartes desconcertantes, a profundidade de Figueiredo Dias, a robustez intelectual, a fidalguia, a severidade acadêmica deste autêntico formador de Escola, António Castanheira Neves.

E, fundamentalmente, para sempre, ficará a sinceridade, o rigor, a erudição e o carácter do Mestre, cujo nome eu declino com autênticos apreço e admiração, José Francisco de Faria Costa, por tudo o que disse e pelo muito mais que não disse.

ÍNDICE GERAL

| | |
|------------------|---|
| INTRODUÇÃO | 9 |
|------------------|---|

PRIMEIRA PARTE

O ordenamento jurídico-penal, a globalização e o Estado pós-social: palavras necessárias

| | |
|--|-----------|
| 1 A SOCIEDADE DE RISCO..... | 27 |
| 1.1 O direito penal na sociedade de risco..... | 35 |
| 1.2 A solução do direito penal funcionalista mais extremado frente aos grandes riscos..... | 40 |
| 1.3 A solução da Escola de Frankfurt frente aos grandes riscos | 48 |
| 1.4 A solução para os grandes riscos a partir da redescoberta do axioma onto-antropológico da função penal..... | 58 |
| 1.5 Proposta intermédia entre a Escola de Frankfurt e a Escola <i>Conimbrigensis</i> . Os traços amplos de um caminho prudente para a ciência penal..... | 71 |
| 1.6 Dissonância de relevo: o tempo real da sociedade de risco e o tempo formal do direito penal..... | 78 |
| 1.7 Relacionar epistemologia da incerteza e direito penal: possibilidade ou quimera? .. | 86 |

SEGUNDA PARTE

A eficiência em direito penal. A superação da eficiência econômica e funcional pela concepção onto-antropológica do cuidado de perigo em direito penal

| | |
|--|-----------|
| 2 A EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 94 |
| 2.1 Benthan, Beccaria, utilitarismo e análise econômica do direito..... | 117 |
| 2.2 Críticas à eficiência da análise econômica e a prevenção geral negativa..... | 126 |
| 3 O FUNCIONALISMO DE ROXIN E A MISSÃO PRIMORDIAL DO DIREITO PENAL | |
| | 139 |
| 3.1 O funcionalismo de Jakobs e a missão fundamental do direito penal | 145 |

| | |
|--|-----|
| 3.2 A crítica de Castanheira Neves e o funcionalismo penal | 150 |
| 3.3 Da impossibilidade de se legitimar o direito penal pela eficiência funcional | 160 |
| 4 A MISSÃO DE PROTEÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS BENS JURÍDICOS MAIS RELEVANTES COMO ARRANQUE E PONTO DE PARTIDA DE UMA CONCEPÇÃO DE CIÊNCIA CONJUNTA OU TOTAL DE DIREITO PENAL | 171 |
| 4.1 Da possibilidade e necessidade de se entender a eficiência a partir da concepção matricial onto-antropológica de cuidado de perigo de Faria Costa..... | 182 |
| 4.2 O direito penal a partir da pena | 194 |
| 4.3 O direito penal a partir do ilícito-típico e de seu especial desvalor de resultado | 199 |
| 4.4 A eficiência como vertente necessária da função de proteção subsidiária dos bens jurídicos..... | 201 |
| 4.5 A busca da justiça e da paz jurídica como finalidades de um direito penal eficiente | 205 |
| 4.6 A eficiência em direito penal como otimização da legitimidade num contexto de unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal..... | 213 |
| 4.7 Para uma densificação de conceitos. A eficiência como mais um critério limitador da criminalização/descriminalização e da punição/não punição em direito penal, a partir da teoria onto-antropológica de Faria Costa | 215 |
| 4.8 A relação inarredável entre dogmática penal e política criminal num direito penal democrático e justo | 242 |

TERCEIRA PARTE

A repercussão da ideia de eficiência onto-antropológica sobre a legitimidade do ilícito-típico de perigo abstrato

| | |
|--|------|
| 5 A OFENSIVIDADE A PARTIR DA CATEGORIA DE CUIDADO DE PERIGO NOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO | 2501 |
| 5.1 Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado | 253 |
| 5.2 Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência..... | 256 |
| 5.3 Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco | 262 |
| 5.4 Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo de Faria Costa .. | 266 |

| | |
|---|------------|
| 5.5 Uma colocação sobre a eficiência como critério de acerto dos delitos de perigo abstrato a partir de cinco problemas reitores | 269 |
|---|------------|

QUARTA PARTE

A eficiência onto-antropológica e seus desdobramentos em processo penal

| | |
|---|------------|
| 6 A REPERCUSSÃO DA IDEIA DE EFICIÊNCIA SOBRE O PROCESSO PENAL | 298 |
| 6.1 Eficiência, garantias e justiça: uma hélice tríplice no direito processual penal | 305 |
| 6.2 Eficiência, ônus da prova, vedações probatórias e o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988..... | 316 |
| 6.2.1 Vedação da produção e utilização das provas ilícitas e derivadas das ilícitas em desfavor do réu e o art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro..... | 327 |
| 6.2.2 Vedação da produção e utilização de provas atentatórias contra o direito ao silêncio e o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988..... | 341 |
| 6.2.3 Vedação da produção e utilização de provas diretamente decorrentes de denúncias anônimas para fins de condenação criminal e o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. | 346 |
| 6.2.4 Vedação da produção e utilização da prova produzida por agente infiltrado ou encoberto e as leis 11.343/06 e 9.034/95..... | 352 |
| 6.2.5 Vedação da produção e utilização do agente provocador e a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal | 3579 |
| 6.2.6 Vedação da utilização de meios e exames invasivos de prova e os arts. 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal de 1988 | 362 |
| 6.2.7 Vedação da produção e utilização da delação premiada não espontânea..... | 367 |
| 6.2.8 Vedação da produção e utilização de meios de provas violadores da intimidade como <i>prima ratio</i> frente ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988..... | 373 |
| 6.2.9 Vedação da utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico para a aceitação da prova ilícita ou da prova ilícita por derivação em desfavor do acusado ou suspeito e o art. 5º, LVI, da CF/88 | 376 |
| 6.2.10 Vedação da produção e utilização de prova testemunhal sem devido processo e contraditório pleno à luz do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988 | 382 |
| 6.3 Eficiência, presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e os requisitos e fundamentos da prisão preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal | 385 |

| | |
|--|------------|
| 6.4 Eficiência, intimidade e interceptações telefônicas (Lei 9.296/96)..... | 397 |
| 6.5 Eficiência, imparcialidade do juiz, gestão da prova e art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro | 402 |
| CONCLUSÕES..... | 408 |
| BIBLIOGRAFIA | 413 |

INTRODUÇÃO

Qual a legitimidade de uma ciência penal sem uma eficiência mínima? E qual será essa eficiência? Essa inquietação, de longe, vem a nos assaltar. Poder-se-ia dizer: ela arrasta também o senso geral comum e uma certa moral popular. Não se trataria, pois, de um tema a merecer o aprofundamento de uma tese doutoral. Mas será assim?

Não pensamos dessa forma e, com isso, não podemos concordar. E, se assim entendemos, não o é por presunção ou vaidade. Mas por apreço à verdade e à necessária vinculação entre a ciência penal e um estudo percutiente sobre essa temática. Não que o problema da eficiência em direito nunca tivesse passado pelas preocupações dos cientistas. Por certo que uma preocupação assim afetou, ao longo dos tempos, os pensadores de nossa desgastada ciência prática. Porém, o que sempre se fez foi adotar um viés mais utilitarista e instrumentalizador sobre eficiência, seja para implementá-la sem reservas maiores, seja para descartá-la, como inexecuível ou ilegítima. Ambos, porém, são caminhos que não julgamos corretos para mensurar o que seria a eficiência, capaz de propiciar uma legitimidade maior da ciência penal.

Em razão disso é que se nos foi imposto, pela conjunção de circunstâncias e desassossegos autênticos e verdadeiros, esse problema que enfrentaremos.

De outra parte, poder-se-ia indagar sobre uma pretensa generalidade desse tema, que acabaria por desbordar pelos mais longínquos rincões da ciência conjunta do direito penal, enquanto uma tese doutoral deveria estar circunscrita a uma temática específica e concentrada. Aí também haveremos de discordar, ao menos em parte. De fato, uma tese deve ter e circunscrever um problema. Porém, existem temas que efetivamente acabam por afetar, por um desenvolvimento natural, coerente e necessário, outras searas. Vejamos quantos princípios afetam o direito penal e o processo penal? Pensemos na presunção de inocência, no direito ao silêncio, no princípio da proporcionalidade, na adequação social, por exemplo. Todos eles a afetar o direito penal e o processo penal.

Ademais, essa cisão absoluta dentro da ciência conjunta do direito penal, mormente no Brasil, é que vem apartando, em caminhos estanques, o direito material e o direito processual, para deslustro e diminuição de ambos e para a sua inegável perda de densidade e projeção.

Não nos parece, portanto, que enfrentar esse tema seja irrelevante e tampouco que seja fácil. Trata-se, sim, de deambular por um caminho sinuoso, porém necessário.

Como entender legítima uma ciência penal que não atinge os seus fins? Por outro lado, como aceitar a legitimidade de um direito penal eficiente que não respeita garantias fundamentais e que acaba por desbordar em uma expansão sem maior densidade?

Essa impressão - assim se impõe afirmar por enquanto -, essa impressão necessita, entretanto, de um correto aprofundamento. Um aprofundamento que arranque daqueles primeiros desafios tidos como essenciais para um direito penal do terceiro milênio.

A essencialidade desses desafios é premente, pois acaba afetada por algumas peculiaridades bem transparentes da atualidade: novos bens jurídicos de cariz coletivo, multiplicação de delitos de perigo abstrato, restrição de garantias para maior eficácia dos meios de investigação, aplicação da pena como meio de reafirmação da norma, um neopositivismo, apequenamento da ofensividade penal, ausência de novos critérios limitadores da criminalização e da punibilidade, funcionalização e instrumentalização da ciência penal, fragilização da ideia de pessoa humana etc.

Daí a necessidade de se lançar âncoras sobre a realidade atual das ciências penais, dentro de um contexto de uma sociedade de risco e de uma globalização complexa. E, a partir daí, vencer o trajeto que passa por entender o papel do direito penal numa sociedade de risco, em que há uma apreensão permanente a exigir maiores certezas e seguranças. Sem atentar para a realidade dessa sociedade de risco, suas apreensões, idiosincrasias, receios e esperanças, não se pode

alcançar, sequer, uma ideia de direito penal e de eficiência que se estruture minimamente. Por isso, a necessidade de se atentar para as peculiaridades de uma incursão dentro do contexto da sociedade de risco, num tempo histórico a exigir não apenas uma ação póstuma do direito penal, mas também um agir preventivo capaz de zelar por bens jurídicos ao mesmo tempo em que preserva garantias.

E, então, impõe-se também percorrer o caminho, um tanto aberto e genérico, de algumas escolas penais. Aqui, por certo, poder-se-á avaliar que a opção seria circunscrita, por avançar apenas sobre um funcionalismo mais duro e uma visão mais liberal da denominada Escola de Frankfurt. Porém, a nós nos parece que o caminho melhor, sem espinhos ou abrolhos, se dá é por uma conjunção de preceitos liberais já arraigados e outros preceitos, já trabalhados pela Escola de Coimbra, assim denominada por nós. Uma teia interligada de pensamentos, que acolhe diferentes matizes e que não verga a espinha, corrompendo um passado de conquistas garantistas, mas que, ao mesmo tempo, permite iluminar o futuro com os pés firmes numa realidade histórica que a ciência penal deve acompanhar, a fim de se não isolar da factualidade do mundo. Por isso, a necessidade de trilhar esse caminho, ainda que se faça isso não com o risco, mas com a certeza de uma inegável e invencível generalização.

Tudo isso ainda seria marcado por incompletude maior, caso se não enfrentasse o tema do direito penal em tempos de incerteza. Tempos esses que exigem até um “novo tempo” para o direito penal. Trata-se, pois, de uma incursão teórica em um tempo de incerteza e que pereniza inseguranças sociais, subjetivas e que fragiliza a noção de garantias. Um tempo do direito que se vê, em muitas situações, amalgamado com um tempo real da economia e da sociedade de risco, subvertendo um tempo qualificado que deveria ser o tempo do próprio direito penal. Não seria possível falar de eficiência em direito penal sem tocar nessas noções, que a afetam sobremaneira.

E, como decorrência dessas noções de tempo novo do direito penal e de incerteza generalizada, a preocupação com o enfrentamento de uma noção de eficiência que talvez seja a mais tradicional: a eficiência a partir da Escola da Análise Econômica do Direito e do Funcionalismo Penal mais endurecido.

A primeira, sem sombra de dúvida, revela-se uma construção dogmática e linguística que atingiu os mais altos valores em terras anglo-saxãs, alicerçando uma visão de eficiência com cariz economicista e utilitarista. Quase um lugar-comum em razão da popularidade que atingiu. Popularidade que faz a eficiência repercutir sobre os mais variados campos do direito, inclusive o direito penal. Daí a necessidade de análise desses postulados, em seus aspectos fundamentais. Assim, falar de eficiência em direito penal sem atentar para a análise econômica do direito seria fechar os olhos para um nicho de pensamento que levou a eficiência mais longe até os tempos de hoje, relacionando-a com a maximização da riqueza como um postulado de Justiça.

Daí também a necessidade de trabalhar a ideia da prevenção geral negativa da pena criminal, tão suscitada nesses campos da análise econômica do direito. A intimidação da pena, a sua diminuição ou o seu incremento para a contenção da criminalidade, como sinais irreversíveis da eficiência ou ineficiência penal. Não seria possível alcançarmos uma ideia razoável de eficiência em direito penal sem enfrentar essa questão, tão relevante para os defensores de uma visão economicista.

Contudo, para além da abordagem da análise econômica do direito, impôs-se também uma análise mais detida sobre o funcionalismo penal, mormente um funcionalismo que poderíamos apontar, apesar das críticas que certamente poderiam surgir, como mais radicalizado. E isso é importante em razão de esse pensamento ser, em nosso sentir, majoritário no atual contexto das ciências penais. Não se trata apenas de trabalhar um funcionalismo mais duro, de Jakobs, mas de entender, com seus méritos e limitações, um funcionalismo mais ponderado e, por conseguinte, mais forte e estruturado, de Roxin. Como falar em eficiência sem atentar para uma certa instrumentalização do direito penal decorrente de uma visão funcionalista? Uma instrumentalização que é também a da pessoa humana, colocada, inclusive, em dúvida na sua ínsita relevância e dignidade.

Só com certo domínio desses conceitos todos é que se poderia iniciar a estruturação de eficiência penal como ideia legítima e legitimadora. Uma estruturação que passa, em primeiro lugar, por anotar os pontos frágeis de certas

noções de eficiência antes referidas, principalmente pela crítica contundente e densa de Castanheira Neves. Uma crítica que não se esgota no espaço de sua própria individualidade, mas que ultrapassa, com fôlego muito largo, uma ideia de esfumaçamento da pessoa humana e de relativização de garantias, princípios e crenças fundamentais. Uma crítica que para nós é vigorosa e capaz de abrir caminhos para algo melhor.

Um algo melhor que trilha um caminho já aberto. E isso se impõe que não o neguemos. Em primeiro lugar, por uma evidência que a todos atingirá, a evidência de que o arranque da ideia de eficiência que buscamos se dá no espaço fundamental da proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes. Uma ideia que é cara por demais ao espaço da Escola de Coimbra.

Mas se impõe afirmar que esse não é único caminho já trilhado, pois percorremos também um espaço que, em tempos atuais de relativismo, se nos parece um espaço sereno de recolocação da pessoa humana na centralidade do problema penal. E, diga-se, a pessoa humana com seus direitos e deveres. Tudo isso que é, por evidente, uma preocupação de um pensamento onto-antropológico de direito penal. Um pensamento que acolhemos não como uma interesseira comodidade acadêmica, mas como sentida e vívida convicção de valores. Mas uma convicção, é bom que se diga, não reacionária ou ortodoxa, mas aberta à crítica e ao mundo da vida.

Por isso, a necessidade de se reconhecer que parte do caminho já foi trilhado. Mas, ressaltamos, o percorremos com consciência e desprendimento. Consciência de que assim o fizemos por entender que os tempos atuais estão a exigir a recolocação do homem na centralidade de nossa ciência prática, sem desprezar que tal fato se nos impõe atentar para direitos e deveres fundamentais, para a proteção de bens jurídicos, para a aceitação dos delitos de perigo abstrato, para o estabelecimento de critérios novos para limitação da criminalização e da punibilidade. E desprendimento, para compreender que um pensamento assim não pode ser e não é refratário e imune às críticas, mormente quando se discute o quase invencível problema dos fins das penas e das ideias de perdão e de anistia, bem como a justiça e a paz jurídica como fins do direito penal.

Mas esse caminho trilhado, depois de um tempo, bifurca também num outro trajeto, que em nossa visão ainda não foi aberto, ao menos nessa perspectiva que estamos a tratar.

E, dessa forma, observa-se a valia, para nós relevante e coerente, da abordagem sobre a construção de uma eficiência num pensamento assim. Será realmente possível estruturar uma ideia de eficiência em um direito penal que tenha, de fato, a pessoa humana na sua centralidade? E mais, uma ideia de eficiência que se relaciona com fins de há muito defendidos e aceitos? Uma ideia de eficiência que pode atuar como limitadora da expansão do direito penal?

A partir daí, pavimentado o caminho, caso isso se consiga, será imposta a observação sobre a repercussão de alguns tópicos sensíveis que ombreiam a eficiência, tais como a proteção dos bens jurídicos coletivos e a suposta antecipação de punição pela previsão dos delitos de perigo abstrato.

Para além disso, poder-se-á ver que o direito penal não pode ser entendido em sedimentos, mas como uma autêntica unidade de sentido, motivo pelo qual se imporá a capacidade de vislumbrar a correlação que se poderia estabelecer entre o fundamento, a função e a finalidade de um direito penal onto-antropológico, a partir de Faria Costa.

Também será uma consequência de uma visão assim o tratamento do delicado tema dos delitos de perigo abstrato, cada vez mais presentes nas globalizadas sociedades de risco da atualidade. Por isso, o necessário estudo das principais concepções acerca dos delitos de perigo abstrato, sejam elas funcionais ou não, a fim de se viabilizar uma construção congruente e equilibrada de garantias e de eficiência.

E, de outra parte, não se poderia trabalhar o relevante tema da eficiência como critério de otimização da legitimidade em direito penal sem reconhecer a sua importante interligação com o processo penal.

Uma abordagem que repele, conforme se referiu, uma separação absoluta,

uma cisão irreversível entre direito material e direito processual. Uma abordagem que deve indagar sobre a possibilidade de se falar de justiça, eficiência e garantias no processo penal, como numa unidade de sentido.

E, como se não bastasse, fundamental será enfrentar temas concretos e específicos que estão a afetar a eficiência da ciência conjunta do direito penal, tais como a profusão de prisões cautelares, de interceptações telefônicas, de violações da intimidade em nome da necessidade das investigações, bem como da profusão de mecanismos investigatórios e de obtenção de provas, além das inversões e vedações probatórias, sem a maior e devida atenção aos princípios e garantias fundamentais. Uma outra questão tormentosa que acaba por se ver sombreada pela eficiência e que ainda hoje nos parece carecer de um rol maior de segurança é aquela que diz respeito à atividade jurisdicional. Mais especificamente, diz respeito à independência e à imparcialidade da atividade jurisdicional, desgastadas pelo poder atribuído aos julgadores por sistemas processuais inquisitivos ou sistemas acusatórios com princípio de investigação, no instante em que dão ao juiz a gestão da prova processual, muitas vezes, turvando as linhas limítrofes entre acusador e julgador. Tudo isso num contexto em que se robusteceram, de forma exponencial, a função e os poderes da acusação.

Por certo que todas essas questões demandam juízo e cuidados pertinentes, ainda mais para evitar soluções ou sugestões desfocadas da realidade ou irrelevantes.

Pretendemos, pois, não apenas estudar o significado atual da eficiência, seus desdobramentos na dogmática, na política criminal e no processo penal, mas também atentar para a fragilidade dos posicionamentos atuais. Tudo isso sem a presunção da infalibilidade.

Eis uma questão que para nós de muito longe já apresenta relevância, pois envereda por uma crise que coloca em dúvida a legitimidade da ciência conjunta do direito penal e sobre ela repercute.

Uma crise, contudo, que nos impulsiona para a busca da estruturação de uma

noção que seja forte. Uma noção capaz de erigir uma eficiência robusta e veemente, capaz de não apenas se legitimar, mas também de ajudar, dentro das suas limitações, a legitimar o próprio direito penal, a partir do respeito intangível à pessoa humana e às garantias fundamentais, colocadas num patamar de centralidade e segurança jurídica.

É uma obra que julgamos relevante, por repercutir sobre aquilo que é essencial para a pessoa humana: a sua liberdade. Percorrida a estrada que se avizinha, acreditamos honestamente que poderemos encontrar um direito penal e um processo penal mais eficientes, não necessariamente mais duros, que acarretarão não apenas mais garantias, mas também maior legitimidade à ciência penal.

Poder-se-á, assim, vislumbrar uma ideia de eficiência como critério relevante para uma possível otimização da legitimidade em direito penal, em razão justamente do tratamento não estanque, mas correlacionado e integrado entre direito penal e processo penal.

Trata-se, pois, de uma empreitada que para nós é respeitável e altaneira, mas que, ao mesmo tempo, é complexa e quase inesgotável. Por isso, a compreensão de que o caminho que se vai trilhar nunca parece se esgotar, justamente pelo alcance qualificado da ideia de eficiência em direito penal.

Trabalhem, assim, nessa tentativa de edificar uma noção de eficiência que se apresente como um critério de otimização da legitimação do direito penal e do direito processual penal.

PRIMEIRA PARTE

**O ordenamento jurídico-penal, a globalização e o Estado pós-social: palavras
necessárias**

A crise que perpassa toda a ciência conjunta do direito penal (*gesamte strafrechtswissenschaft*) neste início de novo milênio, desde a política criminal, a dogmática e a criminologia, como também o processo penal, é deveras grave, pois afeta as garantias do cidadão e também as expectativas da sociedade acerca do problema da criminalidade.¹

E não é de hoje que se discute a restrição de garantias advinda de uma “neocriminalização” tendente a amainar a percepção social da criminalidade.² Tal problema se apresenta num contexto global, sendo mais candente e perceptível nas sociedades em desenvolvimento. É aí, nessas sociedades, que se pode observar, de forma clara e inequívoca, os entrecosques sociais mais palpáveis, geradores dos movimentos de criminalização e descriminalização.³

¹ Como disse COSTA ANDRADE, “difícilmente se encontraria marcador mais consensual para caracterizar a experiência jurídica contemporânea no domínio da justiça criminal do que a ideia de crise”. ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral).” In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 99. Também FERRAJOLI: “Os sistemas punitivos penais modernos se encaminham – graças às suas contaminações policialescas e à quebra, mais ou menos excepcional, das suas formas garantistas – para uma transformação em sistemas de controle sempre mais informais e sempre menos penais, de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal de nossa época. Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial e imperfeito”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 318.

² FARIA COSTA, já em 1992, em estudo apresentado no Colóquio Internacional de Direito Penal Econômico, salientava que “nem a necessidade de combater a criminalidade grave ou gravíssima pode potenciar a subversão de alguns princípios do direito penal comum europeu. E se não deve fomentar, muito menos deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (sociais, culturais, económicas, estaduais), de modo a que se consiga, isso sim, subverter a própria ‘cultura da corrupção’”. COSTA, José Francisco de Faria. “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 25, abr./jun. 2001. Também SILVA SÁNCHEZ: “La ciencia del Derecho Penal contemporánea tiene ante sí, como es sabido, dos retos fundamentales. Por un lado, debe hacer frente al fenómeno de la internacionalización y uniformización del Derecho Penal. Por otro lado, há de afrontar una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Retos científicos y retos políticos da la ciencia del derecho penal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, p. 33, out./dez. 2001.

³ Relevante trazer à baila a citação de FABIO D’AVILA, referindo Hassemer, acerca da incapacidade de penetração do discurso jurídico-científico germânico no espaço da elaboração das leis penais. Algo que também se nota, e de forma mais grave e contundente, nas sociedades em desenvolvimento, como o Brasil. D’AVILA, Fabio Roberto. “O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI. Entre a normatividade e a política criminal.” In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 69. Sobre o impacto das ciências penais em países de modernidade tardia, leia-se PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 52, p. 497-525, enero/dic. 1999. Sobre uma certa incapacidade de abertura da dogmática alemã para outros quadrantes, de forma incisiva, leia-se Kai Ambos. AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61-62.

Tudo isso agravado pelo fenômeno da globalização⁴, que, apesar de não ser novo⁵, seja qual for seu grau de impactação nas sociedades, é um fator transcendente que influencia, de forma decisiva, as políticas criminais.⁶

E a globalização vem produzindo efeitos essencialmente perversos na seara criminal⁷, com a conseqüente expansão de uma criminalidade que, não raro, possui um verniz transnacional, altamente danosa e prejudicial, que se caracteriza pela ausência de fronteiras, pela hierarquização e organização.⁸

⁴ Sobre o fenômeno da globalização e a criminalidade dos poderosos, por exemplo, leia-se o artigo de FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos." In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 235-277.

⁵ Desde a antiga Roma e, antes disso, com Alexandre, o Grande, a humanidade acompanha os fenômenos da mundialização. E, posteriormente, com os Reinos de Portugal e Espanha e a epopeia das navegações, que avançaram pelas Américas, África e pelas Índias. A colonização da América e da África também pode ser referida como um fenômeno de mundialização. Por fim, as décadas de 70, 80 e 90 do século passado alcançaram os mais notáveis avanços nas áreas das comunicações, da ciência e da tecnologia, que redundaram no enfraquecimento dos Estados e fronteiras nacionais.

⁶ Conforme GONZÁLEZ VIDAURRI, "La globalización económica y tecnológica está desintegrando los conceptos de soberanía, de territorialidad de la ley de los Estados nacionales que formalmente se ostentaban como modernos, eliminando las fronteras para el flujo de mercancías y de capitales (no de personas), y construyendo una legalidad transnacional para la creación de normas extra-nacionales", e prossegue, afirmando que é a própria Organização das Nações Unidas, com a Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico de drogas, que "está rompiendo los principios del derecho penal moderno e imponiendo como derecho lo que la modernidad consideró violatorio de garantías, como es la privación de la libertad por sospecha; la denuncia anónima, la intervención de las comunicaciones privadas, la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas y el comercio del derecho con los delatores, los arrepentidos y los testigos protegidos". GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia. "Globalización, post-modernidad y política criminal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, p. 16, out./dez. 2001. Além disso, a globalização econômica é uma das responsáveis pelo processo de inflação legislativa da atualidade, conforme SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Leitão; PEDROSO, João. "Os tribunais nas sociedades contemporâneas." *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 18, nov. 1995.

⁷ Para FARIA COSTA, "A criminalidade que se elevou a um estágio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento do ilícito. Bem ao contrário. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade econômica mistura-se com acusações de tráfico de drogas e de armas, prostituição, etc., não se sabendo qual é a actividade que deva ser considerada como preponderante. O que se nota - e é esse um elemento comum que todos estão de acordo em sublinhar -, é que um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário". COSTA, José Francisco de Faria. "O fenômeno da globalização e o direito penal econômico." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 13, abr./jun. 2001. O fato é que não se pode conceber, por exemplo, o tráfico de drogas (em geral um grande impulsionador da criminalidade violenta e da criminalidade patrimonial) sem estabelecer uma direta correlação com a criminalidade transnacional, que lhe propicia o apoio e a subvenção decisiva.

⁸ Conforme FRANCO, "A criminalidade econômica, a criminalidade das drogas, a criminalidade ecológica, a criminalidade organizada etc., enfim os crimes *of the powerful*, dependem, em face das várias fases de sua operacionalidade, de um número elevado de ações delituosas, que podem até ser devidamente caracterizadas; no entanto, enquanto expressão da criminalidade montada na base de um sistema reticulado, não se sabe, ao certo, o lugar da realização nem se mostra descomplicada a identificação de seus autores. A inexistência de um Estado Mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham *do jus puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de órgãos com legitimação para o exercício do *jus persequendi* e a falta de concretização de tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades de enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização", e continua, asseverando que "se nenhum adequado equacionamento for adotado para o controle da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um Direito Penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do Direito Penal de um Estado constitucionalmente democrático". FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos." In: PODVAL, Roberto

Assiste razão à Ferrajoli quando refere que um dos efeitos mais perversos da globalização tem sido o desenvolvimento sem precedentes de uma criminalidade internacional e planetária.⁹ O retrato dessa delinquência global é a organização e a subsidiariedade, a internacionalização e o poder extremo de determinados grupos, notadamente os poderosos, os grandes causadores da inflexão econômica mundial.¹⁰ O contributo que a expansão e a mundialização das operações bancárias bem como o crescimento acelerado do comércio mundial trouxeram foi inegável para a estruturação dessa nova realidade.¹¹

Assim, muitos desafios se apresentam à ciência penal hodierna, especialmente quando se trata da eficiência do direito penal e do processo penal para resolver muitos dos problemas apontados, além de inúmeros outros nódulos de complexidade cotidianos na seara das ciências criminais.

E tais desafios se apresentam num contexto em que o direito penal perdeu a sua consciência tranquila, para lembrar Radbruch¹², num contexto de falência do Estado Social e de alvorecer de um novo Estado¹³, de caráter Pós-

(Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 256-258. Na mesma linha, caracterizando a corrupção, o crime organizado, o tráfico de drogas e o branqueamento de dinheiro como a grande criminalidade dos tempos atuais, SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Leitão; PEDROSO, João. "Os tribunais nas sociedades contemporâneas." *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 22, nov. 1995.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. "Criminalità e globalizzazione." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 79, jan./mar. 2003. FERRAJOLI ainda salienta que a criminalidade globalizada de hoje não é aquela velha criminalidade de subsistência, mas uma criminalidade do poder, referindo que esta criminalidade do poder pode ser distinguida em criminalidade organizada, criminalidade do grande poder econômico e criminalidade do poder público, "Da un lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro lato i crimini del potere, sai economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali". *Ibid.*, p. 81.

¹⁰ E é de se afirmar isso no instante em que não se sabe ainda a repercussão total da crise econômica mundial deflagrada a partir de setembro de 2008. Acerca da repercussão da globalização sobre a criminalidade: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 69, 1998. Para SILVA SÁNCHEZ, o Direito penal da globalização e da integração supranacional será um Direito menos garantista, em que se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Daí a afirmação do autor espanhol de que "El Derecho penal de la globalización no es derecho penal" e a alternativa de um "direito penal de duas velocidades". *Ibid.*, p. 71.

¹¹ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 43. Se tudo isso é verdade, verdade também é que a globalização do comércio e das atividades financeiras não deve ser "demonizada", mas, antes, de forma mais centrada, deve ser compreendida dentro do seu contexto histórico.

¹² RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 107.

¹³ Sobre a crise do Estado Social e a necessidade de uma nova visão, ver MORAES, José Luís Bolzan de. "O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade". *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 83, Separata, 2007, p. 569-590.

Social¹⁴, de cariz mais regulador e com um caráter interventor mais pontual, preocupado com o controle dos grandes riscos¹⁵, mas sem ameaçar o franco desenvolvimento da sociedade, das pessoas humanas e da economia.¹⁶

O fato é que os desafios de nossa ciência prática não de ser enfrentados num espectro de globalização, fenômeno irreversível e inexorável, como se vê na atual crise de escala planetária.¹⁷ E, sendo assim, com razão está Faria Costa – todo comportamento, seja individual ou coletivo, hoje está dentro do paradigma da

¹⁴ Para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA LEITÃO MARQUES e JOÃO PEDROSO, as manifestações sobre a crise do Estado Social são conhecidas: “incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores as condições para a financiar (ex: quanto maior é o desemprego, mais elevado é o montante dos subsídios do desemprego, mas menores são os recursos para os financiar uma vez que os desempregados deixam de contribuir); a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio que lhes permitem funcionar com elevados índices de desperdício e de ineficiência; a clientelização e normalização dos cidadãos cujas opções de vida (de actividade e de movimentos) ficam sujeitas ao controle e à supervisão de agências burocráticas despersonalizadas”. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Leitão; PEDROSO, João. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas.” *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 16, nov. 1995.

¹⁵ Correta a assertiva de FÁRIA COSTA, ao referir que o homem sempre viveu em risco, mas hoje, mercê do exponencial crescimento desses riscos, vive numa “sociedade de riscos”, para seguir a assertiva de BECK, Ulrich. “A linha. (algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de bio-ética).” In: COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 33. Também para LUHMANN o problema da incerteza existe desde sempre. LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 16.

¹⁶ A crise econômica mundial, aprofundada a partir de setembro de 2008, fragilizou sobremaneira a racionalidade de índole neoliberal preponderante nos últimos anos. Verifica-se, por conseguinte, que o absentismo do Estado na regulação dos mercados e, inclusive, na intervenção direta e frontal da economia em determinadas circunstâncias foi capaz de acarretar efeitos danosos, profundos e severos em escala mundial. A tal ponto que tem sido necessária uma volta ao pensamento de John Keynes, a fim de permitir uma intervenção estatal na economia com o intuito de impedir uma depressão mundial mais acentuada.

¹⁷ Por mais que se agudize a crise econômica mundial, o avanço sem par dos meios de comunicação e do comércio tornam o intercâmbio mundial uma realidade inafastável, ainda que oscilante. Assim, é irresponsável que qualquer investigação no atual momento será feita, para usar uma expressão cara a FÁRIA COSTA, dentro do “paradigma da globalidade” (COSTA, José Francisco de Faria. “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 10, abr./jun. 2001). Nesse panorama, ter uma visão equilibrada sobre o crime globalizado é fundamental. E preciso, portanto, “tentar perceber o fenômeno da criminalidade transnacional, não como um qualquer bizarro fenômeno social, mas antes como uma decorrência da própria idéia da globalização. Perceber este fenômeno, não como exaltação de uma visão conspirativa da história da sociedade, mas antes como actuação racional de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia” (Ibid., p. 16-17). Para uma visão positiva e otimista sobre a globalização, com as múltiplas oportunidades que ela está a criar aos indivíduos e, em especial, aos países em desenvolvimento, leia-se FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma história breve do século XXI*. 2. ed. Lisboa: Actual, 2006. Contra: David Nelken, para quem “parlare della globalizzazione come di qualcosa di inevitabile è spesso un pretesto o una tattica per guadagnare risorse, per favorire una scelta politica o un'altra, oppure - che frequentemente è la stessa cosa - per stringere alleanze con uno o un altro attore o gruppi di attori nazionali e internazionali”. “Finché la globalizzazione si definisce non semplicemente o non sempre come un processo incontrollabile, mas anche come una strategia o come una tattica che viene perseguita da determinati attori politici ed economici, vi sarà sempre qualche spazio per resistere o per sviluppare strategie alternative”. NELKEN, David. “Globalizzazioni del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi.” *Dei Delitti e Delle Pene, Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, ano 5, n. 2, p. 90, magg./ag. 1998.

globalização, inclusive o comportamento criminoso, mormente aquele que se liga ao direito penal secundário - de forma que não se poderia pretender uma incursão acerca do tema sem considerar a relevância da globalização.¹⁸

Por mais críticas que possam ser dirigidas ao processo de globalização e ao fenômeno de enfraquecimento do Estado Social, o fato é que o direito penal terá também de se adequar a uma nova realidade, ainda incerta e fragmentária.¹⁹

Nas palavras de Figueiredo Dias,

torna-se indispensável pois, neste tempo pós-moderno, uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política. Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma *chance* razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne *sujeito comum da responsabilidade pela vida* [...]. Assim, pois, ao direito penal não pode negar-se a sua quota parte de legitimação (e de responsabilidade) na protecção das gerações futuras. Reconhecê-la, porém, implica que vejamos com a justeza e a modéstia possíveis o que dele pode e deve esperar-se.²⁰

¹⁸ COSTA, José Francisco de Faria. "O fenômeno da globalização e o direito penal econômico." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p.10, abr./jun. 2001.

¹⁹ Sobre "o Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo", leia-se FÁRIA COSTA ao asseverar, em texto com o mesmo título, com absoluta exatidão, que "se vê a fundamentação e a defesa de um espaço livre do direito (Rechtsfreiraum) como um corolário da ideia de que a regulamentação jurídica se deve circunscrever ao essencial e, em caso algum, ao acessório da condição humana. Porém, jamais se poderá perder de vista a valoração de que a essencialidade pressuposta haverá de ter sempre uma irreduzível dimensão ético-social, pois, se o essencial é determinado pela incondicionalidade de uma autónoma manifestação do ser-diferente, aí não deve penetrar a luz reguladora do direito. Mais do que uma mera construção teórico-explicativa, uma tal forma de perceber o sentido das coisas antolha-se-nos como afirmação de um pressuposto de fragmentação mas, de igual modo, como salutar barreira para a dignificação do próprio direito. A decepção que acompanha a banalização que a intensa actividade legiferante introduz na consciência colectiva tem de ser compensada pela caracterização de outras formas de perceber, legitimar e criar o jurídico. A fragmentaridade afigura-se-nos, assim, não mera representação teorética de uma fenomenalidade superficial, mas antes impõe-se-nos como cânone compreensivo da regra hermenêutica da apreensão global. E cânone compreensivo porque se é figuração do real verdadeiro e construído que nos envolve na sua historicidade não é menos, de igual passo, manifestação racionalmente apreensível do ser-aí-diferente". COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia e alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 21 e 26.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. "O papel do direito penal na protecção das gerações futuras." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 73, 2003. p. 1123 e 1128. Para tanto, ainda seguindo os passos de Figueiredo Dias, seria necessário superar os caminhos da razão técnico-instrumental "e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico que preside à função penal, produtor de uma imagem do Homem com ser-com e ser-para os outros. Nisto reside a melhor protecção que o direito penal pode oferecer às gerações futuras, sem que para tanto precise renunciar ao (ou modificar o) paradigma estabelecido pela modernidade." DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 158-163 e 184-185.

Como o Estado Pós-Social irá manejar o direito penal, o processo penal e, fundamentalmente, como irá manejar a “ideia de eficiência” e “com eficiência” a forma mais moderna de intervenção penal na seara econômica e social, a técnica do cuidado de perigo, são questões que ainda não foram completamente respondidas e se encontram em aberto, ao alvedrio do choque ideológico, dogmático e político criminal dos tempos atuais.

Por conseguinte, a questão acerca da adequada, eficiente e limitada utilização do direito penal, do direito processual penal e da técnica de cuidado de perigo para a tutela da ordem secundária e também da ordem penal em geral é relevantíssima para o delineamento de um Estado Pós-Social com perfil democrático e constitucional.²¹ Parece difícil aceitar, nesse contexto, que uma ciência conjunta do direito penal sem eficiência tenha legitimidade.

Mas não se pode esquecer de que hoje há inúmeros mecanismos de controle dos riscos sociais para além do direito penal, de forma que a eficiência da ciência penal, em certas situações, poderá ser até a sua não incidência, o que lhe preservaria credibilidade e legitimidade.²²

²¹ Compartilhando a mesma opinião, HASSEMER, para quem o direito penal moderno tem abusado da utilização exagerada do ‘perigo abstrato’, que embora fosse utilizado no Direito Penal clássico, sempre constituiu exceção.” HASSEMER, Winfried. “Perspectivas de uma moderna política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 46, out./dez. 1994.

²² Em sentido semelhante, FERRAJOLI, Luigi: “E’ infatti evidente il nesso indissolubile tra diritto penale minimo, garantismo ed efficienza. Solo un diritto penale sburocratizzato, limitato quale extrema ratio alle sole offese a diritti e a beni fondamentali può infatti assicurare il rispetto di tutte le garanzie e insieme il funzionamento e la credibilità della macchina giudiziaria.” FERRAJOLI, Luigi. “Criminalità e globalizzazione.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 87, jan./mar. 2003. Também SWAANINGEN, René van: “Os advogados criminais ainda parecem acreditar mais que o caos e a anarquia da sociedade será completo se a lei não estiver presente. Dados empíricos, entretanto, não apóiam a idéia de que a lei criminal teria qualquer posição central no processo de controle do crime”. SWAANINGEN, René van. “Controle do crime no século XXI: analisando uma nova realidade.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 106, jan./mar. 2003. E ainda os estudos do economista de Harvard e professor da Universidade de Chicago, STEVEN D. LEVITT, acerca da relação entre a legalização do aborto e a queda vertiginosa da criminalidade nos Estados Unidos, durante a década de 90, que tiveram ampla repercussão nos meios acadêmicos americanos: “Quem quer que tenha vivido nos Estados Unidos no princípio dos anos 90 e que prestasse alguma atenção aos noticiários da noite ou às notícias dos jornais diários tinha muitas razões para andar assustado até a medula. A culpa era do crime. E de repente, em vez de crescer cada vez mais intensamente, a criminalidade começou a cair. E a cair cada vez mais. A queda da criminalidade era espantosa, nos aspectos mais diversos. Ela era omnipresente, com todos os tipos de crime a diminuir, em todos os pontos do país. Era persistente, com o ritmo de queda a aumentar de ano para ano... Por volta do ano 2000, a taxa global de homicídios nos Estados Unidos tinha atingido ao nível mais baixo em trinta e cinco anos. A maioria das teorias parecia perfeitamente lógica... Fora a vigorosa economia dos anos 90, defenderam eles, que ajudara a inverter a situação do crime. Fora a proliferação de leis de controle de armas, acrescentaram ainda. Fora o género de estratégias policiais inovadoras do tipo que tinha sido posto em prática na Cidade de Nova Iorque, onde o número de homicídios caiu de 2245, em 1990, para 596, em 2003. Estas teorias fizeram seu caminho,

A aridez que poderia ser imputada ao tema, por mor de um cenário globalizado, escapa à compreensão de que a ciência penal não é uma mera técnica, “mas a manifestação do nosso mais profundo modo-de-ser com os outros, simultaneamente limite e fundamento do “eu” com o “outro” e por aí, de igual jeito, fundamento e limite de todo o poder socialmente organizado”.²³

Assim, buscar a “ideia de eficiência” numa legitimação/ deslegitimação da criminalização e da punição em direito penal, do processo penal e a “eficiência” da técnica de tipificação do cuidado de perigo na seara penal é questão que afeta sobremaneira as relações jurídicas, especialmente entre o “eu” com o “outro” e entre o “eu” com o Estado.

Ademais, a especial forma de tratamento que cada ordenamento jurídico distinguirá à técnica de cuidado de perigo denotará o seu caráter mais ou menos pós-social, mais autoritário ou mais garantista, mais repressor ou mais liberal, mais aberto ou mais fechado, mais eficiente ou ineficiente e, portanto, legítimo ou ilegítimo.

Um desafio atinente à ciência jurídico-penal, via de consequência, é equilibrar a diuturna proliferação dos delitos de cuidado de perigo e o anseio insopitável pela eficiência com as garantias penais e processuais constitucionais, para assim manter um necessário “*Strafrechtsfreiraum*”.

Realçar um desafio como esse não é algo inédito²⁴, mas descortinar um

aparentemente sem ser postas em dúvida... Havia um problema: não eram verdadeiras, a razão não fora essa. Foi entre outros fatores, a realidade de que o conjunto de criminosos potenciais se tinha reduzida numericamente de uma forma espetacular. Mas agora, quando os especialistas da queda da criminalidade (os antigos arautos do apocalipse) difundiram as suas teorias através dos meios de comunicação, quantas vezes é que citaram a legalização do aborto como uma das causas dessa queda?.” LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomic: o estranho mundo da economia, o lado escondido de todas as coisas*. Lisboa: Editorial Presença, 2006. p. 19-22.

²³ COSTA, José Francisco de Faria. “Um olhar doloroso sobre o direito penal.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia e alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75-76.

²⁴ Para MUÑOZ CONDE, “en los últimos años, las reformas del Derecho Penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del instrumento jurídico-penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: economía, medio ambiente, utilización de datos informáticos, salud pública, responsabilidad por el producto, corrupción, impuestos, criminalidad organizada...” “Esta discusión afecta a las bases de la Dogmática jurídico-penal y es afectada por las necesidades político-criminales que le han desencadenado”. “Por un lado, se trata de un Derecho Penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales, y, por outro lado, de un derecho penal que responde eficazmente a las exigencias modernas”. “Una Dogmática que ve con alegría esta expansión del Derecho Penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de bienes jurídicos universales, delitos de

caminho, uma estrada, um porvir, é tarefa urgente e contemporânea, algo possível de divisar entre as preocupações mais céleres de nossa ciência criminal.²⁵

Para Lothar Kuhlen, devemos-nos indagar se podemos diminuir os perigos potenciais da técnica moderna por intermédio dos crimes de perigo abstrato.²⁶

Ou seja, o direito penal poderia aumentar a eficiência por intermédio da técnica de cuidado de perigo? É preciso que se encontre uma alternativa ou um equilíbrio, a fim de que o direito penal não seja apenas um *management of dangerousness*²⁷, guiado tão somente por uma visão de “eficientismo vazio”.

Enquanto não se atinge um efetivo ponto de equilíbrio, variadas e distintas ponderações surgem acerca da eficiência e da correta construção técnica dos crimes de perigo abstrato²⁸.

peligro abstracto, etc., para adaptarse al moderno Derecho Penal; o una Dogmática que critique estas tendencias y quiera seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpabilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una reformulación de los límites y consecuencias de la Dogmática jurídico-penal, aunque no se sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar una Dogmática afortunada o como una Dogmática sin consecuencias”. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). “Dogmática penal afortunada y sin consecuencias”. In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 238-239. Para Lothar Kuhlen, uma teoria crítica do moderno direito penal ressalta que entre os grandes desafios da ciência penal do nosso tempo está a resolução dos problemas da “progresiva ampliación de la protección jurídico-penal a bienes universales difíciles de precisar” e do “Adelantamiento del Derecho material a través de delitos de peligro abstracto”. KUHLEN, Lothar. “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER; Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 68.

²⁵ Assim, para Luiz Flávio Gomes, “precisamente porque se configura um instrumento de violência, de repressão, o que se espera em relação ao direito penal (particularmente o atrelado à privação da liberdade) é sua utilização equilibrada, proporcionada, de tal forma que assegure a convivência social com a punição ‘penal’ exclusivamente de conduta que venha a efetivamente perturbar essa tranquilidade (cf. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002); GOMES, Luiz Flávio. “Direito penal tradicional versus ‘moderno e atual’ direito penal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 238, jan./mar. 2003.

²⁶ KUHLEN, Lothar. “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER; Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 70.

²⁷ SالدITT, Franz. “Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER; Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 248.

²⁸ Para uma síntese, MARIA KAIAFA-GBANDI, ao aduzir que “con todo ello, resulta revelador el proceso de evolución de las posturas sobre la puesta en peligro abstracta. Mientras que en la postura clásica mayoritaria el contenido de la puesta en peligro todavía se fija en relación a los bienes jurídicos, a pesar de que se trate de un juicio de peligrosidad del legislador basado en lo que acostumbra a suceder, en las posturas más nuevas no solamente son suficientes para el castigo de la puesta en peligro abstracta factores únicamente

Discutir o valor da eficiência, sob a nossa perspectiva, impõe-se como relevante, pois permitirá moderar certos desequilíbrios da ciência penal, especialmente na construção e interpretação dos delitos de perigo abstrato, bem como no processo penal, objetivando a necessária proteção subsidiária de bens jurídicos de relevante significação face aos elevados, mas não históricos riscos de nossa civilização.²⁹

E, para muito além disso, permitirá também aprofundar um entre-choque cultural com uma visão meramente instrumental, desprovida de um cerne mais denso, mas com uma grande capacidade de resposta prática para os problemas atuais da ciência penal.

subjetivos carentes de toda posibilidad fáctica de puesta en peligro de bienes jurídicos, sino el propio concepto de peligro que las fundamenta empieza a transformarse. Para la suposición de un peligro abstracto, el elemento decisivo es la valoración del riesgo, la sensación de seguridad del ciudadano racional. En otras palabras: el autor puede ser castigado únicamente sobre la base de una percepción de inseguridad. En relación al castigo de comportamientos abstractamente peligrosos com dicha postura doctrinal debería ser claro, sin embargo, que en una amplia extensión constituye legislación penal simbólica, es decir, castigo de un comportamiento aún cuando no haya ninguna agresión a bienes jurídicos y, con ello, castigo del fuero interno del ciudadano - ello termina en la utilización abusiva del derecho penal - ." E prossegue a autora, "Por eso, en mi opinión, al Estado le está vedado tipificar delitos de peligro abstracto cuando la acción tipificada ni siquiera crea una fuente de peligros en funcionamiento, que pueda afectar al bien jurídico en el caso concreto y que con ello pueda conducir de manera autónoma a su lesión". "Una Mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega." MUNÓZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 305-306. Percebe-se a necessidade que temos de discernir os delitos de perigo concreto dos delitos de perigo abstrato ou uma situação de concreto pôr em perigo e outra, diferente, de cuidado de perigo. Para tal diferenciação, leia-se COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 642-651.

²⁹ Para nós, não há dúvida de que os crimes de perigo abstrato podem almejar a tutela de bens jurídicos, conforme sustenta FARIA COSTA: "Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal". *Ibid.*, p. 646.

1 A SOCIEDADE DE RISCO

Antes de trilhar o caminho que há pouco se referiu, impõe-se, ainda que de forma sucinta, a afirmação de algumas palavras acerca da “*sociedade de risco*”. Um tema atual e com bibliografia tão vasta, que se tornaria uma tarefa quase inatingível revisá-lo.³⁰ É no âmago dessa sociedade, com suas peculiaridades, virtudes e graves problemas, que é feita a nossa incursão. Não há, desse modo, como deixar de pintar, ainda que com breves pinceladas, um austero retrato acerca dessa sociedade.

Uma sociedade que está a exigir da ciência penal um novo “instrumental” e um novo embasamento, capaz de fazer frente a uma realidade que deixou para trás aquela antiga tradição dos conflitos puramente intersubjetivos. Uma sociedade que está a exigir a intervenção do direito penal antes mesmo de danos efetivos, uma sociedade que está a questionar sobre a utilização dos instrumentos penais mesmo antes da constatação da ocorrência de resultados concretos ou potenciais.

Para Ulrich Beck, assim como no século XIX, a modernização dissolveu a sociedade agrária e elaborou a sociedade industrial; a modernização atual, reflexiva, dissolveu os contornos da sociedade industrial, fazendo com que emergisse uma outra sociedade, a sociedade de risco.³¹

A noção de risco, a bem da verdade, apresentou, ao longo dos tempos, distintas e variadas transformações. Numa primeira fase, que poderíamos definir como liberal, o risco assume a forma do “acidente”. Numa segunda etapa acerca da noção de risco, este emerge como uma questão de prevenção. Hoje, na denominada “sociedade de risco”, a noção de risco apresenta um caráter sem

³⁰ Nesse sentido, DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 223. Ainda, segundo Rafaelle de Giorgi, a estrutura da sociedade moderna é a estrutura de um sistema altamente complexo que, igual a todos os sistemas com os quais se diferencia, opera cegamente: ela não projeta o futuro, não o vê. O “risco”, destarte, seria uma modalidade secularizada de construção do futuro, numa sociedade caracterizada por uma diminuição dos perigos e aumento dos próprios riscos. *Ibid.*, p. 173, 197 e 219.

³¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 16.

precedentes de imprevisibilidade.³²

Na atualidade, o aumento das competências do Estado Social, hoje Estado Pós-Social em formação, gerou uma impressionante e, para seguir uma afirmação de Luhmann, “gigantesca e incontrollabile machina che aumenta i rischi”.³³

Na sociedade industrial, havia uma noção que pressupunha o domínio da lógica da riqueza e admitia, como compatível, a distribuição do risco. Na sociedade do risco, considera-se incompatível a distribuição simultânea de riqueza e de risco e se aceita a rivalidade entre essas mesmas lógicas.³⁴ Há, para seguirmos a lição de Ulrich Beck, dois modelos de modernização: a modernização simples e a modernização reflexiva. O processo de modernização reflexiva traduz-se no choque

³² Para as noções de risco, seguimos uma aporia de OST, que distinguiu a noção de risco em três etapas históricas. Numa primeira etapa, “a da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma de acidente: acontecimento exterior e imprevisto, acaso, golpe do destino, é simultaneamente individual e repentino. Na melhor das hipóteses, podemos tentar precaver-nos dando provas de ‘previdência’, virtude burguesa, por excelência, subscrevendo um seguro individual por exemplo. Por outro lado, quando o acidente é provocado a *outrem* por erro de terceiro, este será obrigado a repará-lo, em virtude do mecanismo compensador e individual, da responsabilidade civil. Face a esse risco-acidente, a reacção é pois quer curativa-retroactiva (indemnização a posteriori do dano), quer prudentemente prospectiva (seguro individual e previdência). A segunda fase da história do risco vê a emergência da noção de prevenção. Esta entende-se como atitude colectiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco - um risco doravante objectivável e mensurável. No despontar do século XX, no momento em que se lançam as bases do Estado Social e da sociedade assistencial, utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: ‘prevenção das doenças (com a descoberta efetuada por Pasteur), escreve F. Ewald, prevenção dos crimes (com as ciências da segurança), ‘prevenção da miséria e da insegurança social (com as seguranças sociais)’. A este domínio científico do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança. O risco pára de depender da categoria dos golpes do destino; assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos. Quanto ao dano causado a outrem, o direito apreende-o doravante menos em termos de falta e de responsabilidade subjectiva do que de risco e responsabilidade objectiva: pouco importa a falta, o importante é que a vítima seja indemnizada de um prejuízo que este ou aquele comportamento de um agente económico, mesmo não defeituoso, lhe tenha provocado. Já o dissemos: nunca uma sociedade se aproximou tanto da promessa de felicidade social como essa sociedade ‘providencial’ do risco dominado. Hoje, contudo, esse sonho parece afastar-se e entramos numa terceira fase da história do risco - a do risco enorme (‘catastrófico’), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes. É essa ‘secundarização’, essa incerteza ao quadrado que afecta de forma reflexa a nossa própria acção, que caracteriza a nova era do risco, submetendo a nossa apreensão do futuro a um desafio sem precedentes. Luhmann e Beck, dois teóricos da sociedade do risco, convergem nesse ponto: enquanto o ‘perigo’ vem de alguma forma exterior, o ‘risco’ é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário (na acepção dos ‘efeitos secundários’ indesejáveis dos medicamentos) das nossas próprias decisões. A sociedade de risco é pois uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado), no risco alimentar (doença da ‘vaca louca’), ou ainda no risco tecnológico (centrais nucleares, aquecimento climático, buraco na camada de ozônio)”. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 1999. p. 343-345.

³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 165.

³⁴ *Ibid.*, p. 200.

e no combate entre os esteios do paradigma da modernidade e as consequências da modernização.

Eis o dilema vivenciado pela sociedade moderna: a insegurança individual e coletiva - alimentada pela própria sociedade - que não pode mais ser posta sob pleno controle.³⁵ Uma sociedade que congrega problemas e conflitos absolutamente novos e transindividuais e, ao mesmo tempo, mantém a ocorrência de velhos tipos de conflitos, próprios de um tempo que está, cada vez mais, em extinção.

Assim, a superprodução de riqueza dos tempos atuais é acompanhada pela produção social dos riscos, que se diferenciam pela sua globalidade e pelas suas causas modernas.³⁶

O risco, por conseguinte, transforma-se num “barril de necessidades sin fondo” e a sociedade do risco, por sua vez, transmuda-se numa “sociedad catastrófica”; “en ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad”.³⁷ Na sociedade do risco, há como que uma fratura entre a racionalidade científica e a racionalidade social, de forma que o avanço sem par da ciência é o principal gerador dos novos e elevados riscos de nossa civilização ultramoderna.

³⁵ VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. “Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza.” *Dei Delitti e Delle Pene, Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, p. 249, 1999.

³⁶ BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 26-28.

³⁷ Ibid., p. 30. Prova disso, por exemplo, é que, no Brasil, um de cada três presos, em média, era preso provisório, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional de 2004 (Naquele ano, havia 203.538 presos, dos quais 76.005 eram presos provisórios - ver em www.mj.gov.br). Em 2009, conforme a mesma fonte, só o número de presos provisórios já era de cerca de 120.000 e o número de presos no regime fechado, sem contar os regimes semiaberto e aberto, era de cerca de 156.000). Ou seja, conforme a lição de FRANÇOIS OST, “o transitório tornou-se habitual, a urgência tornou-se permanente”. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 1999. p. 359. A prisão provisória, que haveria de ser a exceção, acabou por se tornar a regra do sistema processual penal. Também sobre o problema da aceleração do tempo e a vulgarização desenfreada das prisões cautelares: WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. De ser ressaltada a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, de fevereiro de 2009, modificando uma jurisprudência de há muito solidificada, considerando inconstitucional a execução provisória da pena ou a antecipação da pena, não impedindo, com razão, a prisão processual antes do trânsito em julgado, desde que esteja presente o seu caráter cautelar (*Habeas Corpus* 84.078/2009). Também assim na Itália, onde Mantovani criticou “l’abnormità dell’uso della carcerazione preventiva come pena anticipata”. MANTOVANI, Ferrando. “Criminalità sommergevole e cecità politico-criminale.” *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 42, fasc.4, p. 1230, luglio-sett. 1999.

O processo de transformação da sociedade moderna acabou por gerar um estado de contínua e profunda insegurança ontológica³⁸, introjetado no subconsciente social. O grave é que, em não raras ocasiões, a percepção coletiva da criminalidade não encontra respaldo na realidade social, tratando-se de uma “paura in astratto”, que provém da ineficiência da Justiça estatal, o que torna o indivíduo um ser isolado, sem suporte comunitário. Tal “paura”, via de regra, não corresponde a uma experiência direta, sendo frequente uma desproporção entre o risco que efetivamente a população corre e o sentimento de medo gerado pela dramatização do cotidiano, decorrente do tratamento midiático do crime.³⁹

Desse modo, o centro da consciência do risco não reside mais no presente, mas no futuro⁴⁰; daí podemos refletir sobre a moderna antecipação da tutela penal nos crimes de perigo abstrato e a ideia de eficiência. É preciso antever, prever, evitar, acautelar a ocorrência de perigos e riscos⁴¹ do tempo hodierno. Não se tolera a

³⁸ VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. “Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza.” *Dei Delitti e Delle Pene. Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, p. 248, 1999.

³⁹ *Ibid.*, p. 261, 268-269. Na lição de ELENA LARRAURI: “Lo que sucede es que se crea un pánico moral, se realizan campañas de (in) seguridad, se genera un miedo irracional en la población, la cual, al no haber tenido en su mayoría experiencias directas, absorbe toda la inocografía de los medios de comunicación que presentan imágenes distorsionadas, como si el delito común fuese el delito, como si delincuencia fuese el problema”. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991. p. 90. Para HERIBERT PRANTL: “el horrendo miedo a la criminalidad es, ante todo, un resultado de la representación medial de la criminalidad. Pues todos tienen interés por la criminalidad, porque es muy interesante. Lo espectacular, lo que genera miedo, es ampliado, multiplicado, potenciado - en gran medida, el contexto social, las condiciones y consecuencias de la criminalidad quedan fuera de consideración. De ese modo, como lo ha expresado en un ocasión tan bien Heinz Müller-Dietz, sobre todo la televisión transmite la siguiente representación: “La criminalidad no se genera en la sociedad; por el contrario, se le impone a la sociedad desde fuera.” “La Ciencia Alemana del derecho penal debe aprender a hablar, la ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro”, In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española), ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 373. Também assim para Paulo Ferreira da Cunha, acerca do sensacionalismo midiático. CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 23.

⁴⁰ BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 40.

⁴¹ Importante referir a diferenciação que LUHMANN faz entre risco e perigo. Risco tem conexão com uma decisão racional, ainda que não se possa conhecer as consequências dela resultantes, enquanto o perigo está relacionado com uma causa exterior, capaz de causar um dano, sobre a qual não se tem controle. O conceito de risco seria também uma forma de problematização do futuro. LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 62 e 124. Para VIANELLO e PADOVAN, normalmente se fala em correr um perigo e assumir um risco. Mas as duas expressões se referem a diferentes contingências e situações. No primeiro caso, pensa-se que um eventual dano é devido a fatores externos e atribuído ao ambiente. No segundo, o dano é visto como a consequência de uma decisão, de uma ação racional decidida sobre a base de um cálculo de custo e benefício. Assim, “la paura non è quasi mai una conseguenza razionali di una decisione, ma una modalità di interprete il mondo in quanto privo di sicurezza, di fiducia e di opportunità”. No entanto, “il problema della *fear of crime*, indotto come succede sovente da un panico morale generato dai media, è normalmente formulato come relazione tra alto tasso di criminalità (fatto oggettivo) e paura (un'attitudine soggettiva). Conesso a questo è il fatto di dedurre il presunto carattere razionale della paura dai tassi di

insegurança do presente; necessita-se antever um futuro sem perigos ou com os perigos sob o mínimo de controle. A sociedade busca, incessantemente, um mecanismo eficiente de controle dos riscos e perigos.

A “globalização dos riscos civilizatórios”⁴², a “igualização” mundial das situações de perigo, exige da sociedade uma nova forma de atuação. Essa mesma sociedade, universalizando e especificando sua codificação probabilidade/improbabilidade, acaba por querer “encorajar a assunção do risco”.⁴³ Assim, a sociedade ou “comunidade do medo” precisa agir já e de maneira inovadora. Mas será a ciência penal um meio eficiente? A eficiência do direito penal será a mesma eficiência requerida e reclamada pela sociedade?

Ulrich Beck, em passagem notável, faz uma crítica ferrenha, por exemplo, ao princípio da causalidade para o reconhecimento e o não reconhecimento dos riscos, citando o exemplo da poluição ambiental:

La mayoría de las veces no hay un causante del daño, sino precisamente sustancias contaminantes en el aire que proceden de muchas chimeneas y que por ello se correlacionan frecuentemente con enfermedades sin especificar, para las cuales siempre hay que considerar una cifra importante de ‘causas’ [...] Quien, bajo estas circunstancias, se empeñe en la estricta demostración causal maximiza enfermedades de la civilización causados por la industria. Con la inocencia de la ciencia pura, los investigadores del riesgo defienden el ‘arte elevado de la demostración causal’, bloquean así protestas ciudadanas, las sofocan en el origen de una ‘ausente’ demostración causal.⁴⁴

E daí decorre, por exemplo, o avanço do direito ambiental. Observando que

rischio. Si dà tuttavia il caso che la paura non sai propriamente qualcosa di razionale e misurabile razionalmente. Se in essa possono essere presenti talvolta anche degli elementi di valutazione razionale del rischio, la paura è piuttosto una combinazione di prevalenti reazioni irrazionali e di orientamenti culturali e normativi, elementi che sono difficilmente isolabili e misurabili (J. Young, 1988). Da questa angolatura, rischio e pericolo non sono mai separati, anche perché spesso, al livello dell’agire sociale, la dimensione del pericolo si sovrappone a quella del rischio.” VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. “Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza.” *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, p. 270, 1999.

⁴² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 43.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 97.

⁴⁴ BECK, Ulrich. Op. Cit. p. 70.

não é raro que os danos ambientais decorram de várias causas concomitantes, simultâneas ou sucessivas, tratando-se de uma causalidade complexa. Assim, seriam ineficientes aquelas teorias da equivalência das condições ou da causalidade adequada, pois dificultariam a prova do nexo causal em casos de situações perigosas de *per se*.⁴⁵ Tanto que hoje, nessa esfera, já se está a falar de teoria das probabilidades para superar o problema do nexo causal. Isso porque as incertezas científicas não podem levar às incertezas jurídicas. Como salienta Délton de Carvalho, para teorias assim, “a configuração do nexo causal se dará sempre que o juiz obtiver a convicção de que existe uma ‘probabilidade determinante’ ou ‘considerável’ de um evento. Tudo isso sem falar nas teorias ligadas ao reconhecimento do risco integral (sem possibilidade de excludentes) e teorias do risco criado (com possibilidades de excludentes: força maior, atos de terceiros), bem como na ilicitude do risco ambiental: alta probabilidade de incidência futura e alta magnitude do risco”.⁴⁶

Assim, na sociedade de risco, como refere Ulrich Beck, são necessárias novas capacidades, como a capacidade de antecipar perigos, de suportá-los e de enfrentá-los. Poderia instaurar-se, por via de consequência, um sistema de prevenção para evitar prejuízos, por exemplo, no campo da saúde, devido à contaminação do ambiente e dos alimentos. Para isso, segundo Beck, naturalmente se requereria mudar os fundamentos jurídicos de modo que os prejudicados não suportassem a carga de ter que demonstrar o nexo causal de seus problemas.⁴⁷

Como buscar uma inserção adequada da ciência penal numa fronteira do saber ainda em processo complexo de construção? E aí é que se coloca o dilema: como fazer isso sem destruir antigas e transcendentais conquistas? Como dominar o medo ou a “paura del crimine”⁴⁸ sem dominar as causas do medo?⁴⁹ Ou como

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 217 e ss.

⁴⁶ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 114.

⁴⁷ BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 284.

⁴⁸ VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. “Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza.” *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, p. 247, 1999. Também para Luigi FERRAJOLI, vê-se hoje a “accentuazione dei tradizionali caratteri irrazionali e classisti del diritto penale” [...] “Assistiamo insomma, in tutti paesi dell’Occidente, una crisi di sovrapproduzione del diritto penale, anzi del diritto in generale, che sta provocando il collasso della sua capacità regolativa” [...] “E’ chiaro che una tale crisi inflattiva del diritto penale è il segno e il prodotto di una politica penale congiunturale, incapace di fronteggiare le cause strutturali della criminalità e rivolta

pergunta Luhmann: “L’unità del mondo del XIX e del XX secolo stava in un’alleanza tra dimensione temporale e dimensione sociale, che profittava della poca specificazione di entrambe e allo stesso tempo si basava sulle possibilità di abbinamento razionale, sia mediante regolarità riconoscibili, sia mediante calcoli statistici. Alla fine del secolo ci troviamo di fronte alla questione: è ancora questo il nostro mondo? Possiamo continuare così?”⁵⁰

Para tanto, pode-se afirmar que a valoração do risco e a disponibilidade em aceitá-lo não é uma questão física, mas uma questão social, até em função da antiguidade imanente ao tema.⁵¹

As ciências sociais, por conseguinte, têm um aporte a fazer. Podem impulsionar a liberação das ciências de seu destino culpável em relação a sua cegueira e silêncio sobre os riscos.⁵² E poderão fazê-lo através da crítica aberta e construtiva, por intermédio de uma constante e intermitente indagação, acerca da aceitabilidade e razoabilidade do superdesenvolvimento atual ou, como insiste Beck:

en este caso realmente Popper tiene razón: la crítica significa progreso. Sólo cuando se enfrentan medicina con medicina, física nuclear con física nuclear, genética humana con genética humana, técnica de la información con técnica de la información es posible

unicamente ad assecondare, o peggio ad alimentare, le *paure* e gli umori repressivi presenti nella società.” FERRAJOLI, Luigi. “Criminalità e globalizzazione.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 85, jan./mar. 2003.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 85.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 61.

⁵¹ *Ibid.*, p. 11 e 19. Conforme refere Luhmann, a origem da palavra risco é antiga e estava ligada a inúmeros outros termos e significados, como perigo, audácia, fortuna, coragem, aventura, etc. Como se não bastasse, já na virada do século XIX para o século XX, FERRI apresentava preocupação com a “preservação social dal delitto” e com a “sicurezza sociale”, motivo pelo qual “i tassi di criminalità che avevano attirato L’attenzione di numerosi sociologi, antropologi, criminologi, non fossero così spaventosi. La preziosa ricerca condotta da Dario Melossi sulle statistiche criminali tra il 1863 e il 1994 mostra come nel nostro Paese, negli ultimi decenni del secolo diciannovesimo, i tassi dei reati, delle rapine e degli omicidi subissero delle variazioni crescente esiziali e poco significative. Più impressionante era al contrario la crescita dei tassi relativi agli entrati in carcere, ai detenuti presenti negli stabilimenti penali e alle condanne a pena detentiva, che in quel torno di tempo presentavano delle dinamiche ritenute dagli esperti preoccupanti e inquietanti. VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. “Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza.” *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, p. 252-253, 1999.

⁵² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 235.

prever y enjuiciar el tipo de futuro que se está gestando. Fomentar la autocrítica en todas sus formas no es perjudicial, sino que representa probablemente el único camino para descartar previamente los errores que más pronto o más tarde destruirían el mundo.⁵³

No intuito de prever e dominar os perigos na sociedade de risco, paradoxalmente, cria-se um gravíssimo risco: a criação de um “totalitarismo legítimo” para antecipar ou evitar os perigos.⁵⁴

É aí que se percebe “in modo particolarmente chiaro l’infiltrazione dell’orientamento al rischio nel diritto”⁵⁵, num aberto desafio ao direito penal. O desafio de uma política criminal quem sabe mais arrojada, o desafio de uma dogmática com os olhos postos no amanhã, com responsabilidade perante as futuras gerações. Devemos ter a capacidade de “sperimentare” uma “nuove forme di regolazione sociale del comportamento rischioso”⁵⁶. Mas tudo isso sem afrontar as conquistas da modernidade, pois o direito penal não deve ser um instrumento ao serviço de “*protestas ciudadanas*”.

A partir daí, inegável é que se visualiza mais de um caminho capaz de

⁵³ BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998. p. 288.

⁵⁴ Assim, para ULRICH BECK, “la sociedad del riesgo contiene una tendencia a un totalitarismo ‘legítimo’ en la defensa contra los peligros, el cual con el pretexto de impedir lo peor crea lo peor todavía. Los ‘efectos secundarios’ políticos de los ‘efectos secundarios’ civilizatorios amenazan al sistema político-democrático en su substancia, el cual cae de este modo en el dilema de o fracasar a la vista de los peligros producidos sistemáticamente o derogar principios democráticos básicos mediante ‘contrafuerzas’ autoritarios, propios de un Estado de orden. Reventar este dilema es una de las tareas esenciales del pensamiento y de la actuación democráticos en el futuro presente de la sociedad del riesgo”. *Ibid.*, p. 88.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 73. Para Luhmann, a capacidade de reação do sistema jurídico pode ser caracterizada, por exemplo: “1) per i problema di causalità negli effetti a lunga scadenza e in presenza di un grande numero di concause; 2) per il passaggio dalla responsabilità per colpa alla responsabilità oggettiva, al fine di risolvere il problema della distribuzione del danno nell’agire *conforme alla legge*; 3) per i problemi di facoltà di querela in situazioni di interesse o di pericolo che non possono essere riportate alla forma di lesione di un diritto soggettivo (“eo ipso esigibile”); 4) per le regole di onere di onere della prova che prima erano state poste solo per ripiego, per tener conto del divieto di omissione di giustizia, ma oggi penetrano sempre più nella struttura centrale dei programmi normativi; 5) per l’ampliamento dell’attività amministrativa e regolativa con numerose conseguenze, come le questioni di responsabilità in caso di errori o nei processi di apprendimento dell’amministrazione, che possono non essere temporalmente concordi con le decisioni di investimento dell’ambiente; per il crescente indebolimento della finzione secondo la quale il diritto sarebbe noto; per il crescente bisogno di soluzioni generali patteggiate accettando una parziale illegalità, solo per citare alcuni punti; 6) per la dimensione nella quale la prevenzione del rischio del sistema giuridico retroagisce sulla dinamica propria di altri sistemi di funzione (soprattutto di quello politico e di quello economico) bloccando in tali sistemi l’assunzione di rischi per sfruttare i vantaggi connessi”. *Ibid.*, p. 192-193.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 142.

construir o futuro. Os caminhos, contudo, ainda são - como dissemos alhures - sinuosos, por vezes, até sinistros, por vezes, claros e translúcidos. Porém, parece, até aqui, difícil enxergar o futuro. Não o observamos, apenas o vislumbramos.

As características de cada uma dessas estradas, seja a mais tortuosa, como a do funcionalismo extremado, seja a mais retilínea, como a da chamada “Escola de Frankfurt”, apresentam qualidades e defeitos, que podem ser atenuados ou até agravados por uma concepção intermediária de caminho, preocupada em aparar imperfeições. Para se alcançar o destino final com segurança, necessitamos observar os trajetos propostos.

1.1 O direito penal na sociedade de risco

Vivemos numa sociedade de risco. Uma sociedade da incerteza e da inconstância. A nossa vida nada mais é do que a assunção de riscos. A cada dia de nossa existência, estamos optando por caminhos, por ações, por alternativas, que ocasionam a fruição, a multiplicação ou a diminuição de riscos.

Contudo, a práxis cotidiana procura negar os riscos e a incerteza deles decorrentes. Ou, como salienta Edgar Morin⁵⁷:

a humanidade confronta-se com o problema fundamental sempre evitado: a aceitação da incerteza. No fundo, cada um sabe que a vida é dominada pela incerteza. Nasce-se por azar, um espermatozóide entre milhões, e acontecem coisas que levam os indivíduos em um ou outro sentido. Ninguém pode prever se ganhará na loteria, cairá na escada ou encontrará a mulher de sua vida. Tinha-se escondido a verdade em nome de uma promessa celestial de segurança [...]. Aceitamos o paradigma da incerteza epistemológica formulado por Popper.

Dessa forma, em que pese sermos seres gerados pela incerteza, ainda que

⁵⁷ MORIN, Edgar. “Entrevista.” In: SILVA, Juremir Machado da (Org.). *O pensamento do fim do século*. Porto Alegre: L&PM, 1993. p. 226-227.

cotidianamente, vivenciemos o exato significado do risco, mesmo assim, queremos uma existência mais segura, que minore os perigos da atualidade.

A realidade é que os temores da sociedade, a ânsia quase frenética pela diminuição dos riscos, pela fruição de uma vida mais tranquila e pacata, foram transpostos para o direito e, especialmente, para o direito penal. A utopia de que o acelerado e monumental desenvolvimento tecnológico de nossa Era pudesse evitar fraturas inerentes à nossa vivência caiu por terra, arrastada por esse mesmo ultradesenvolvimento, que não é capaz de controlar alguns de seus devastadores avanços.

É a falta de controle que nos oprime e deprime, a falta de capacidade de estimar e evitar possíveis riscos e perigos. A sensação decorrente do descontrole é um quase terror-pânico, que aumenta a percepção do perigo até atingir níveis, por vezes, não razoáveis.⁵⁸ E é aí que surge a interrogação: continuará cabendo à ciência penal um papel de proa nesse embate, nessa inglória luta que até agora parece perdida?

Até o momento, pode-se dizer que é ao direito penal que se tem apelado em grande medida, como escudeiro derradeiro na evitação dos novos riscos e perigos. E ele vem combatendo, cambaleante e trôpego, esfalfado, desgrenhado e humilhado pelas sucessivas derrotas. Dele se tem exigido quase tudo. Não é mais aquele fidalgo ou gentil-homem do Iluminismo, pretensamente generoso, justo e equilibrado. Alguns o querem mais e mais utilitarista, antecipador de barreiras, com novas formas de imputação e, não se pode negar, em muitos aspectos, mitigador de garantias processuais individuais. Será que ele conseguirá carregar esses pesadíssimos fardos de responsabilidade?

Entretanto, para entender como o direito penal alcançou o presente estágio,

⁵⁸ Vejamos, mais uma vez LEVITT e DUBNER, ao citar Peter Sandman: "Os riscos que controlamos constituem uma fonte de alarme muito menor do que os riscos que estão fora do nosso controle. O princípio do 'controle' de Sandman também poderia explicitar por que razão a maioria das pessoas se sente mais assustada ao andar de avião do que a conduzir o carro." LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomic: o estranho mundo da economia, o lado escondido de todas as coisas*. Lisboa: Editorial Presença, 2006. p. 172.

é preciso olhar para trás e ao entorno, a fim de se vislumbrar, quem sabe, o trajeto mais seguro e justo a ser percorrido para alcançar o amanhã.

Como foi dito, o fato é que o homem sempre viveu em risco, mas não consegue aceitar, com serenidade, a ocorrência dos riscos globais da atualidade. As pessoas, para seguir Popper, “têm uma perigosa necessidade de sugestão, falta-lhes a coragem de viver sem seguranças, sem certezas, sem autoridade, sem um dirigente. Talvez possamos afirmar que ficaram presas à infância.”⁵⁹

Para tanto, exige-se do direito, mormente do direito penal⁶⁰, uma postura pró-ativa, capaz de evitar a ocorrência de futuros eventos lesivos possíveis geradores de abastados danos para a coletividade.

E aí, dá-se uma contradição, pois se exige menor intervenção do Estado, por intermédio do direito, na área econômica, mas, constantemente, requer-se o auxílio do direito penal para seguidas intervenções tóxicas e punitivas. Ou seja, “menos Estado interventor, menos Estado Social”, mas, contraditoriamente, mais Estado punitivo e securitário.⁶¹

Assim, surge o “Estado de Segurança ou de Prevenção”, conforme Alessandro Baratta: “o ‘Estado de Segurança seria a forma política que assume

⁵⁹ POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 59.

⁶⁰ Conforme a lição de ROXIN, “como segundo problema fundamental imediato en el Derecho Penal del futuro enunció los grandes riesgos que amenazan a un número incalculable de hombres. Pueden provenir de la producción atómica o química, pero también de la industria farmacéutica, de la producción de alimentos, de la fabricación de comida para animales, etc. Se trata de cuestiones básicas también de nuestra ciencia. Es realmente el Derecho Penal un instrumento adecuado para la lucha contra tales peligros? O consistiría la mejor protección en la renuncia a determinadas posibilidades (la palabra clave sería el desarme nuclear) o en perfeccionamiento de controles preventivos?”...“Yo creo que el Derecho penal viene en consideración sólo como tercera opción tras las dos formas enunciadas de disminución de riesgos”. ROXIN, Claus. “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 392-393. E continua ROXIN: “También nuestras categorías dogmáticas se ven expuestas a nuevas preguntas cuando se emplean contra los grandes riesgos: hasta dónde puede llegar la abstracción de los delitos de peligro abstracto y la generalidad de los “bienes jurídicos” colectivos (p. ej., la seguridad de la comunidad o las prevenciones estatales de peligros) y a partir de cuándo la sanción penal no es ya una prohibición legitimable?”. Ibid., p. 396.

⁶¹ Nesse sentido, a crítica de COSTA, José Francisco de Faria. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou playdoyer por um direito penal não securitário.” *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra ano 135, n. 3934, p. 33, set./out. 2005. Contudo, e aqui a diferença se impõe, poderíamos indagar, talvez de forma bem precisa, não é essa uma consequência lógica? Isto é, quanto menos Estado Social tivermos, mais deveremos recorrer ao Estado punitivo? A resposta parece clara.

a ‘sociedade de risco’, como definiu Beck nossa sociedade” [...]” o Estado, como garantidor da certeza do Direito (ou seja, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos), transforma-se em responsável da segurança dos bens, administrador dos riscos vinculados à produção destes e dos conflitos que os acompanham”.⁶²

Para Günter Heine, no atual contexto, há uma pressão para que o direito penal reduza os perigos para a futura vida em comum, como são os megarriscos, como os que se originam da tecnologia genética, da sociedade de informação etc.: “El Derecho penal ya no se utiliza de manera puntual y reactiva, sino de modo prospectivo y llano.”⁶³

E, aí, dá-se o embate entre aqueles que, como refere Corcoy Bidasolo⁶⁴, entendem que o direito penal deve continuar circunscrito ao seu núcleo duro, isto é, um *Kernstrafrecht*, e aqueles que vislumbram a necessidade de um direito penal mais espraiado, também envolvido na proteção de bens de cariz coletivo e trans-individual.

⁶² BARATTA, Alessandro. “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico.” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 13-14, jan./mar. 1994.

⁶³ HEINE, Günter. “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española), ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 433-434. Para HEINE, ante as tarefas do futuro, “el núcleo duro del Derecho Penal hay que mantener sobre todo el espíritu abierto allí donde el orden social crezca en nuevas medidas de valor y con ello en experiencia, y por el contrario, se debe aspirar a “soltar carga” siempre que el estricto dogma penal ya no sea totalmente requerido. También a nivel procesal se derivan consecuencias. Una pregunta central es si, y en qué medida, una diferenciación en este aspecto proporciona un éxito convincente.” “Antes riesgos sistémicos debería prevalecer la receptividad a formas de responsabilidad de organizaciones y sistemas. Habría que reflexionar sobre la conveniencia de plantear una vía separada que coloque al lado del sistema de reglas transmitido para la persona física, tanto para separar de modo adecuado al caso la responsabilidad individual de la responsabilidad colectiva, como para amortiguar la presión político-criminal y poder tener en cuenta el carácter típicamente global - lo que por otra parte se haría en estrecha armonía con lo que viene sucediendo en el Derecho civil y en administrativo sancionatorio. No se puede evitar establecer un Derecho procesal adecuado. El legislador ha dado hace ya mucho tiempo directrices fundamentales adecuadas para ello, como por ejemplo las formulas en el parágrafo 44c KWG.” E finaliza HEINE: “En conjunto, la noble misión de la Ciencia del Derecho Penal consiste, por un lado, en asegurar al individuo frente al manejo estatal ilimitado en tiempos de crisis; y, por otro, en poder ofrecer opciones de solución orientadas a los problemas que sean correctas sistemáticamente. El cambio de siglo es una buena ocasión para reflexionar sobre esto”. Ibid. p. 440-441.

⁶⁴ “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos.” In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal, 2004. p. 25 e 38. E prossegue Corcoy Bidasolo: “Esta evolución científica, tecnológica, socio-económica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales y, por último al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un “delito de peligro” sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad”. Ibid.

Depreende-se, por conseguinte, uma grande divisão doutrinária a respeito da postura do direito penal ante os novos riscos da sociedade. Uma divisão que, com toda a certeza, com excessiva simplificação, se poderia descrever da seguinte forma⁶⁵: de um lado, os defensores de uma efetiva funcionalização da ciência penal, como Jakobs, Schünemann (e aqui se reconheça que há sensíveis e relevantes diferenças entre o pensamento de Jakobs e Schünemann), Stratenwerth, Kindhäuser, Marinucci e Dolcini e, de outra parte, a visão da Escola de Frankfurt, de Hassemer, Prittwitz⁶⁶, Lüderssen, Herzog e Albrecht. Com uma visão mais ponderada, aceitando a modernização de certas categorias do direito penal, bem como a proteção de bens supraindividuais, mas pugnando doravante pela manutenção das garantias que remontam ao “*Aufklärung*”, o pensamento da “Escola de Coimbra”⁶⁷ e também, por que não, autores como Silva Sánchez e Roxin.

Urge, dessa forma, uma caminhada, um passeio, um olhar, ainda que de relance, sobre alguns posicionamentos que estribam o significado da “sociedade de risco” e cada uma das percepções acima referidas. Sem observar esse campo de floridas ideias, por mais sinuoso que ele seja, não se poderá alcançar uma concepção de eficiência que otimize a legitimidade em direito penal e que limite a criminalização e punibilidade de determinadas condutas.

⁶⁵ Um resumo das posturas doutrinárias para o enfrentamento da questão da política criminal e o direito penal na sociedade de risco se pode ver também em DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 01-37. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007

⁶⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca, inclui Prittwitz numa corrente dita intermediária. MENDOZA BUERGO, Blanca *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 120. MARTA RODRIGUEZ MACHADO, por sua vez, o coloca junto à Escola de Frankfurt. MACHADO, Marta Rodriguez. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 187. (Monografias/IBCCRIM, 34). Também sobre direito penal do risco, SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. “Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 73-91, jan./fev. 2004.

⁶⁷ Apesar de todos os problemas que poderão ser apontados em razão dessa afirmação, há de não se “*correr do risco*”. Não se desconhece que, mesmo entre os penalistas de Coimbra, existem diferenças sensíveis em variados pontos da dogmática penal e também acerca do papel da política criminal na atualidade. Contudo, vê-se também uma certa unidade de pensamento, com profundidade que se há de anotar, acerca da necessária modernização do direito penal, mas com a manutenção da noção de bem jurídico (inclusive aqueles de cariz supraindividual) e de um extenso rol de garantias que remontam ao direito penal liberal do iluminismo.

1.2 A solução do direito penal funcionalista mais extremado frente aos grandes riscos

O direito penal, a partir de uma ponderação funcionalista mais extremada⁶⁸, deve rapidamente fazer frente aos adventos dos novos riscos. Não é aceitável que ele cruze os braços e assista, indolente e passivo, ao aumento acelerado dos grandes riscos que amedrontam a sociedade.

Novos bens jurídicos são inevitáveis, em razão de um característico paradigma constitucional que tutela bens coletivos e supraindividuais. Assim, impossível seria não proteger bens jurídicos como a ordem econômica, o meioambiente, a ordem pública, o patrimônio genético, a eficiência administrativa ou orçamentária, a segurança externa, sob pena de serem geradas consequências irreparáveis e irrefreáveis, próprias da sociedade de risco.

O direito penal deve acompanhar os anseios dos cidadãos pela redução dos perigos e dos riscos. Seguindo os passos de Kindhäuser, “o direito penal da segurança é condição de estabilidade da sociedade de risco”.⁶⁹

Assistiria ao direito penal um papel central para a estabilização das expectativas sociais, como agente relevante para a proteção dos novos bens jurídicos, transcendentais para a coletividade. Os perigos da sociedade de risco, como o terrorismo, a poluição, a competição econômica desleal, a violação da “ordem pública”, da “segurança”, deveriam ser combatidos pelo direito penal, com o peso da veemência das suas sanções.

O “direito penal do inimigo”, descrito por Jakobs, é talvez o modelo, a “menina dos olhos” do funcionalismo penal extremo para a sociedade de risco.

⁶⁸ Têm-se a devida consciência de que, para alguns autores, não se deve alcunhar o funcionalismo de “ponderado” ou “radical”. Para Pérez Arroyo, “no existe pues, como insisten algunos sectores de la doctrina um funcionalismo ‘radical’ y outro ‘moderado’, PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 52, p. 507, enero/dic., 1999. Ainda assim, enfrentamos o risco.

⁶⁹ Citado por MENDOZA BUERGO, Blanca *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 129.

Notável é o câmbio da posição de Jakobs, muito apropriadamente referido por Prittwitz, que representou uma mudança radical do seu paradigma e de sua concepção.⁷⁰

Segundo Jakobs, o “direito penal do inimigo” revela uma pacificação insuficiente no tecido social, tendo a pena uma função manifesta de “ eliminação de um perigo”. Nessa medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, não se dirige contra a pessoa *em direito*, mas contra o indivíduo perigoso.⁷¹

O “direito penal do inimigo”⁷² desvela a luta contra “um perigo” ao invés de um agir comunicativo do direito. O indivíduo perigoso deve ser alijado da sociedade, como um inimigo, como “não pessoa”.⁷³ Como refere expressamente Jakobs:

⁷⁰ Prittwitz relembra o pensamento de Jakobs na Conferência de Frankfurt, em 1985, quando considerava o “Direito Penal do Inimigo” ilegítimo. Já, em 1999, em Berlin, Jakobs assevera que a maior parte do direito penal alemão já é um “direito penal do inimigo”, “justo e justificado”. Em 1985, segundo Prittwitz, Jakobs asseverava que toda criminalização de um ato prévio à lesão de um bem jurídico não se ajustava a um direito penal legítimo. Já em 1999, Jakobs passa a asseverar que, num direito penal do inimigo, só aquele que se comporta como pessoa haverá de ser tratado como pessoa. Os demais, segundo um direito penal do inimigo, os que assim não se comportam, deveriam ser excluídos da cidadania, como inimigos, como “não pessoas”. PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?”. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal, 2004. p. 108-109.

⁷¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22-23.

⁷² Talvez o mais correto fosse, como refere Gomes Canotilho, falar-se em “Direito Penal Contra o Inimigo”, pois o genitivo “de” sugere sentidos contraditórios. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Justiça constitucional e justiça penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, p. 332, jan-fev. 2006. Também não se pode negar que Jakobs acaba por descrever, com precisão germânica, o panorama atual de algumas esferas do direito penal, que, infelizmente, em nossa opinião, são de fato “direito penal do inimigo”. Assiste razão, por via de consequência, a Gomes Canotilho, quando assevera: “O ‘Direito Penal Contra o Inimigo’, que exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu”, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três sectores das políticas e legislações criminais - a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinqüência sexual (pedofilia e pornografia on line). Um traço comum da legislação inspirada no ‘direito penal contra o inimigo’ é o que na doutrina germânica se designa por ‘criminalização antecipada’ (Vorfeldkriminalisierung), fundamentalmente reconduzível a: (1) tutela marcada e intencionalmente antecipada de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade no paradigma do crime de perigo indirecto de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (Tatbestände) incriminadores com especial subvalorização dos pressupostos objetivos essenciais do direito penal caracterizadores do Täter (Gesinnung) strafrecht; (4) inversão do *onus probandi* atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas”. Ibid.

⁷³ Conforme refere Jakobs, “para Rousseau e Fichte, todo delinqüente é, de per si, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é... Conseqüentemente, quem não participa na vida em um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expellido (ou impellido à custódia de segurança); em todo o caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’, como anota

o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra [...]. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos.⁷⁴

Mas quais áreas de atuação poderiam sofrer a incidência desse “direito penal do inimigo”? Que setores “extremamente perigosos” haveriam de ser selecionados para a aplicação do “direito penal do inimigo”? Segundo Jakobs, o legislador está cada vez mais utilizando uma legislação “de luta”, por exemplo, no âmbito daquela criminalidade que afeta à sociedade de risco, como a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada e os delitos sexuais. Ademais, a punibilidade avança, cada vez mais, para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente aos fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.⁷⁵

É inegável a perfeição com que Jakobs retrata o atual contexto da ciência conjunta do direito penal na sociedade de risco, com a conseqüente proliferação de punições antecipadas (seja pela popularização das prisões cautelares, seja pela antecipação da tutela penal nos crimes de perigo).⁷⁶ O direito penal do inimigo possuiria, assim, três características bem salientes, como refere Cancio Meliá: amplo adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e relativização de garantias processuais.⁷⁷

expressamente Kant, ‘como um inimigo’ (p. 28-29) ...”só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como conseqüência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real (p. 45)”. “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 (p. 49)”. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 28-29 e p. 45 e p. 49. Interessante é que, noutro trabalho, o mesmo Jakobs refere que o direito penal funcional não é hostil ao sujeito, porém, de forma contraditória, afirma que Luhmann tem razão quando aduz que não existe exclusão de pessoas na sociedade, embora isso não signifique que “todos os seres humanos sejam pessoas”. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003. p. 19 e 21.

⁷⁴ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 30.

⁷⁵ Ibid., p. 35-36.

⁷⁶ Também não se pode deixar de referir a situação de prisioneiros em Abu Graib ou Guantánamo, para os quais não foi ofertada nem a condição de prisioneiros de guerra, mas de “combatentes inimigos”, o que os colocava numa situação de “limbo” jurídico. Aí, mais uma vez, tem completa e inteira razão Jakobs, pois se “trata de perseguição de delitos mediante guerra”.

⁷⁷ Ibid., p. 67.

Ademais, não há, na visão de Jakobs, nenhuma alternativa ao “direito penal do inimigo” que seja perceptível na atualidade.⁷⁸

Também, com uma visão funcionalista acentuada, mas com intensidade menor que a de Jakobs, encontra-se Schünemann, no que diz respeito ao problema da transformação do direito penal retributivo em direito penal preventivo.

Schünemann assevera que “la transformación del Derecho penal retributivo en un Derecho penal preventivo, no significa en modo alguno que ahora se pueda renunciar a la reprochabilidad individual, sino que ésta há pasado de ser un requisito de la punibilidad necesario y suficiente, a ser tan sólo un presupuesto necesario de la misma”.⁷⁹

Segundo Schünemann, que entende a ligação entre política criminal e sistema de direito penal como uma derivação da Teoria da obtenção do direito⁸⁰, não se pode diminuir a participação da espécie humana no contrato social, pois esse é um contrato de toda a humanidade, que inclui também as gerações futuras.

Daí a constatação, por parte do autor, de que seria equivocada a teoria pessoal do bem jurídico, pois o Estado deveria proteger também as gerações futuras. Schünemann aduz que a teoria pessoal do bem jurídico consubstancia uma perversa inversão no ordenamento de valores, pois faz com que o direito penal proteja valores egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a sociedade.⁸¹ Ainda, segundo Schünemann, “si tenemos en cuenta, además, que la teoría personal del bien jurídico naturalmente incluye la protección de la libertad individual de actuación que presta el tipo de coacciones, prácticamente, y llevado la cuestión a sus últimas consecuencias,

⁷⁸ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin; HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 60.

⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. “La política criminal y el sistema de derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 3, p. 710, sept/dez. 1991.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 694.

⁸¹ Com o mesmo teor, a leitura e citação de MACHADO, Marta Rodriguez. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 180. (Monografias/IBCCRIM, 34).

se impone la valoración que esta teoría tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que las condiciones de vida de generaciones futuras”.⁸²

Por conseguinte, o direito penal deve ter uma estratégia enérgica de revisão, capaz de edificar uma viragem interpretativa de matiz intervencionista e preventivo.⁸³

Para Schünemann, essa viragem do direito penal é necessária para que o direito penal não fracasse na defesa dos bens jurídicos da pós-modernidade. Para o mesmo autor:

cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho Penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho Penal, negativa que necesariamente há de fracasar en la finalidad del Derecho Penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar la condiciones de actuación de la sociedad moderna.⁸⁴

⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 2, abr. p. 17-49, 1996.

⁸³ STRATENWERTH apud PALAZZO, Francesco. “Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia.” *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 71, jul. 1999.

⁸⁴ SCHÜNEMANN chega a referir-se a posição da Escola de Frankfurt como a “Cassandra del Estado de Derecho”. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002. p. 57. A citação do corpo do texto em “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2, abril 1996, p. 31. Também MACHADO, Marta Rodriguez. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 183. (Monografias/IBCCRIM, 34). Acompanhando a crítica de Schünemann à Escola de Frankfurt, mas alargando-a ao pensamento do “Direito Penal de Duas Velocidades”, de Silva Sánchez, está MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quem a teoria de Hassemer deve ser comparada à teoria do Big Crunch (ainda não verificável cientificamente, como a do Big Bang), segundo a qual a expansão das galáxias possui um limite, ou melhor, um ponto de retorno, a partir do qual o Universo não só deixará de expandir-se, mas irá começar a contrair-se até se tornar um ponto similar ao que deu origem ao Universo. O autor salienta a posição de Hassemer, para o qual o direito penal se manifesta sobretudo na parte especial dos Códigos, através da criação de novos delitos. Assim, no que concerne ao espectro econômico, o novo direito penal teria uma clara orientação para a proteção de bens supraindividuais, o instrumento principal para proteger tais bens seria a técnica do perigo abstrato, que “amplia enormemente o âmbito de aplicação penal”. Tudo isso traria uma consequência, o surgimento de delitos sem vítimas ou com vítimas disseminadas. O autor ainda refere que a teoria de Silva Sánchez, seria uma versão melhor acabada do Big Crunch, com seu direito de modelo dual. Ainda, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “por outra parte, importa resaltar que la aludida falta de justificación de la intervención penal en la esfera económica es algo que se vincula esencialmente a una deslegitimación de los bienes jurídicos supraindividuales y consiguientemente a una descalificación de los tipos de peligro abstracto como técnica de tipificación penal. De ahí que a continuación proceda a analizar tales cuestiones, partiendo de la premisa (relativizadora) básica que aquí se há acogido, a saber, la de que las infracciones delictivas económicas más graves deben permanecer siempre en el núcleo duro del Derecho penal, sin perjuicio de que otras infracciones de menor entidad puedan tener cabida en un Derecho penal alternativo que no recurra a la pena privativa de libertad.” (p. 99). “Por de pronto, conviene tener en cuenta que entre los delitos económicos la doctrina española especializada suele incluir delitos cuyo bien jurídico directamente tutelado no es de naturaleza supra individual, sino puramente individual (el patrimonio), por más que se considere que

Ainda, segundo Schünemann, há bens jurídicos relativos ao meio ambiente, que não podem ser reduzidos a uma consideração antropocêntrica, já que se destinam também às gerações futuras e, em razão disso, devem ser protegidos até contra os seres humanos. Portanto, nesse caso seria plenamente justificada uma ampla intervenção antecipada do direito penal através de tipos acumulativos.⁸⁵

Assim também diz Stratenwerth, para quem o papel do direito penal é o asseguramento do futuro (*Zukunftssicherung*), sendo contraditório que tutele apenas bens jurídicos individuais, fazendo vista grossa às lesões ou colocação em perigo de bens supraindividuais, como, por exemplo, o meio ambiente.⁸⁶

Também para Marinucci e Dolcini deve ser reformada a ciência do direito penal, muito em decorrência da globalização do mercado financeiro, que se tem caracterizado por inúmeros escândalos, como uma verdadeira patologia disseminada por toda a Europa.⁸⁷ Além disso, o mundo empreendedor seria responsável também

mediatamente pueden afectar al orden económico. Podríamos, pues, decir que en estos casos estamos ante los delitos acumulativos desde la perspectiva del bien jurídico mediato, lo cual no posee relevancia desde el punto de vista técnico de la interpretación del tipo penal, aunque sí puede cobrar algún relieve (como un argumento más) de cara la cuestión de la legitimación de la intervención penal (lesividad en abstracto). A este esquema se ajustaría los delitos societarios (salvo la figura del art. 294), los delitos contra la propiedad industrial, los delitos de competencia desleal y (si se opta por incluir esta categoría entre los delitos económicos) los delitos de insolvencias punibles. (p. 101). “En suma, si se admite el recurso al Derecho penal para proteger bienes jurídicos individuales tradicionales (como salud o patrimonio) frente a las agresiones características de la sociedad moderna, que se desarrollan en el marco de los “contextos de acción colectivos”, hay que tener en cuenta que la única técnica de tutela imaginable es la acudir a los delitos de peligro y, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto. Una cosa implica la otra. El delito de peligro abstracto comporta el empleo de una técnica que va indisolublemente ligada a la protección penal anticipada de aquellos bienes jurídicos. Es más, creo que hay que compartir la opinión de Schünemann, cuando con carácter general afirma que la radical oposición de la escuela de Frankfurt al delito de peligro abstracto supone hacer fracasar el Derecho penal en su tarea de protección de bienes jurídicos (fundamentales), al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. Y ello resulta entonces reaccionario porque - entre otras razones - bloquea la necesaria aportación de la Ciencia penal a una legitimación críticamente constructiva de dichos tipos” (p. 103). Com respecto a ello, comparto la idea de que el genuino criterio legitimador para la identificación de un bien jurídico penal no puede ser outro que el configurado por las convicciones generales, esto es, un criterio “democrático”, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Este es único criterio coherente con una sociedad pluralista, construida por ciudadanos autorresponsables y críticos, a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran que es fundamento imprescindible para la convivencia (p. 105). “Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico.” In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal, 2004. p. 91-106.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 191.

⁸⁶ STRATENWERTH, Gunther. “Zukunftssicherung mit Mitteln des Strafrechts?” *ZStW*, [S.l.], n. 105, p. 679-96, 1993.

⁸⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. “Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità.” *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Padova, ano 42, fasc. 3, p. 802-803, luglio/sett. 1999.

pelos grandes atentados ao meio ambiente, o que colocaria, no banco de prova, a plausibilidade de um direito penal mínimo.⁸⁸ Marinucci e Dolcini fazem críticas severas aos posicionamentos de Ferrajoli, Baratta e Hassemer, que buscam restringir o âmbito de atuação do direito penal, indagando: Il diritto penale ‘minimo’: una proposta negligente o neoliberalista?

Para Marinucci e Dolcini,

in tutte le sue versioni il diritto penale ‘minimo’ si propone di estromettere i beni collettivi dall’ambito del diritto penale: sarebbe illegittimo il ricorso alla pena come strumento di tutela dei beni collettivi perché non si tratterebbe di beni giuridici veri e propri, ovvero, in termini criminologici, la loro offesa non avrebbe vittime in carne ed ossa. Questa tesi è però totalmente infondata.⁸⁹

Segundo os autores italianos, o que caracteriza o direito penal contemporâneo é, sobretudo, uma crescente atenção aos bens coletivos, fruto não de uma visão panpenalística de controle social, mas de transformação econômico-institucional. Há, em tais casos, uma vitimização em massa, decorrente da grande criminalidade econômica e ambiental.⁹⁰ O direito penal moderno deve corrigir sua natureza tendente à hipertrofia, mas deve realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.⁹¹

Impõe-se ressaltar, é verdade, que Dolcini e Marinucci, em contrário à ideia de Jakobs, não propõem a adoção de um direito penal do inimigo, porquanto se mantêm nos limites de um direito de tutela aos bens jurídicos, salientando que a “*a garantia dos direitos de liberdade do cidadão impede, de facto, o legislador, de antecipar o recurso*

⁸⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. “Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità.” *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Padova, ano 42, fasc. 3, p. 808, luglio/sett. 1999.

⁸⁹ Ibid., p. 813.

⁹⁰ Ibid., p. 814. Como aduzem, em tom irônico, MARINUCCI e DOLCINI: “I più ‘rigoristi’ dicono ‘no al carcere’ e ‘si alle pene interdittive’ (35). Una proposta di questo genere provocherebbe probabilmente un vibrante applauso in un’assemblea di dirigenti industriali di ogni paese, bem felici do scongiurare il rischio del carcere e consapevoli che l’impresa nel cui interesse hanno commesso reati non macherà - nel caso in cui essi venissero condannati ad una pena interdittiva - di ripagare il loro operato con lucrosi contratti do consulenza...” “Le libertà propugnate - senz’altro con le migliori intenzioni - dai fautori del diritto penale ‘minimo’ sembrano pertanto identificarsi non con le libertà dei cittadini, ma piuttosto con la più illimitata e incontrollata libertà di impresa: ciò che si propone non è un diritto penale negligente, bensì un diritto penale neoliberalista”. Ibid., p. 815 e 817.

⁹¹ Ibid., p. 820.

*à sanção penal ao momento em que se manifestem, de qualquer modo, vontade ou personalidades hostis à lei, impondo-lhe que espere a verificação de lesões tangíveis ou ameaças à integridade desta ou daquela realidade ou relação existente no mundo exterior. Se, todavia, a obra do legislador se traduzir em uma formulação com possíveis e múltiplos significados literais que abarquem, de tal sorte, também comportamentos não lesivos nem perigosos para o bem jurídico a proteger, caberá ao intérprete garantir os direitos de liberdade do cidadão, reconduzindo a repressão penal aos limites estabelecidos pelo princípio da ofensividade”.*⁹²

⁹² MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. “Constituição e escolha dos bens jurídicos.” Tradução de José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 4, fasc. 2, p. 154, abr./jun. 1994. Ainda sustentam MARINUCCI e DOLCINI, acerca da Constituição Italiana, que, “opondo-se a modelos não-liberais, como os que são próprios do moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade ao Estado ou à comunidade, ou do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa - assegura, portanto, à legislação penal a forma característica de um direito penal liberal.” Ibid. Os penalistas italianos ainda vão além, aduzindo acerca da obrigatoriedade ou não de criminalização de bens jurídicos constantes da Constituição, que, “segundo a nossa maneira de ver, não existem obrigações constitucionais implícitas de incriminação deduzíveis do carácter dos direitos fundamentais dos bens em jogo. Tal carácter é, sem dúvida alguma, um índice do *merecimento* de uma tutela enérgica, como aquela que pode ser assegurada através da pena. Todavia, determinar que um determinado bem *merece* ser tutelado, porque se trata de um bem de elevada categoria constitucional, não significa ainda que tal bem tenha necessidade de receber uma tutela penal. Só um direito penal *retributivo* as escolhas político criminais do legislador podem deter-se no estádio do ‘merecimento’ de pena: em um direito penal da retribuição - como foi explicitamente defendido pelo Tribunal Constitucional alemão na referida sentença de 1975 sobre o aborto e por uma parte da doutrina italiana - a pena tem uma *função estigmatizante* e de *reafirmação do valor tutelado* e ao direito penal cabe o papel de linha divisória ‘entre o justo e o injusto’. Reconhecido no bem um valor, a ofensa ao bem - segundo a concepção retributiva - reclama o recurso à pena, para a *reafirmação daquele valor*. Qualquer consideração sobre a eficácia, ou até sobre a danosidade do uso da pena se torna de todo irrelevante. Se, pelo contrário, abandonando o paradigma retribucionista, se concebe a pena como meio de prevenção geral e especial, será necessário interrogar-se não só sobre o ‘merecimento’ mas também sobre a ‘necessidade’ da tutela penal, conforme à idéia da pena como *ultima ratio* (não possibilidade de substituição por outras sanções igualmente eficazes, não danosidade, etc). Em um direito penal da prevenção não se pode de facto falar de obrigação de tutela penal - ou da manutenção da pré-existente tutela penal - apenas pelo facto de um determinado bem possuir uma categoria, ainda que muito elevada, no sistema constitucional: também em presença de uma grave ofensa a um bem de grande importância são, na verdade, múltiplas as considerações que podem opor-se ao recurso à pena por parte do legislador ordinário. Em primeiro lugar, *outros instrumentos* de controlo social e jurídico, menos gravosos do que a pena, podem resultar *igualmente idóneos* para os fins da prevenção; em segundo lugar, mesmo quando fosse dúbia a eficácia preventiva desses outros instrumentos, a renúncia à pena poderia ser imposta pela verificação empírica de que a pena comporta *custos superiores aos benefícios*: a incondicionada tutela penal de um bem não só pode determinar o sacrifício de um ou mais bens não menos eminentes, como pode até ter efeitos criminógenos, arrastando outros comportamentos ilegais, lesivos de outros bens, às vezes mesmo de maior importância.” Ibid., p. 184/186. Interessante é que posteriormente, no mesmo texto, os autores afirmam: “Na realidade, a relação entre Constituição e escolhas de incriminação é mais complexa do que possa resultar da análise até agora realizada. Fica, com efeito, sublinhado, que o *relevo constitucional* de um bem é índice seguro da sua importância e, portanto, de um dos dois pressupostos primordiais do recurso à pena: o *merecimento* de tutela penal. Importantes, logo merecedores de tutela penal, podem ser, como se sabe, também os bens não referidos, nem sequer indirectamente, pela Constituição: todos os bens constitucionalmente relevantes são, contudo, incontestavelmente *merecedores de tutela penal*. É notório, por outro lado, que entre os bens constitucionalmente relevantes se deixam linear diferenças de categoria que se traduzem em diversos graus de importância e, por conseguinte, de merecimento de pena.” Ibid., p. 191. Assim, não parece clara e segura a diferenciação entre bens de “elevada categoria constitucional”, que não obrigatoriamente necessitariam de tutela penal e bens “constitucionalmente relevantes”, que seriam “incontestavelmente” merecedores de tutela penal.

Ainda assim, vê-se também uma ideia funcional bem alinhada, com forte fundamentação e capaz de instrumentalizar, de maneira bem relevante, o direito penal.

1.3 A solução da Escola de Frankfurt frente aos grandes riscos

Visão diametralmente oposta àquela que foi antes referida tem a Escola de Frankfurt⁹³, capitaneada, assim poderíamos dizer, por Hassemer.

Prima facie, Hassemer indaga: “Afim, com que exatidão o Direito Penal pode responder à criminalidade moderna? Será que ele atinge essa criminalidade? Atinge o alvo a que se destina, ou não?”.⁹⁴

Na sociedade de risco, há uma crescente dificuldade em encontrar orientações estáveis. Os grandes riscos da tecnologia moderna, segundo Hassemer, afiguram-se-nos como incontrolláveis e produzem um clima generalizado de ameaça e insegurança. Tais sentimentos de insegurança, entretanto, não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência da “des-solidarização” e intranquilidade sociais, de forma que, em determinadas situações, “há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira”.⁹⁵

Ao tentar evitar os megarriscos e proteger-se deles, a sociedade corre o risco de, como salienta Hassemer, enfraquecer perigosa e definitivamente as garantias do direito penal e do direito processual penal: “La necesidad cada vez más extendida en la sociedad y en el Estado, de dominar peligros y prevenir grandes catástrofes vuelve su mirada hacia el Derecho penal. Se exigen intervenciones rápidas y efectivas allá donde surge la amenaza. La opinión pública política confía en que el Derecho penal

⁹³ Quando aqui se refere “Escola de Frankfurt”, quer-se apenas alinhar certos posicionamentos de alguns autores alemães que apresentam sensíveis pontos de convergência com o pensamento de Hassemer.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. “Perspectivas de uma moderna política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 42, out./dez. 1994.

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. “Segurança pública no Estado de direito.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 63-64, jan./mar. 1994.

cuenta con la suficiente potencia para ello. El ruego de la ciencia liberal en el sentido de no tocar el tradicional Derecho penal nuclear y no manipularlo como simple adorno para la resolución de problemas suena cada vez más anacrónico. La legislación, apoyada por gran parte de la doctrina, corresponde al milímetro a las expectativas con endurecimiento de la amenaza penal tanto con la creación de nuevos tipos como con la ampliación de las sanciones, la utilización de delitos de peligro sobre la base de bienes jurídicos universales vagos, el adelantamiento de las barreras de lo punible, la inclusión de nuevos métodos de investigación y de prueba y nuevas formas de imputación”.⁹⁶

O direito penal e o direito processual penal, cada vez mais, segundo Hassemer, vêm sendo adotados como instrumentos de combate, de forma que se vê claramente um aumento dos marcos penais, além de uma criminalização em âmbitos anteriores ao da própria comissão de um delito, novos tipos penais, a limitação da presunção de inocência, da proporcionalidade, do segredo de comunicação.⁹⁷

Assim, “se há ido pasando de una tendencia crítica frente al derecho penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante y en el cual se justifica el derecho penal”⁹⁸, “El Derecho penal y la pena están de moda, se han convertido en la panacea social y no pocos penalistas, que han tenido que sufrir una existencia profesional a la sombra del Derecho civil, el ‘auténtico’ Derecho, la ‘cumbre’ de la Jurisprudencia, ven este hecho com satisfacción”.⁹⁹ Tal fenômeno não é isolado,

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente las exigencias de su tiempo.” In: MUNÓZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española), ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 50-51.

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 25, jul./set. 1998.

⁹⁸ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, Revista, año 12, n. 46/46, p. 277, abr./sept. 1989.

⁹⁹ HASSEMER, Winfried. “Por Qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal).” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, 2. época, p. 318, enero 1999. Ainda na visão de HASSEMER, o direito penal tem enfrentado os mais diversos problemas da atualidade, como as fraudes à seguridade social, a contaminação do meio ambiente, estruturas do crime organizado, drogas, corrupção, de forma que não se pode mais falar que a sua alça de mira não esteja dirigida aos poderosos, motivo pelo qual o aforisma de que a ciência penal não se dirige aos “peixes grandes” é água passada. O fato é que, sob certo aspecto, HASSEMER tem razão, pois, inclusive nos países em vias de desenvolvimento, como o Brasil, é cada vez maior o número de investigações policiais e ações processuais criminais contra os “poderosos”. Algumas ações, no entanto, são tão espalhafatosas que acabam por deslegitimar a ação da polícia e do Ministério Público perante a comunidade jurídica, mas não perante a “opinião pública”.

mas comum aos mais variados recantos do globo, primordialmente nos países em vias de desenvolvimento, onde impera uma tradição de resolução puramente “normativa” e “simbólica” dos conflitos e dos problemas sócioeconômicos.¹⁰⁰

A proteção de bens jurídicos, outrora um princípio negativo de criminalização, mercê da sociedade de risco, da insegurança coletiva e individual crescente, acabou por se tornar um princípio positivo de criminalização. Ou seja, a conduta do legislador que, no pretérito, era criticada, hoje impõe-se como verdadeira panacéia. Com isso, segundo Hassemer, “*se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos*”.¹⁰¹

Porém, na concepção de Hassemer, o Estado não deveria utilizar métodos pelos quais perderia a prevalência moral sobre o delito, correndo o risco ainda de colocar em perigo a credibilidade e a confiança da população no ordenamento jurídico estatal.¹⁰²

Ao contrário, é a partir do paradigma de uma teoria pessoal do bem jurídico que devem ser enfrentados os novos riscos. Isto é, uma política criminal correta deveria fazer a devida conexão entre a determinação do merecimento da pena e a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.¹⁰³

Entretanto, é palpável a tendência moderna do direito penal: “La economía, el medio ambiente, el abuso de drogas o del procesamiento de datos son los campos en los cuales el legislador penal moderno desplegará su actividad reguladora. El instrumento adecuado a la conformación de estos delitos *son los delitos de peligro abstracto. Esto significa, en primer lugar, un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad: en vez de una víctima visible, en vez de un daño*

¹⁰⁰ Importa repetir, o fenômeno da reação propagandística do direito penal não é isolado, pois “há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um direito penal simbólico”, conforme HASSEMER, Winfried. “Perspectivas de uma moderna política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 43, out-dez 1994.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 2, p. 239, enero-abr. 1992.

¹⁰² HASSEMER, Winfried. “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 29, jul./set. 1998.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, Revista, año 12, n. 46/46, p. 276-277, abr./sept. 1989.

y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa. Desde el punto de vista del bien jurídico esto significa una disolución del concepto: el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o ‘unidades funcionales de valor’.¹⁰⁴

Hassemer tece aqui uma das mais acutilantes críticas contra o direito penal do risco, ao repreender vigorosamente os crimes de perigo abstrato, aduzindo que eles reduzem, de forma drástica, as possibilidades de defesa, em virtude da ausência de necessidade de comprovação de uma qualquer lesão.¹⁰⁵

Como se não bastasse, não se pode negar, sob o ponto de vista de Hassemer, que o direito penal do meio ambiente e o direito penal econômico podem significar um obstáculo a uma política criminal eficaz.¹⁰⁶

Há uma tendência moderna de vasta criminalização de tais setores e que

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, Revista, año 12, n. 46/46, p. 279, abr./sept. 1989.

¹⁰⁵ Para HASSEMER, “el segundo instrumento del Derecho Penal moderno, el cual sirve claramente a esta ampliación de la capacidad, es la forma delictiva de los *tipos de peligro abstracto*. Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al derecho penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados. Es fácil comprender por qué el legislador adopta este camino. La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del Derecho Penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalizó. La tarea del juez resulta muy aligerada. Con la reducción de los requisitos para castigar (de los delitos de peligro abstracto respecto de los delitos de lesión) se reducen, naturalmente también, las posibilidades de defensa. Los presupuestos de la pena son restricciones a la punibilidad. Pero al mismo tiempo disminuyen también las pautas que el legislador da al juez para interpretar los tipos penales...Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto como instrumentos del Derecho Penal moderno comportan aún un problema ulterior, el cual no debiera ser subvalorado. Cuando en los ámbitos mencionados se trabaja con los referidos instrumentos penales, a largo plazo se diluye la claridad y la percepción del injusto. Los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen en absoluto de ella. Ya no se exige ninguna lesión. El injusto a menudo no es más que el resultado de una evaluación pericial. Los costes de los delitos de peligro abstracto son evidentes y ya explicados: la disminución de los requisitos de punibilidad son al mismo tiempo una disminución de las posibilidades de defensa y supreditan el juez al legislador”. HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 2, p. 242 e 244, enero-abr. 1992.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 245. Sobre direito penal eficaz, leia-se em HASSEMER, Winfried. “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’”. *Estudios Criminales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 15, p. 181-198, 1990/1991. Contudo, impõe-se asseverar também que desprezar a relevância de bens de cariz econômico ou ambiental, nos tempos atuais, em que os grandes danos coletivos e altamente disseminados se dão justamente nessas esferas, também não leva de pronto à noção de eficiência do sistema jurídico-penal. A ineficácia ou ineficência também parece estar ligada mais aos mecanismos processuais de persecução penal em tais esferas, bem como às modalidades de penas e não só em razão da existência de ilícito-típico.

exige uma ação expedita da Justiça, motivo pelo qual as sutilezas da imputação individual e do princípio da taxatividade poderiam oferecer sérios obstáculos ao desenvolvimento da ciência penal.

Tais garantias de um direito penal de índole liberal, opõem-se ao anseio irrefreável do direito penal moderno, pois este se requer, para Hassemer, “flexible y generalizado para poder dar una respuesta a los continuos problemas sociales surgientes. El principio de taxatividad es enemigo de un Derecho flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Ello no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas la ocasiones”.¹⁰⁷

Não é possível negar, segundo Hassemer, que a sociedade moderna amplia as possibilidades de ação e cria, com suas novas instituições, novas possibilidades de lesão. E, ainda, afirma: “Sería necio querer rescatar los principios jurídicos clásicos mediante la subestimación de este desarrollo. El abuso masivo de drogas, la contaminación del medio ambiente y los ataques que amenazan las estructuras económicas o tecnológicas de comunicación crean nuevos problemas sociales que la teoría del bien jurídico también debe plantearse”.¹⁰⁸

A resposta frente a tais desafios, decorrente da adoção de uma teoria pessoal dos bens jurídicos, é a funcionalização dos interesses gerais e do Estado a partir do indivíduo ou os “bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses - conciliados - del individuo. El fundamento de esta tradición es una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre”.¹⁰⁹

Ou seja, o bem jurídico se situa num campo de tensão entre indivíduo,

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 2, p. 245, enero-abr. 1992.

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, Revista, año 12, n. 46, p. 280, abr./sept. 1989.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 281.

sociedade e Estado, tratando-se de um interesse humano que requer proteção, de forma que só se justificaria a tutela de outra instituição, caso houvesse a referência, ainda que subsidiária, à pessoa humana.¹¹⁰

De certa forma, Hassemer acaba por rebater as críticas de Schünemann, pois afirma que “un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos com la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre. Esto significa, por ejemplo, que el bien jurídico de los delitos contra la fé pública no puede ser la seguridad del tráfico jurídico, sino la totalidad de quienes intervienen en este tráfico jurídico y, con ello, de los interesados en la integridad de los instrumentos de prueba, o que el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por sí mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre”.¹¹¹

Não é, por conseguinte, uma funcionalização do indivíduo perante o Estado, senão do Estado para o indivíduo. Assim, sem bem jurídico, segundo uma visão mais clássica, não haveria direito penal.¹¹²

Hassemer vai além e adverte aos que pretendem aceitar, sem maiores interrogações e invectivas, os bens jurídicos universais, ponderando que correm o risco de aceitarem um direito penal não como *ultima ratio*, mas como “*prima o incluso como sola ratio*”.¹¹³

¹¹⁰ Para HASSEMER, o conceito de bem jurídico deve ser suficientemente aberto para permitir uma decisão do legislador penal. HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoria personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, año 12, n. 46-46, p. 282, abr./sept.1989.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 282-283.

¹¹² HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 46, fasc. 2, p. 238, enero/abr. 1992.

¹¹³ *Ibid.*, p. 284. Ainda para HASSEMER, “un Derecho penal que se circunscribe a los bienes jurídicos de la persona y sólo atiende a los bienes jurídicos de carácter colectivo cuando éstos se pueden aprehender con precisión y guardan una relación con intereses de carácter personal (como por ejemplo, la puesta en peligro del tráfico vial, la búsqueda de la verdad formal en un proceso, o la posesión de objetos peligrosos), representa una concepción de la pena distinta a la de un Derecho penal que protege la capacidad funcional de las subvenciones o del tráfico de divisas o que incluso permite la imputación colectiva de hechos a personas jurídicas, por ejemplo a una junta directiva, como probablemente vamos a ver en un futuro. Un Derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al Derecho administrativo y ello repercute también en la concepción dela pena que defienda. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables (y de la confirmación de las normas lesionadas a través de ese restablecimiento, vid. *Supra*, VIII); se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al Derecho penal del Derecho administrativo o de policía, há devenido molesta y

A solução para o enfrentamento dos grandes riscos que caracterizam o direito penal moderno, segundo Hassemer, estaria justamente em retirar parcialmente seu caráter moderno. Ou seja, numa redução do direito penal ao seu núcleo duro, ou melhor, mínimo (*Kernstrafrecht*), cujas fronteiras devem ser discutidas em cada caso concreto.

Importa notar que Hassemer não inclui, no seu *Kernstrafrecht*, apenas os delitos de lesão aos bens jurídicos individuais tradicionais, mas também casos de perigo grave¹¹⁴, bem como afirma, de forma categórica, que o direito penal não deve renunciar aos bens jurídicos coletivos, mas que tais bens devem ser descritos da forma mais precisa possível e funcionalizados em relação aos bens jurídicos individuais.

Ademais, seria preciso compreender que o “Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. Eu chamo a isso de ‘Direito de Intervenção’. Este é o caminho, pelo menos, dos meus pensamentos”.¹¹⁵ E o referido “Direito de Intervenção”, segundo Hassemer, seria um direito preventivo, não orientado pelo passado, mas com os olhos voltados para o futuro.¹¹⁶

obsoleta. Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas. No me opongo a una modernización del Derecho penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la prevención de nuevos peligros. A lo que me opongo es a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, sólo porque, en términos comparativos, el Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiendo es una actitud crítica y vigilante. Ello demostrará, por ejemplo, que los medios con los que el Derecho penal cuenta son idóneos para la prevención de determinados riesgos, o que los principios irrenunciables de un Estado de Derecho, como la presunción de inocencia o la proporcionalidad de la sanción de un problema. El reciente proyecto sobre la lucha contra la criminalidad organizada es buena prueba de ello”. HASSEMER, Winfried. “Por Qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal).” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, 2. época, p. 318 e 329-330, enero 1999.

¹¹⁴ HASSEMER refere como casos de perigo grave, a formação de associação criminosa e os delitos que causam perigo ao Estado (definição que se nos antolha como demasiadamente ampla), que seriam também exemplos que o direito penal deveria conter. HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 46, fasc. 2, p. 248, enero/abr. 1992.

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. “Perspectivas de uma moderna política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 41, out./dez. 1994.

¹¹⁶ “[...] um campo do direito que tem de se organizar preventivamente. Nosso Direito Penal sempre se orientou pela repressão, sempre se orientou pelo passado e, por bons motivos teima em continuar assim. Mas hoje necessitamos é da prevenção, por que a repressão vem tarde demais. Pense-se em uma intervenção precoce, oportuna, no campo da corrupção. Se se tiver um funcionalismo corrupto, acabou, pois essas coisas precisam ser combatidas antes de se instalarem. Os bens ou direitos, nesse

Também expoente de uma visão mais restritiva do direito penal, Prittwitz refere que, frente à sociedade do risco, é preciso diferenciar o direito penal do risco (*Risik strafrecht*) do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*). O “direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda - o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta de resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada - independentemente de se descrever o direito do risco como um ‘direito que já passou a ser do inimigo’, como o fez Günther Jakobs em 1985 - naquela época ainda em tom de advertência - ou se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente”.¹¹⁷

Assim, a internacionalização (europeização, ocidentalização) do direito penal é um fator extremamente relevante para delinear o presente e o futuro da ciência penal. Mais ainda em razão de essa mesma ciência ter se preocupado de forma muito abstrata e filosófica com a legitimidade do direito penal.¹¹⁸

Dessa forma, segundo Prittwitz, frente a uma sociedade de risco, o direito penal surge também como decorrência da descoberta sociológica do risco, referida

campo, tem que ser universais, o que resume tudo o que falamos até agora. É importante que se aja no início, no nascedouro, por isso chamamos ‘Direitos de Intervenção’. Nesse aspecto, os direitos coletivos são muito mais importantes que os direitos individuais. É importante que os direitos da coletividade, do funcionalismo, da justiça, da bolsa, dos subsídios, do mercado de capitais estejam no centro dessa área do direito e esse ‘direito de intervenção’ pode ser orientado pelo mercado, algo que no Direito Penal não cabe. É um mundo diferente, o Direito Penal nunca pode orientar-se pelo mercado, como por exemplo: no campo do direito ambiental, da poluição ambiental em grande estilo, pode-se trabalhar com permissões de poluição até determinado limite. O Japão propôs e o debate alemão assumiu o risco, negociando permissões de poluição como ações na bolsa, para tornar isso transparente, para não dar uma resposta repressiva tarde demais, quando a poluição já aconteceu, mas uma resposta suave e precoce, mas efetiva. Ibid., p. 50.

¹¹⁷ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 32, mar./abr. 2004. E também sobre a crise do direito penal e da política criminal na sociedade de risco: *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise Von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. PRITTWITZ, Cornelius. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993 (Juristische Abhandlungen; Bd. 22).

¹¹⁸ Ibid., p. 34.

por Luhmann e já citada anteriormente. Ou seja, o direito acaba também por ser moldado pela sociedade do risco.

Frente aos anseios da sociedade de risco, o direito penal acabou por percorrer um caminho de expansão, o que se comprova de forma empírica, segundo Prittwitz. Tornou-se comum o direito penal do risco “*admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio-ambiente, a saúde da população, e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis - deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal - e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos*”.¹¹⁹

O direito penal do risco deve servir a objetivos necessários e justos, impondo-se, segundo Prittwitz, uma funcionalização não somente com o intuito de minimizar o risco, mas também com o objetivo de acrescer as garantias subjetivas.

Prittwitz também procura responder à crítica de Schünemann, segundo a qual o ceticismo em relação ao moderno desenvolvimento da ciência penal seria um *lobbysmo* disfarçado. O que se constata *não é a eficiência* do moderno direito penal, mas, conforme Prittwitz, a deformação do perfil do direito penal, que nada ou quase nada tem a apresentar como sucesso ou prognósticos plausíveis de sucesso. Pior, os problemas que o moderno direito penal deveria resolver estão em ascensão e sem solução (ecologia e economia). “Às vezes, há até que se temer efeitos colaterais contraproducentes pela aplicação do direito penal.”¹²⁰

Na mesma linha, Herzog salienta que o direito penal deve permanecer como *ultima ratio* e que “*hoy en día casi todas la manifestaciones de desorganización social y de debilitamiento de la conciencia de la responsabilidad llevan a reclamar el*

¹¹⁹ PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 39, mar./abr. 2004.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 40-41.

derecho penal y a una actividad legislativa temperamental.”¹²¹

Herzog afirma que “a la vista de numerosos avances de la sociedad post-moderna, comparto la valoración popular de que las máximas directivas de esta sociedad ignoran al hombre y son tendencialmente destructivas”.¹²²

A crescente e incontrolada intervenção do direito penal faz com que o Estado de Direito penetre, cada vez mais, na vida social, transmudando-se em Estado policial e de medidas intervencionistas, sendo os delitos de risco um primeiro passo nessa direção. ¹²³

A política criminal já não tem um projeto global e se torna insensível aos limites de eficácia do direito penal. Ainda, para Herzog, o direito penal se encontra frente ao “trilema regulador” de Günther Teubner: “El legislador percibe cada vez más necesidades de regulación jurídica respecto de ámbitos sociales de problemas cada vez más distantes, y en esta tarea se pierde y pierde la referencia respecto de las posibilidades sociales de regulación. Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas. Los ciudadanos se creen esto durante algún tiempo, se alejan de las responsabilidades sociales y, de esta forma, aparecen ámbitos que escapan al consenso social sobre las normas, renunciando a la autoregulación”.¹²⁴

Enfim, Herzog entende que o direito penal do risco não cria paz social, mas

¹²¹ HERZOG, Felix. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo.” *Revista Penal*, n. 4, p. 54, 1999.

¹²² *Ibid.*, p. 54, 1999. FELIX HERZOG escreve que “el Derecho penal - permítaseme la alusión a una cita de Carlos Marx - se convierte así en un médico que, en el hecho de enfermo del capitalismo global tardío, sin diagnóstico, trata inútilmente de curar los síntomas con medios cada vez más severos. La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social. Naturalmente, resulta además mucho más barato, y provoca menos conflictos, endurecer el Derecho penal del medio-ambiente, en lugar de obligar mediante una política de impuestos y de infra-estructuras a las grandes industrias a un cambio ecológico. Las conocidas palabras de Gustav Radbruch, según la cuales no hay que quedarse en la búsqueda de un Derecho penal mejor, sino buscar algo mejor que el Derecho penal, apenas encuentran acogida en la Política criminal dominante”. *Ibid.*, p. 55.

¹²³ *Ibid.*, p. 55.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 56.

tão somente alimenta ilusões sociais sobre ele próprio. Assim, embaralha-se a fronteira entre direito penal e direito de polícia. Portanto, o mais correto seria pôr de lado esse direito penal do risco, sem esquecer os riscos de nossa sociedade, com a conseqüente reflexão sobre alternativas de controle social dos riscos, a fim de se superar a crise da sociedade contemporânea.¹²⁵

Há, portanto, uma larga divergência entre a concepção de Hassemer, Prittwitz e Herzog, em relação à visão mais funcional e expansiva do direito penal, concernente ao pensamento de Jakobs, Schünemann e Kindhäuser.

A divergência é ainda mais aguda, como se viu, em relação à ideia de eficiência, à proteção dos bens jurídicos supraindividuais, à utilização dos crimes de perigo abstrato e ao *modus operandi* do direito penal na sociedade de risco.

Segundo Roxin, a tese da Escola de Frankfurt vem enfrentando intensas críticas. E algumas teriam absoluta razão, especialmente em seu ponto central, de que o direito penal não pode retrogradar na luta que deve travar contra os riscos mais perigosos da sociedade atual, que seriam bem superiores àqueles da criminalidade clássica. Daí a defesa que Roxin faz dos delitos de perigo abstrato.¹²⁶

Mas ainda há uma terceira linha de pensamento, que também possui diferenças intestinas e que será alinhavada adiante, pois configura, salvo melhor juízo, um meio-termo entre as concepções outrora suscitadas.

1.4 A solução para os grandes riscos a partir da redescoberta do axioma ontológico da função penal

Dentre as tarefas de futuro da ciência penal, segundo Roxin, está colocar no

¹²⁵ HERZOG, Felix. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo." *Revista Penal*, n. 4, p. 57, 1999.

¹²⁶ Para Roxin, os delitos de perigo abstrato não devem ser repelidos só por si. Um delito como o de dirigir embriagado seria necessário e justificado, pois frente aos condutores ébrios só se poderia reagir com sucesso antes que algo de mais grave viesse a acontecer. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal: el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 90-91.

banco de prova, as clássicas concepções e, caso seja necessário, revisá-las, e também dedicar-se, com especial atenção e intensidade, aos novos problemas não resolvidos, a fim de que coloquemos o direito penal em desenvolvimento social, científico e técnico.¹²⁷

Como referido d'antes, os novos riscos se apresentam como os grandes desafios da ciência penal. Como enfrentá-los? Até onde estender os delitos de perigo abstrato? Será possível a edificação de uma "ideia de eficiência" como mais um critério legitimador/ deslegitimador do direito penal e do processo penal? São questões, portanto, que não podem escapar à compreensão de uma investigação atual.

Contudo, é preciso compreender, com discernimento e ponderação, a realidade da sociedade de risco, a multi(pluri)- dimensionalidade de uma sociedade fragmentária e avessa à percepção do risco.

É, sem dúvida, uma contradição, pois a sociedade do risco repudia, no que concerne à percepção da criminalidade, a sensação do risco, mas não pode viver sem o mesmo risco para a sua atividade cotidiana, própria do capitalismo pós-moderno.

Qual o papel do direito penal nessa sociedade? Recolher-se à sua pretensa incapacidade e ineficiência ou adaptar-se à sociedade de risco, sem trair antigas e tradicionais conquistas? Enfim, qual o papel do direito penal para a proteção das gerações futuras?

Para Figueiredo Dias, na sociedade atual, que assumiu o significado de uma

¹²⁷ ROXIN, Claus. "La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro." In MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española), ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 389. Ainda, segundo afirma Roxin, "Tampoco puede ignorarse que el desarrollo de la legislación y de la justicia en el terreno de la Administración de Justicia Penal en los últimos 20 años se ha desplazado cada vez más a la llamada idea de la eficiencia orientada a la eficacia de la función, con la cual que la seguridad jurídica pierde terreno frente al margen de decisión de los Tribunales y de los órganos de persecución penal. Especialmente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos son puestos cada vez en mayor medida a disposición de ponderaciones procesales, que a la carga socavan estas garantías de una forma dudosa en un Estado de Derecho." *Ibid.*, p. 392-393.

“ruptura epocal” com um passado recente, percebe-se um choque antropológico brutal, devido ao colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança. Assim, impõe-se não apenas reformar o direito penal, mas uma “*nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política*”.¹²⁸

A sociedade de risco traz problemas novos e incontornáveis ao direito penal. Faz-se necessário superar a razão técnico-instrumental, a *ratio calculatrix*, “Por isso aquela superação implica pôr fim à “cegueira ontológica” em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência. Implica, também, reconhecer em definitivo, não importa em que domínio do pensamento ou da ciência, a impossibilidade da cisão absoluta entre sujeito e objeto com que se quis animar o “projecto da objetivação total e da plena transparência de pensar e ser”.¹²⁹

Assim, conforme assinala Figueiredo Dias, em citação já frisada, o direito penal não pode negar a sua “quota-parte” de legitimação para a proteção das gerações futuras. Repele, pois, a ideia de uma auto-regulação e auto-organização.¹³⁰

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 75, p. 1124, 2003.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos de doutrina penal: o direito penal na ‘sociedade do risco’*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 158 e 163.

¹³⁰ Deixar fruir assim as coisas, escreve FIGUEIREDO DIAS, nada mais é do que defender a tese “ - hoje assaz difundida - da *auto-regulação social* como forma por excelência, se não a única viável, de oferecer um futuro à humanidade perante os novos e grandes riscos que sobre ela pesam. É a predição de que o Direito perderá a palavra na sociedade do futuro; numa sociedade onde tanto no domínio dos princípios, como no dos efeitos ou conseqüências não haverá mais lugar para um pensamento que, como o mocho, levanta vô só ao anoitecer, que deixa as coisas acontecerem para depois tentar remediá-las e cuja intervenção é por isso por essência retrospectiva e não prospectiva, conservadora e não propulsora, aniquiladora e não protectora das vítimas do sistema, que somos todos nós. Não parece todavia que esta idéia da auto-regulação social atinja sequer os limiões da utopia, antes é bem possível que nela se trate de um equívoco. Uma verdadeira auto-regulação significaria pedir ao mercado - na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade industrial - o remédio para a doença que ele próprio inoculou”. DIAS, Jorge de Figueiredo. “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 75, p. 1125, 2003. Concorde-se com o conteúdo da ideia. Mas não no seu todo. O fato é que o mercado é também uma ordem de cooperação espontânea (por vezes, nem tanto, é verdade, como se está a ver!!!) como diria HAYEK. *Arrogância fatal: os erros do socialismo*. Tradução de Ana Capovilla e Candido Prunes, Porto Alegre: Ortiz, 1995. Assim, poder-se-ia afirmar ser ele também o produtor de grandes esperanças e facilidades da sociedade industrial, como o grande avanço da medicina, da qualidade de vida das pessoas e dos meios tecnológicos de informação, em patamares jamais antes imaginados. É bem verdade que a voracidade desse mesmo mercado é a causadora da crise mundial, aprofundada em setembro de 2008. Assim, não parece que se deva imputar só ao mercado, mas fundamentalmente às ações e fatos praticados pelas pessoas, físicas e jurídicas (com o perdão daqueles que entendem que essas não praticam “ações ou omissões”), as vicissitudes e os sucessos da sociedade de risco. O que falta é de fato uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política.

A tutela dos novos ou grandes riscos da sociedade de risco, segundo Figueiredo Dias, “deve continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal”.¹³¹

Figueiredo Dias não nega o papel relevante que outras esferas do direito podem vir a ter no enfrentamento dos novos riscos, como um *Interventionsrecht*, mas julga infundado pensar que com eles se esgote o papel que cabe ao direito. No entanto, entende que a tutela que o direito penal pode oferecer não é absoluta, mas deve se caracterizar pela criminalização das *ofensas inadmissíveis*. Assim, aduz que o direito penal deve realizar também a tutela dos bens jurídicos coletivos, ainda que de forma subsidiária.¹³²

Face a tal concepção, repele a ideia de Hassemer, de uma visão “exasperadamente antropocêntrica” dos bens jurídicos coletivos, devendo estes ser aceitos, sem tergiversações, como “bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais”.¹³³ Isso em razão de o caráter supraindividual do bem jurídico não excluir a existência de interesses individuais que com ele convergem (no caso, a legitimidade e possibilidade de que todas as pessoas possam usufruir e gozar os referidos bens jurídicos).

Mas Figueiredo Dias vai além, sustentando que “ao direito penal não poderá reconhecer-se a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos que ameaçam as gerações futuras se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da *individualização* da responsabilidade penal”, de modo que “a uma protecção jurídico-penal das gerações futuras perante os mega-riscos que pesam sobre a humanidade torna-se pois indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um *princípio de responsabilização penal dos entes coletivos*

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco.’” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 55, jan./mar. 2001.

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo. “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 75, p. 1129-1130, 2003.

¹³³ *Ibid.*, p. 1131.

como tais”.¹³⁴

Em que pese apregoar a necessidade urgente de tutela dos bens jurídicos coletivos, a responsabilização das pessoas coletivas, bem como a aceitação dos crimes de cuidado de perigo¹³⁵, Figueiredo Dias é enfático e veemente ao defender a manutenção de um certo paradigma jurídico-iluminista: “Deste modo, julgando manter-me ainda fiel ao paradigma jurídico-iluminista que nos acompanha e que confio que possa continuar a ser fonte de desenvolvimentos e de progressos mesmo no seio da ‘sociedade de risco’; e que possa por isso continuar a assumir o seu papel na insubstituível (se bem que parcial) função tutelar também dos interesses das gerações futuras”.¹³⁶

Em função disso, “tem de recusar uma “evolução” do paradigma penal que

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 75, p. 1132, 2003.

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS afirma “Que a partir daqui, tais delitos devam ser construídos como delitos de perigo abstracto, de perigo concreto ou de perigo abstracto-concreto (de ‘idoneidade ou de ‘aptidão’), ou mesmo como delitos de lesão, constitui já somente um problema de relevo subordinado, uma questão dogmática de segunda ordem.” E prossegue, mais adiante: “Essencial me parece neste contexto - e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar - não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos *delitos de perigo abstracto*; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil. Se apesar disso se aceita a legitimidade jurídico-constitucional desta espécie de delitos - como creio dever aceitar-se, suposto que se encontrem respeitados em espécie os parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que em última instância se visa proteger - a questão que então se coloca é a de saber se o aludido ‘enfraquecimento’, em matéria de direito penal colectivo, da relação entre acção e bem jurídico não tem de ir, para que a tutela dispensada por um tal direito se revele minimamente eficaz, demasiado longe e não obriga, por isso, a aceitar ‘estruturas novas e atípicas de imputação’ particularmente questionáveis (quando não censuráveis) à luz dos princípios jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito”. DIAS, Jorge de Figueiredo. “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 75, p. 1136, 2003.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 1138, 2003. Também em “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade de Risco’”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 65, jan./mar. 2001. “O novo século e o novo milénio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo património irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado pelo futuro - mesmo um futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais - porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas nem por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”.

passa a colocar em causa a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização, em que o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual.”¹³⁷

Nesse contexto, percebe-se que o âmbito de proteção do direito penal vem se expandindo, inclusive com a violação do princípio da taxatividade e a adoção e proliferação de termos vagos e porosos, com cláusulas gerais ou de intenso

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos de doutrina penal*. O direito penal na sociedade do risco. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169. Interessante é a assertiva crítica de FIGUEIREDO DIAS à funcionalização extrema do direito penal do risco, que está a assumir um certo caráter anglo-saxónico, nomeadamente norte-americano. O que nele se discute, afirma FIGUEIREDO DIAS, “é a possibilidade de levar ainda mais longe, neste campo, o dogma da razão calculadora ou actuarial. Até ao ponto de aí se falar já de uma actuarial justice, cujo propósito não seria mais o de actuar sobre a vida das pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de regular certos grupos (de pessoas ‘perigosas’) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos. O que conduziria (muito para além do problema em análise), aqui sim, a uma radical substituição do paradigma penal que começou por desenhar-se e da sua base de legitimação, agora procurada na máxima *eficiência do sistema* ‘em matéria - são justas palavras críticas de Pedro Caeiro - de redução dos danos globais inerentes ao crime através da adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção, como no plano da repressão’. O que sobressai nesta concepção é a tentativa de levar ainda mais longe - até aos limites - o dogma da razão técnico-instrumental, em vez de reconhecer a necessidade urgente de sua superação. Mesmo não curando da questão prática de saber se os grandes riscos são susceptíveis de ser integrados numa conta risco/prémio (se são susceptíveis, neste sentido, de ‘socialização’), o que está aqui sobretudo em causa é, mais do que a ‘cegueira’ de que atrás foi questão, a verdadeira ‘inimizade’ pelo axioma onto-anropológico do direito penal e por uma ordem axiológica (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí há-de por força derivar para salvação da nossa sociedade e da sociedade futura. Nem a “eficiência” pode constituir base de legitimação democrática; nem se vê como um sistema actuarial possa eximir-se a cair numa nova e ainda mais contestável ‘justiça de classe’, com a consabida substituição de antigos ‘explorados’ pelos novos ‘excluídos’”. Ibid., p. 170. Deixemos aqui o registro, por demais relevante: não se pode acreditar numa Justiça atuarial, criticada com absoluta correção por Figueiredo Dias, mas quem sabe acreditar numa concepção diferenciada de direito penal, com mais um referente importante para avaliar a sua própria legitimidade. Aliás, e aqui nos lembramos de uma lição de COSTA ANDRADE, em sala de aula: o direito penal não pode estar desacompanhado de uma ideia de legitimidade. E aí se pergunta, onde estará a legitimidade (inclusive democrática) do direito penal se ele estiver desacompanhado da ideia de “eficiência”? Ou ainda mais incisivo: é legítimo um direito penal sem a mínima eficiência? Não aquela eficiência utilitarista ou instrumentalizadora, mas uma outra forma de se pensar o direito penal, sem perder a noção de que ele próprio também tem função a cumprir, uma função de proteção dos bens jurídicos. Isso para não esquecer a antiga lição de Hans Kelsen acerca da eficácia e da validade da ordem jurídica: “*Uma análise do pensamento jurídico demonstra que os juristas consideram válida uma constituição apenas quando a ordem jurídica nela fundamentada é eficaz. Este é o princípio da eficácia. Que uma ordem jurídica seja ‘eficaz’ significa que os órgãos e sujeitos dessa ordem, de um modo geral, conduzem-se de acordo com as normas de ordem. Uma ordem pode ser eficaz como um todo mesmo se uma norma ou outra forem aplicadas ou obedecidas em certos casos em que, conforme seu próprio significado, deveriam ser aplicadas ou obedecidas.*” “*Nenhuma ordem social, nem mesmo a que chamamos ‘moralidade’ ou ‘justiça’, é considerada válida se não for até certo ponto eficaz, isto é, se a conduta humana regulamentada pela ordem absolutamente não se conformar com ela. É a eficácia de uma ordem social que, na linguagem usual, é chamada a força ou o poder por trás da ordem.*” KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 218 e p. 287.

conteúdo valorativo¹³⁸, de forma que, na lição de Silva Sánchez, “a pretensão de evitação da lesão de um interesse pessoal ou patrimonial dá lugar a descrição de condutas lesivas, concretamente perigosas ou inclusive abstratamente perigosas para os mesmos. Esse vem sendo o âmbito da progressiva extensão do Direito Penal”.¹³⁹

Os textos legais não oferecem mais bases suficientes para concretar o nível de risco jurídico penalmente relevante em relação com o bem jurídico de que se trate. Assim, o bem jurídico se associa de modo certamente mecânico com a *ratio legis*; e, por sua parte, parece estimar-se a concorrência de um risco jurídico-penal relevante tão logo se constate a realização gramatical dos elementos do tipo. O conjunto representado pela regulação legal e as propostas interpretativas efetuadas evocam mais a imagem de um ilícito de mera desobediência, sancionatório, orientado à proteção secundária de um determinado modelo de gestão setorial-administrativo que a de um injusto criminal.¹⁴⁰

Outrossim, como assevera Silva Sánchez, os chamados bens-jurídicos supraindividuais se caracterizam, em particular, pela indefinição de suas margens e a conseqüente dificuldade em determinar quando se pode estimar efetivamente lesionado um bem dessa natureza.¹⁴¹

E assim, como salienta Silva Sánchez, alimenta-se a ideia da necessidade de um direito diferenciado para atender ao anseio de combate à criminalidade sócioeconômica da sociedade de risco. E, assim, surge: “[...] un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impongan penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) y se flexibilicen los criterios de imputación. Y, también por

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Supremo Tribunal Español.” *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 4, v. 15, p. 42, jul./set. 1996.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha. São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 128. (Série As Ciências Criminales no Século XXI).

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español.” *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 10, jul./set. 1998.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 12.

ello, cabría incluso estimar razonable la creación de un sector intermedio, judicializado, que se ocupara de injustos (y sanciones) para los que es mejor la garantía de imparcialidad del juez (entre otras) y quen sin embargo, no tuvieran el estigma de lo criminal. En esa línea cabe situar probablemente el Interventionsrecht propugnado por Hassemer y otros autores.”¹⁴²

Assim, segundo a cosmovisão do pensamento jurídico de Silva Sánchez, o direito penal da globalização e da integração supranacional será um direito crescentemente unificado, mas também menos garantista, em que se flexibilizarão regras de imputação e em que se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Isso em razão de a globalização exigir do direito penal uma abordagem *mais eficaz* frente à criminalidade.¹⁴³

Mas o penalista espanhol vai além, afirmando que o direito penal da globalização não é direito penal. Tal direito se concentra na delinquência econômica e organizada, o que daria vazão a criação de um direito penal de duas velocidades.

Outra característica flagrante do moderno direito penal seria a sua marcante “administrativização”, essencialmente nas áreas do meio ambiente, dos delitos de trânsito e da criminalidade econômica, bem como uma “transição rápida do modelo de delito de bens individuais” ao “modelo delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais”¹⁴⁴, ou seja, “o Direito Penal, que reage a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’”.¹⁴⁵

A sociedade do risco faz surgir, nesse contexto, o chamado “Estado de

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Política criminal ‘moderna’? considerações a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 22, jul./set. 1998.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 66, out./dez. 1998.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha. São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 113. (Série As Ciências Criminais no Século XXI).

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 114.

Prevenção”, ou o que alguns denominam de *regulatory State*, o qual busca uma prevenção comunicativa ou contrafática (cominação de sanções penais e administrativas para quem cria o risco), substancialmente mais afastada do momento da lesão.¹⁴⁶

A fim de “gerir” os riscos da sociedade atual, o direito penal passa a olhar, novamente, para a idéia de *neutralização*, o que é percebido com assombrosa facilidade, primordialmente no direito anglo-saxão e norte-americano.¹⁴⁷

Toda contingência atual, impediria, por via de consequência, uma volta ao “velho e bom direito penal liberal”, segundo Silva Sánchez.¹⁴⁸ Tal situação induziria a uma outra via de solução, consubstanciada na criação de um “Direito Penal de Duas Velocidades”.

Ou seja, tratar-se-ia de uma “modernização caracterizada - não se deve esquecer - pela expansão e pela flexibilização dos princípios políticos-criminais e regras de imputação também no Direito Penal das penas privativas de liberdade. Não se trata de voltar a um Direito Penal liberal que nunca existiu nos termos em

¹⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha. São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 125-127. (Série As Ciências Criminais no Século XXI).

¹⁴⁷ Veja-se os casos das leis *three strikes* (incorporadoras do princípio *three strikes and you're out*), bem como as teorias da neutralização seletiva (*selective incapacitation*), que prevêem até prisão perpétua caso os criminosos cometam três infrações penais sucessivas. Conferir *Ibid.*, p. 131. Utiliza-se, outrossim, raciocínios que levam em conta o custo/benefício das prisões, como por exemplo: “segregar 2 anos 5 delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de 4 delitos por ano, gera uma ‘economia’ para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contrapartida, se esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar 5 anos 2 delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a ‘economia’ social é de 200 delitos; e assim sucessivamente. De ser admitida a correção do anterior *modus operandi*, a *selective incapacitation* mostraria significativamente vantagens econômicas perante a indiscriminada, ou cega, geral *incapacitation*.” Citação de SILVA SÁNCHEZ, em referência à obra de BACKMORE/WELSH, *Selective incapacitation: sentencing according to risk, Crime & delinquency*, outubro de 1983, p. 504 e ss e WILSON, VON HIRSCH e TONRY, *Principled sentencing*, VON HIRSCH/ASHMORTH, p. 1448 e ss., 158 e ss, 165 e SS, em *A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, Tradução de Luiz Otavio Rocha, São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 131-132. (Série As Ciências Criminais no Século XXI). Impende de qualquer comprovação o caráter de desproporcionalidade das teorias citadas, ofensivas aos ordenamentos jurídicos democráticos como o brasileiro e o português. Sobre a ausência e dificuldade de obtenção de dados empíricos a fim de se determinar a eficiência das penas no direito penal, especialmente em Espanha, leia-se MEDINA ARIZA, Juan José. *La eficacia y eficiencia de las penas*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-r2, p. 1-3, 2000). Disponível em: <<http://criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha, São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 136. (Série As Ciências Criminais no Século XXI). Ou seja, impediria uma volta do direito penal ao seu núcleo tradicional, como almejava HASSEMER.

que agora é apresentado, mas tampouco de aceitar sem reparos o processo de desnaturalização do sistema de garantias do Direito Penal¹⁴⁹.

Ainda, conforme Silva Sánchez, num modelo de “Direito Penal de Duas Velocidades”, a pena de prisão seria destinada aos fatos mais graves, quando também seriam ofertadas aos acusados todas as garantias tradicionais do direito penal clássico. Contudo, em casos sem a mesma gravidade, para os quais não seria determinada pena privativa de liberdade, o rol de garantias e o modelo de imputação poderiam ser flexibilizados, embora devesse ser mantida uma instância judicial penal, de modo que fossem preservados os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.¹⁵⁰

Ou seja, o que realmente é sugerido por Silva Sánchez é uma reformulação bem aprofundada do direito penal, que teria um matiz mais restrito em matéria de penas de prisão e mais amplo e extenso quando se tratasse de aplicar penas não restritivas de liberdade. Como referimos, surge aí o chamado “Direito penal de duas velocidades”; “uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-ia de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção”.¹⁵¹

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha, São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 143. (Série As Ciências Criminais no Século XXI).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 146-147. Assim, prossegue SILVA SÁNCHEZ: “pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si só, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão - já produzida - do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica”. *Ibid.*, p. 147.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 148.

Por fim, Silva Sánchez ainda descreve o que chama de “direito penal da terceira velocidade”, semelhante em muito ao “direito penal do inimigo”, de Jakobs, nos casos, por exemplo, de delinquência sexual, patrimonial profissional, criminalidade organizada e terrorismo. Tal direito, de cuja existência real não se poderia duvidar, traria à baila, sem sombra de dúvida, a discussão acerca de sua legitimidade. O penalista espanhol ainda acolhe com reservas “a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos restritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável.”¹⁵²

Ficaria assim irrespondida a questão sobre o fato de o “direito penal da terceira velocidade” ou do “inimigo” ser ou não um verdadeiro “direito”, embora seja perceptível, como refere Silva Sánchez, que o “direito penal dos inimigos” irá, ilegitimamente, estabilizar-se e crescer.¹⁵³

Com uma visão refratária ao funcionalismo extremado, mas sensível à necessidade de modernização de alguns paradigmas do direito penal contemporâneo, desde que não subvertam as mais valiosas garantias decorrentes do Iluminismo, também se encontra Faria Costa.

No cenário globalizado em que estamos inseridos, o fenômeno da criminalidade atinge relevantes proporções, muito também em decorrência de uma insegurança premente do viver cotidiano. Um viver cada vez mais inconstante e incerto, fragmentário e multifacetado, no qual a aceleração do tempo é uma realidade.

Para Faria Costa, numa sociedade que “cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real”, “a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio Rocha, São Paulo: RT, 2002. v. 11, p. 148-149. (Série As Ciências Criminais no Século XXI).

¹⁵³ *Ibid.*, p. 151. Também de SILVA SÁNCHEZ sobre a conjuntura do moderno direito penal, leia-se: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

rápidas e eficientes - e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade - que a mundivência actual, um pouco frivolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo”.¹⁵⁴

Não se pode, assim, fechar os olhos para a realidade, mas é preciso descortinar um caminho não refratário ao novo e consciente às qualidades do passado, mas como “*projectar tudo isso em um horizonte ético?*”, “*Em um quadro ético que também ele se encontra em mutação ou, talvez pior, em metástica desagregação?*”.¹⁵⁵

Segundo Faria Costa, alinha-se, no atual panorama, uma ideia de Estado Punitivo, caracterizado e estribado em ideias-força, tais como: “adopção de uma cultura do controlo (uma sociedade civil que quer instituir um modo de vida colectivo que afaste o risco, uma espécie de mundo da fantasia onde o risco seja igual a zero); proliferação de leis de emergência; aumento de leis de tonalidade securitária; tolerância zero; estratégias globais diferenciadas; diminuição das garantias processuais; tentativa de neutralização axiológica perante o aumento fantástico da carcerização; defesa de um ilegítimo, mas já difuso, direito penal do inimigo, afirmação da soberba ética e contracção insustentável de espaços livres de direito.”¹⁵⁶

Tal Estado deve ser repellido, combatido, a fim de que se mantenham eretas e sólidas as garantias já conquistadas em inefáveis jornadas. Isso não significa, como reconhece Faria Costa, que se queira defender uma política criminal transigente e permissiva; ao contrário, o que se deve almejar é uma política criminal consequente, forte e empenhada.¹⁵⁷

¹⁵⁴ COSTA, José Francisco de Faria. “O fenómeno da globalização e o direito penal econômico.” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 34, p. 15, abr./jun. 2001.

¹⁵⁵ COSTA, José Francisco de Faria. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou Playdoyer por um direito penal não securitário.” *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3934, p. 33, set./out. 2005.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 39. E ainda aduz FARIA COSTA: “O fundamental é acreditar que politicamente se devem fazer mudanças estruturais no sistema punitivo, que se têm que operar mutações, racionalmente sustentadas, na própria estrutura e função jurídica do Estado, que se têm de modificar tantas e tantas coisas das relações sociais. O essencial é assumir uma atitude de maior e firme maleabilidade - aquilo a que poderíamos chamar uma política criminal de geometria variável - dentro do ordenamento nacional, internacional e comunitário. De que maneira? Desde logo, diminuir as leis penais, torná-las claras, límpidas e precisas e, acima de tudo, aplicarem-se as penas de forma rápida e consequente.

Nessa esteira de pensamento, Faria Costa aceita a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, não só em razão de a relação de cuidado de perigo permear todo o ordenamento jurídico-penal, numa espécie de “teia relacional”¹⁵⁸, mas também em virtude de os referidos delitos objetivarem, por intermédio de um adensamento, a proteção de bens jurídicos com dignidade penal.¹⁵⁹

Também admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois estas representam um real construído¹⁶⁰, “um dos nódulos essenciais do modo de ser comunitário das actuais sociedades pós-industriais”¹⁶¹, sendo “descoberta pelo direito penal e pela criminologia como um centro suscetível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”, verdadeiro “topos ‘de onde’ a criminalidade económica pode advir”¹⁶².

Almeja, dessa forma, que se tenha um comportamento ousado face aos desafios da ciência penal, com uma ousadia capaz de “transformar qualitativamente o direito penal em qualquer coisa de melhor”¹⁶³, ainda que tal se apresente como uma meta, uma utopia, fazendo a ressalva de que, “mesmo que não consigamos chegar a esse lugar, que é o lugar dos não-lugares, mesmo que, como nós, se ache que o crime é uma manifestação onto-antropológica do modo-de-ser da humanidade e como tal inarredável, urge que não nos deixemos seduzir pela via fácil do endurecimento do direito penal”.¹⁶⁴

Evitar as amnistias e indultos e tudo o que seja manifestação de um direito de graça. Alterar alguns pontos da arquitectura processual penal. Repensar os órgãos nacionais da prossecução penal. Tomar as medidas de cooperação internacional inteligíveis. Fazer tudo, mas tudo, para que os incipientes direito penal e processual penal da União se mostrem simples e de aplicação comezinha. Isto, que parece qualquer coisa de evanescente, não é mais do que uma singela tentativa de concretizar uma nova ideia de refundação de uma política criminal que a todos deve servir”. Ibid.

¹⁵⁸ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 388.

¹⁵⁹ Ibid., p. 641.

¹⁶⁰ COSTA, José Francisco de Faria. “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal).” In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 515.

¹⁶¹ Ibid., p. 503.

¹⁶² Ibid., p. 505-506.

¹⁶³ COSTA, José Francisco de Faria. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou Playdoyer por um direito penal não securitário.” *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3934, p. 39, set./out. 2005.

¹⁶⁴ Ibid., p. 39.

1.5 Proposta intermédia entre a Escola de Frankfurt e a Escola *Conimbrigensis*. Os traços amplos de um caminho prudente para a ciência penal.

Após o passeio doutrinário empreendido por diferentes veredas - passeio esse exaustivo, mas é bom de se ver, marcado pela incompletude por certo, pois seria tarefa inabarcável trazer à baila todos os pensamentos dos autores que, por assim dizer, compõem as diferentes “Escolas” -, parece ser possível delinear os traços amplos de um caminho mais seguro, “eficiente”, equilibrado e sem grandes deambulações para o enfrentamento dos riscos.

Um caminho que tenha a retidão necessária para a orientação a um direito penal e processual penal legítimo e minimamente justo, mas, ao mesmo tempo, fiel a um passado pleno de realizações e conquistas.

Daí a razão pela qual é necessário repelir um ilegítimo “direito penal do inimigo”, não como um direito demasiadamente eficiente, mas sim como um *instrumento* do “não direito”¹⁶⁵, a partir do instante em que sustenta a possibilidade de uma “não pessoa”. Tal não é possível. Como conceber um direito legítimo sem considerar e respeitar a concepção de “pessoa humana”?

Quem sustenta, no direito penal, a ideia de não pessoa, na atualidade não está a falar de direito, mas de meio puro de coerção.¹⁶⁶ Um mero mecanismo de controle. Como assevera Castanheira Neves, “o primeiro sentido da idéia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana”, de forma que “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a

¹⁶⁵ Crítica muito semelhante é a de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66. Também a citação de MARCIC, feita por Castanheira Neves, referindo expressamente que o “*não-direito abriga-se no seio do direito*”. NEVES, António Castanheira. “*A revolução e o direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*.” *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 70.

¹⁶⁶ Em relevante ensaio acerca do aborto, bem como sobre as discussões de um direito penal contra o inimigo e de um direito penal de cidadãos ou de pessoas, assevera Silva Sánchez que não se pode jamais esquecer aquela ideia “que no es conservadora, sino portadora de un ideal revolucionario: El de que cualquier ser humano, libre de toda exclusión, sea acogido, precisamente en virtud de su humanidad real e irrepetible, en el común ‘nosotros’.” SÍLVA SANCHEZ, Jesús-María. “Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del *status personae*.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 18. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

pessoa”¹⁶⁷. A verdade é que “ninguém poderá ser considerado apenas como objecto ou factor fungível num plano de eficácia, antes deverá ser sempre considerado como um valor último, uma pessoa..., mas ainda que nenhuma imposição será legítima, quaisquer que sejam as justificações para ela aduzidas, se não for eticamente fundada”.¹⁶⁸

Um ordenamento jurídico democrático, como o português ou o brasileiro, refuta e repele um “direito penal do inimigo”, pois inadmissível ante uma ordem constitucional legítima e plural.

O que Jakobs chama de *Feindstrafrecht* é já um reflexo da ausência do Estado de Direito, é a supremacia do “direito de guerra” ou mais além, de um “direito de combate” contra “inimigos perigosos”, contra “não pessoas”.¹⁶⁹

Ao utilizar um referencial jurídico desse quilate, o Estado de Direito decai ao “Estado de barbárie”, quando então logo adiante e fatalmente o “direito” vai se voltar não mais contra os “inimigos”, mas contras as “pessoas”, até se transformar o próprio *Feindstrafrecht* no inimigo a ser combatido. Aí será possível constatar uma nova situação de *Rechtsfreiraum*, pois já não haverá instrumentos jurídicos para a proteção do cidadão comum contra a ação do *FeindStaat*, mas uma situação de vazio ou tibieza jurídica, com esteios no ignoto.¹⁷⁰

¹⁶⁷ NEVES, António Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo.” *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 40.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁹ Segundo PRITTWITZ, Cornelius, não se pode também esquecer que “aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo”. PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 44, mar./abr. 2004.

¹⁷⁰ Veja-se o caso das prisões controladas pelo Exército americano em Abu Graihb e Guantánamo, agora em vias de extinção, pelas mãos do presidente Barack Obama, onde os detidos não foram reconhecidos como réus ou como prisioneiros de guerra, mas como “combatentes inimigos”, o que os colocava numa situação esdrúxula de ausência de proteção jurídica. O paradigmático caso dos Estados Unidos da América após o “11/09” reflete bem o que foi dito: para combater inimigos e terroristas, o Estado lançou mão do “USA Patriot Act”, que redundou na “*prisão de centenas de pessoas*” (inclusive advogados de supostos terroristas) “*por longos períodos, cujos nomes são desconhecidos para o público*” (há casos de pessoas que ficaram presas por meses, sem qualquer comunicabilidade). “*Uma outra tática que muitos reconhecerão tem sido a de retirar suspeitos de processos penais e colocá-los sob a custódia militar em nome da segurança. Ali eles não podem fazer uso do habeas corpus e são submetidos a interrogatórios ilimitadamente*”. Ler CHEVIGNY, Paul. “Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 386-407, mar./abr. 2004.

O Estado que se serve do “direito penal do inimigo”, para seguirmos a assertiva de Hassemer, perde a prevalência moral sobre o delito e, para além disso, fratura aquele divisor entre a racionalidade e a irracionalidade, instaura uma metódica autoritária como paradigma penal e passa ele próprio a delinquir, ao não reconhecer a figura do “*outro-como-pessoa*”.

É um dever repelir tal cenário dentro da normalidade democrática, pois inconstitucional e ilegítimo um instrumento jurídico dessa espécie. Tal não significa autoimpor-se uma venda aos olhos, a fim de não enxergar a criminalidade, sobretudo a econômica e a organizada, mas, sim, manter uma postura ativa, ética, equilibrada e democrática ante os novos riscos da sociedade contemporânea. Isso em razão da impossibilidade de se negar como relevantes algumas das ponderações de Schünemann, acerca da importância dos bens jurídicos supraindividuais na esfera econômica e ambiental.

Assim, como referiu Figueiredo Dias, é de se aceitar, “sem tergiversações” ou meias palavras, a dignidade penal de certos bens jurídicos supraindividuais ou transpessoais (como o meio ambiente) - até porque possuidores, na grande maioria dos casos, de um referente interesse pessoal - a fim de se salvaguardar e fazer cumprir um patrimônio constitucional de matriz dirigente.¹⁷¹ Ademais, um conceito histórico-social de direitos humanos permite incluir como possíveis objetos de tutela penal, certos interesses coletivos.¹⁷²

¹⁷¹ Aqui, não ignoramos a relevante ponderação de GOMES CANOTILHO acerca do seu próprio pensamento. Uma ponderação que permite um respiradouro extraordinário para a ideia de Constituição Dirigente (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra: Coimbra Editora, 1982), ao afirmar que “confiar no direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos típicos da subsidiariedade, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos neocorporativos [...]” e assim, “[...] a lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao contrato para as necessidades globais – remover as desigualdades – o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas – contrato democrático – democracia como governo global e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade [...]”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo.” *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 9, 16 e 17, 1996. Defendendo a ideia de Constituição Dirigente para países de modernidade tardia como o Brasil, STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁷² BARATTA, Alessandro. “Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal).” *Doctrina Penal*, Revista Trimestral, año 10, n. 40, p. 623. oct./dic. 1987. Isso não quer dizer que o direito penal deva abrir mão de ser a *ultima ratio* ou uma resposta contingente, isto é, um ato solene de resposta aos problemas fundamentais da sociedade. *Ibid.*, p. 630.

De outra parte, também não se pode negar, às vezes por mor de um dever constitucional, como no Brasil¹⁷³, mas também por ser uma imposição da realidade da sociedade pós-moderna, a necessidade de previsão de uma punição penal para as pessoas jurídicas, em geral, as grandes autoras dos maiores atentados ao meio ambiente e à ordem econômica.¹⁷⁴

A concepção que ora se defende não invalida, de forma alguma, certas ponderações corretamente soerguidas por Hassemer ou Silva Sánchez. De fato, caso se observe o grau de desenvolvimento da sociedade atual, pode-se constatar, facilmente, o quão formal, lento e moroso pode ser o direito penal para enfrentar os grandes riscos. Por isso, a relevância de quem sabe se estruturar, verdadeiramente, um *Interventionsrecht*, que se apresente num estágio de prevenção aos grandes riscos anterior ao do direito penal.¹⁷⁵

Numa sociedade em que a sensação do tempo é pueril, mutável e inconstante, em que o agir eficiente e pronto parece ser uma exigência legítima, impõe-se, como inevitável, delegar ao Poder Executivo - como Administração - uma certa discricionariedade para a proteção de determinados bens jurídicos que não alcançam o patamar da dignidade penal.

Tal se poderia perfazer justamente por um *Interventionsrecht*, mais ágil e maleável, mas menos incisivo e férreo que o direito penal, talvez, por isso, mais proficiente no tratamento dos riscos e perigos de nossa civilização.¹⁷⁶

¹⁷³ Leia-se o parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal do Brasil: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

¹⁷⁴ Nesse teor, a referência de FÁRIA COSTA: “E se o não cumprimento das regras de segurança, por parte da empresa, constitui, evidentemente, um facto desencadeador de uma criminalidade cujo centro de imputação se tem de ir buscar à estrutura organizatória da própria empresa, pesquisando as cadeias de responsabilidade, ou se tem de imputar, *in toto*, à própria empresa, é também indiscutível e de meridiana transparência que os mais profundos e violentos ataques ao meio-ambiente são perpetrados, não pelas pessoas singulares, mas sim pelas pessoas colectivas (expressão jurídica das empresas). Ou, digamo-lo com as palavras de Figueiredo Dias: ‘As maiores e mais graves ofensas à sanidade do ambiente provém, hoje, sem dúvida, não de pessoas individuais, mas de pessoas colectivas’”. COSTA, José Francisco de Faria. “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal).” In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 504.

¹⁷⁵ E aqui, mais uma vez, há de se lembrar de Radbruch: “Não é a melhoria do Direito Penal, mas a substituição do Direito Penal por algo melhor”. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 119.

¹⁷⁶ Não se partilha aqui da preocupação de SERGIO SEMINARA, acerca do risco de criação de uma zona gris subtraída aos mais rigorosos princípios caracterizadores do direito penal liberal e tampouco é temida uma

A “proposta intermédia” passaria por aí, pela conciliação de certos postulados da Escola de Frankfurt e da Escola *Conimbrigensis* com a descriminalização de uma série de delitos e contravenções (no Brasil), que seriam transpostas ou para a seara administrativa, sob a guarida de um novo, célere, eficiente e significativo *Interventionsrecht*, semelhante ao proposto por Hassemer¹⁷⁷ ou até para o quadro de um espaço livre do direito (*rechtsfreiraum*), com um amplo espectro de liberdade e diversidade.¹⁷⁸ A diferença está em que certos bens jurídicos supraindividuais de relevância deveriam também ser protegidos pela tutela penal, de forma subsidiária, nos casos graves de agressão ao meio ambiente ou à ordem econômica. A sanção penal em tais casos, como é translúcido, tem um importante, mas não único, papel de retribuição, prevenção e inibição¹⁷⁹, pois não

suposta e não comprovada “neoliberalização” do direito penal, pois não se retiraria do seu raio de ação todas as lesões da esfera ambiental e econômica. SEMINARA, Sergio. “La evolución del derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva Europea.” In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); MARTÍN, Víctor Gómez (Coord.). *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal, 2004. p. 282-284. De outra banda, como relembra VAN SWAANINGEN, para o controle dos riscos, têm colaborado, muito mais que o direito penal as políticas de segurança, tais como as políticas de redução de danos e de reparação de danos orientadas para as vítimas (no caso das drogas, por exemplo), trabalhos de prevenção com jovens, instâncias administrativas de atuação, principalmente na área de trânsito, novos agentes de controle dos riscos, como agentes de segurança privados, câmeras de vigilância, bancos de dados dos bancos e interligação com órgãos estatais de fiscalização. Querer ficar agrilhado a um penalismo lato e agigantado, mas ineficiente, não é a melhor solução. Ao contrário, proceder assim é, para usar uma imagem de VAN SWAANINGEN, fazer como o professor de informática que ensina o código morse. SWAANINGEN, René Van. “Controle do crime no século XXI: analisando uma nova realidade.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, jan./mar. 2003, p. 117-118.

¹⁷⁷ Assim, seria possível manter um necessário e transcendental espaço livre do direito penal, bem como se daria maior “eficiência” e efetividade ao sistema jurídico. Outrossim, é preciso entender que não é estranho o fato de a sociedade deixar de punir na esfera penal certo tipo de comportamento. HÖFFE, citando NIETZCHE, afirma que “no sería impensable una conciencia de poder de la sociedad, en la que podría darse el lujo más selecto que hay para ella dejar impune a quien le lesionó” “Conforme va creciendo su poder, una comunidad ya no da tanta importancia como antes a las faltas de los individuos, ya que ya no le pueden parecer peligrosas y subversivas en la misma medida que antes para la existencia del todo” e prossegue, “Cuando crece el poder y la seguridad en sí misma de una comunidad, siempre se atempera también el derecho penal. Ou ainda, como diz HÖFFE: “De esa actividad de inmiscuirse científicamente forma parte también la información acerca de que los nuevos riesgos (por ejemplo, respecto de la protección de los datos informáticos o del medio ambiente) exigen nuevas respuestas, pero no necesariamente una nueva criminalización.” HÖFFE, Otfried. “La ciencia, proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin; HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 358-359/365.

¹⁷⁸ Na mesma linha, BARATTA, ao afirmar que a alternativa à criminalização nem sempre é representada por outra forma de controle social formal ou informal. BARATTA, Alessandro. “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal).” *Doctrina penal*, revista trimestral, año 10, n. 40, oct./dic.1987, p. 643.

¹⁷⁹ E não se confunda aqui esta opinião com uma constatação acerca dos fins da pena. Segundo Nilo Batista, “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 86. Não podemos concordar com essa visão. A prevenção nos parece, seja ela positiva ou negativa, antes do que um fim, uma imanência do preceito secundário do tipo penal construído. Não deve ser necessariamente uma função querida e almejada, mas é uma decorrência. Ela dimana da criação do tipo. Ela não existe como um fim. Ela é o que é. Pura e simplesmente existe

pode ser repassada integralmente como “custo de transação”.

Isso não significa querer dar ao direito penal “velocidades” diferentes daquelas que ele naturalmente empreendeu, o que seria subvertê-lo, isto é, chamar “direito penal” o que não será mais “direito penal”, mas arremedo de “direito penal”, seria entrelaçar dois romances de diferentes texturas, tamanhos e propriedades.

Privilegiar certa clientela criminosa com penas não privativas de liberdade (em geral, mais gabaritada e bem aquinhoadas economicamente) e atribuir à outra a severidade do sistema penal (em geral, para a criminalidade comum), é uma diferenciação que soa estranha ao princípio da igualdade e da isonomia.¹⁸⁰ É claro, dir-se-ia - as condutas são diferentes - , mas também há condutas praticadas contra bens jurídicos supraindividuais altamente lesivos, graves e merecedoras de sanção penal privativa de liberdade.

Ao “direito penal” deve ser resguardado o papel de “direito penal”, sensível às orientações constitucionais de proteção dos bens jurídicos supraindividuais, a punição penal da pessoa jurídica, a utilização das técnicas mais sofisticadas, justas e seguras de tipificação, mas sempre vigilante e atento para a manutenção do paradigma de garantias do *Aufklärung*.

ou pode existir. E com opinião semelhante: ELIO MORSELLI, para quem “es erróneo considerar la consolidación y el refuerzo de los sentimientos de justicia, de la fidelidad a la ley e de la conciencia jurídica colectiva como objetivos últimos de la pena en el ámbito de la concepción de la prevención general. Estos son mejor para considerar como ‘efectos inducidos’, o sea indirectos, de la función retributiva de la pena”. MORSELLI, Elio. “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”. In: *Anuário de Derecho Penal Y Ciencias Penales*, t. 48, fasc.1, enero/abr., 1995. p. 273. Sobre teorias retributivas e críticas acerca dessas teorias: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

¹⁸⁰ O risco que se corre é a instituição, a seguir assim um direito penal diferenciado, é a adoção de uma “gestão punitiva da pobreza”, o que se apresenta como mais provável nos países em desenvolvimento, mas não só neles. Leia-se sobre tal problema em Espanha e Estados Unidos: RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal (‘nuevas’ racionalidades punitivas y posible escenarios penales).” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 47, p. 317-353, mar./abr. 2004. No contexto do Estados Unidos da América em especial e com dados aterradores acerca das prisões dos afro-americanos, WACQUANT, Lóic. *As Prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Crítica semelhante também é a de Díez Ripollés: “De un modo insostenible ideológicamente dentro de las sociedades sociodemocráticas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las condutas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos de las clases baja y marginal”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p. 29. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007. p. 29.

Não se trata de propugnar uma “cultura del garantismo unilaterale”, interpretato secondo “un Illuminismo fuori del tempo e dello spazio”, mas efetivamente de um “ritorno alla cultura della vita”, a um “Diritto della vita”¹⁸¹, como um valor das gerações presentes e futuras.¹⁸² Um direito penal preocupado com a pessoa.¹⁸³

Equilibrar o direito penal e o direito processual penal, a fim de torná-los ontologicamente justos, limitadores de abusos e menos simbólicos¹⁸⁴, de forma calibrada e constitucionalizada, não é tarefa simples; talvez seja até impossível, mas impedir de tentar ou fraquejar na tentativa é algo que não se pode aceitar.

Alguns poderão dizer ser uma via utópica e inatingível, ao que se responderia, estribando-se em Faria Costa: *“Via difficil, dizíamos, mas, de qualquer maneira, a única, em nosso entender, que nos torna legitimamente orgulhosos do património espiritual de que somos herdeiros. Não é por vivermos em mundo globalizado que devemos esquecer os princípios, as regras e os axiomas axiológicos que têm feito a grandeza - e simultaneamente a sua fragilidade - dos modelos de vivência comunitária que, com sangue, suor e lágrimas, temos paulatinamente construído desde os tempos da mais remota das antiguidades”*.¹⁸⁵

¹⁸¹ MANTOVANI, Ferrando. “Criminalità sommergente e cecità politico-criminale.” *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, ano 42, fasc. 4, p. 1224-1253, luglio-sett. 1999.

¹⁸² Aqui é de se realçar o princípio da proporcionalidade. Princípio que apresenta uma dupla via, instituidora da proibição do excesso (Übermassverbot) e de insuficiência (Untermassverbot). Daí a razão pela qual não se pode deixar de tutelar, inclusive no campo penal, bens de cariz supra-individual, desde que precisamente descritos, eficientes e legítimos para a proteção de certos valores. Mas também sem esquecer a proibição do excesso, como nas situações em que o bem jurídico atinge um tal grau de abstração, que termina por ser ilegítimo, como no caso da “ordem pública”. Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004. Também fundamental sobre proporcionalidade no direito brasileiro: STRECK, Lenio L. “Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de ‘Como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais’.” *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 80, p. 303-343, 2004.

¹⁸³ O ser pessoa que existe, para seguir Kant, “[...] como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como fim”... “o imperativo prático será pois o seguinte: *age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68-69.

¹⁸⁴ Semelhante à pregação de BARATTA, Alessandro. “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 24, jan./mar. 1994.

¹⁸⁵ COSTA, José Francisco de Faria. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou playdoyer por um direito penal não securitário.” *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3934, p. 39, set./out. 2005.

Assim, almeja-se manter aqueles fundamentos que fizeram do direito penal liberal uma garantia do nosso tempo. Mas também assim se permite olhar para adiante, a fim de afirmar o direito penal como uma garantia legítima e eficiente para o enfrentamento ante os riscos.

1.6 Dissonância de relevo: o tempo real da sociedade de risco e o tempo formal do direito penal

Uma concepção de direito penal que objetive proteger as gerações futuras sem sacrificar antigas conquistas deve discutir também qual o seu tempo. Qual o tempo de um direito penal e processual penal servil aos caracteres antes apontados? Urge reconstruir o tempo desse direito? Mas, afinal, qual deve ser o tempo do direito na Era dos grandes riscos? Antes, será mesmo o tempo um elemento com concretude suficiente para afetar a palpitante realidade do mundo jurídico? A técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato não é a ilegítima antecipação de um tempo apenas possível e quimérico?

Tantas são as interrogações que as respostas, é de se supor, não serão encontradas aqui. Quem sabe, talvez, apenas se possa projetar uma esperança de resolução sobre tais problemas. Isso em razão de a problemática do tempo do direito ser um dos temas mais tortuosos do pensamento humano.

O tempo, como refere Ost, seguindo Norbert Elias, é uma instituição social, embora apresente uma realidade objetiva, tão bem ilustrada pelo curso das estrelas, pela sucessão do dia e da noite ou pelo inevitável e invencível perecimento e envelhecimento do ser humano.¹⁸⁶

O tempo, entretanto, apresenta várias faces, seja o tempo pessoal, o tempo histórico, o tempo individual, o tempo da consciência, o tempo da economia e o tempo do direito.

¹⁸⁶ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 12.

A impressão que se tem é que o tempo, como instituição social, não passa; os seres é que “passam”. Isto é, não é o tempo que se esvai, os seres é que nascem, crescem, envelhecem e morrem; o tempo não, ele não morre nunca, está ali, estanque e imperturbável, numa sucessão sem fim, ininterrupto.¹⁸⁷

Como refere Comte -Sponville:

[...] o passado não existe, uma vez que já não é; nem o futuro, já que ainda não é; quanto ao presente, ou ele se divide num passado e num futuro, que não existem, ou não passa de um ‘ponto de tempo’ sem nenhuma ‘extensão de duração’ e, portanto, já não é tempo. Nada, pois, entre duas nadas: o tempo seria a nadificação perpétua de tudo.¹⁸⁸

No campo do direito, como aduz Faria Costa,

O tempo ou, em um certo entendimento das coisas, a expressão histórica da nossa vivência com o tempo, no tempo e pelo tempo, ou seja, a temporalidade, para se dizer a partir de um outro radical, mais não são do que as manifestações do nosso irrecusável modo-de-ser com o ‘outro’, historicamente determinado.¹⁸⁹

O tempo é o limite absoluto da humana condição de ser com os outros, assumindo-se, assim, como barreira, limitação, constrição, escravatura, mas, porque nele e por ele - e não em qualquer outro tempo - o ‘eu’ que é ‘nós’ é abertura e possibilidade infinitas, então, esse mesmo tempo, que é já temporalidade, é também e simultaneamente a condição primeira da liberdade. É a linha ou a representação

¹⁸⁷ E como não lembrar aqui o poeta Mario Quintana, a discorrer sobre o tempo: “O despertador é um objeto abjeto. Nele mora o tempo. O Tempo não pode viver sem nós, para não parar. Nós, os seus escravos. Só os poetas, os amantes, os bêbados, podem fugir por instantes ao Velho. Mas que raiva impotente dá no Velho quando encontra crianças a brincar de roda e não há outro jeito senão desviar delas a sua cadeira de rodas! Porque elas, simplesmente, o ignoram”. QUINTANA, Mario. *Apontamentos de história sobrenatural*. São Paulo: Globo, 2005. p. 109.

¹⁸⁸ COMTE, Sponville. *O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 44.

¹⁸⁹ COSTA, José Francisco Faria. “O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição).” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 164-165. Para RAFAELLE De GIORGI, o Direito é a artificialidade que vincula o tempo. Mediante esta artificialidade a sociedade se predispõe a um futuro aberto. DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 79.

desse limite assintótico onde todos nos encontramos. Desse ponto ideal em que cada um se vê na vertigem da confluência de todos. Mas sempre e em qualquer circunstância como seres pensados em liberdade, como seres com-os-outros vividos em liberdade.¹⁹⁰

O fato, contudo, é que o tempo hodierno é por demais orientado pela economia. Não se afigura como absurdo afirmar que o tempo da economia é o tempo próprio da sociedade de risco. O tempo do imediatismo, das transações “*on line*”, dos meganegócios da bolsa, das comunicações pela internet, o tempo do *ciberespaço* velocíssimo é o tempo do chamado “pós-moderno”. Vive-se o tempo da “eficiência”¹⁹¹ e o tempo do “efêmero”.

O “Mundo Plano”¹⁹² da megaeconomia gere o tempo social, acelerando-o, exigindo a máxima eficiência, sob pena de não se cumprirem os desígnios de um “necessário desenvolvimento social, econômico e financeiro”, eis o tempo da sociedade de risco.

A urgência, a emergência e a eficiência se tornaram necessidades dessa civilização do risco e da incerteza. O tempo dessa sociedade é o tempo real, do imediato, das imagens ao vivo. As pessoas vivem o cotidiano nesse tempo novo, absolutamente incongruente com o tempo do direito, especialmente o tempo da temperança, que deveria ser o tempo do direito penal.

A sociedade de risco é o império do efêmero, como salienta Lipovetsky.¹⁹³

Prometendo o ‘de imediato’, a urgência alimenta uma cultura de impaciência que faz surgir qualquer transição como bloqueio institucional criticável. [...] É a idéia de percurso que deixa de ser integrada: o caminho que fazemos e o tempo que levamos para

¹⁹⁰ COSTA, José Francisco Faria. “O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição).” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 166-167.

¹⁹¹ Uma crítica em relação à ideia distorcida de eficiência no processo penal está na obra de LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Na obra, os autores fazem uma clara relação entre eficiência e utilitarismo antiguarantista na esfera processual penal.

¹⁹² FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma história breve do século XXI*. 2. ed. Lisboa: Actual, 2006.

¹⁹³ Citado por OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 350.

atingir determinado objetivo - a maturação das coisas e das idéias que torna os fins bem sucedidos.¹⁹⁴

Edifica-se, assim, uma ideia nociva de eficiência e de urgência, como instrumentos para a conquista de uma segurança pura e simples, algo exagerada e inatingível.

Entretanto, o tempo do direito penal deve ser o tempo da sabedoria, o tempo da razão, ele é que deve guiar os destinos de uma ciência prática que se quer mais humana. Isso não significa que tal ciência deva desprezar a eficiência. A eficiência não é uma questão acessória, ao contrário do que sugere Ost.¹⁹⁵ É preciso moldar a ideia de eficiência com um cariz humano; é preciso “ontologizar” a eficiência, de forma a torná-la algo que seja interpretado de forma diferenciada na ciência total do direito penal.

É verdade que, nos últimos “tempos”, é perceptível uma aceleração do tempo do direito penal e, fundamentalmente, do processo penal, com a prodigalização das prisões cautelares.¹⁹⁶ É verdade também que um funcionalismo mais exacerbado vem buscando lançar mão do “eficientismo” como critério para legitimar uma proliferação anormal e até desarrazoada dos crimes de

¹⁹⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 355. Especificamente em relação ao direito penal, segundo Ost, o que se observa é que este “surge como a derradeira expressão da moral comum, a última fonte de sentido num mundo cujas referências móveis e quadros flutuantes aprofundam a inquietude e suscitam o mal-estar, pelo menos tanto quanto libertam. Aos olhos de indivíduos que se tornaram medrosos, o interdito reafirmado e sancionado parece poder estreitar os elos sociais e garantir um pouco da segurança jurídica [...] Esta sobre solicitação da Justiça penal, transformada em instrumento de reconhecimento das vítimas, e esse apelo reforçado à sanção, sinal inverso da norma comum, dão assim uma resposta à questão de saber se, para existir e identificar-se, uma sociedade não precisa de se apoiar em referências fundadoras e experimentar os seus limites. Eis o que poderia explicar o movimento de re penalização da vida social cujos sinais abundam: multiplicação das incriminações, aumento das tarifas repressivas, alongamento da duração média das penas, restrição dos regimes de liberdade condicional, vigilância eletrônica do domicílio: o controlo penal estende-se e a repressão endurece [...]”. *Ibid.*, p. 379. E assim é enfraquecida aquela ideia que OST tem de retemporalização, a memória, que liga o passado, o perdão, que desliga o passado, a promessa, que liga o futuro e o questionamento, que desliga o futuro.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 421.

¹⁹⁶ Sobre a influência do tempo e a prisão cautelar. WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Também CHOUKR, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, e LOPES JÚNIOR, Aury. Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista. In: BONATTO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Lumen Juris, 2002. p. 52-82. Para Rafaele de Giorgi, o cárcere nada mais é, na realidade, do que a fábrica de produção de desvio e violência. DE GIORGI, Rafaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 172.

cuidado de perigo e da diminuição de garantias processuais. Tudo isso é verdade. Entretanto, repete-se, não é em função disso que se deve virar as costas para o estudo da eficiência e para um juízo equilibrado acerca de sua importância para o direito penal e para os delitos de cuidado de perigo.

É aí, justamente, que se deve indagar: a ideia de uma eficiência desbragada não transforma os delitos de cuidado de perigo num corta-circuito simbólico do tempo? Não seria o caso de se afirmar a ocorrência de “uma antecipação daquilo que não está certo nem no porvir”¹⁹⁷, com o assassinio “do único tempo existente do sujeito, o tempo presente”?¹⁹⁸.

Parece que sim, mormente quando não se denota a ofensividade de determinadas condutas, seja pela ausência de violação frontal do bem jurídico, seja pela ausência de uma interferência mais grave no campo de atuação do bem jurídico ou do seu halo.

Antes, porém, faz-se necessária uma miúda digressão, uma prévia e simples abordagem sobre as características desse tempo jurídico da sociedade de risco.

Em verdade, como refere Lopes Júnior,

existe um tempo do Direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição [...] Os juízes são pressionados para decidirem rápido e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais acelerados, esquecendo-se de que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranqüilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado. Em última análise, o processo

¹⁹⁷ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

¹⁹⁸ Ou como refere Ost, não se pode esquecer de que “justiça demasiado curta e demasiado imediata de alguma forma, não dispõe de meta princípio que lhe permita elevar-se acima do frente-a-frente das reivindicações opostas: se cada um pode, com todo o direito, invocar a justiça do seu lado sem se elevar à terceira instância que poderia desempatá-los, onde está a diferença entre essa justiça e a violência nua?”. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 148.

nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção.¹⁹⁹

O tempo presente e a sociedade convivente nesse tempo exigem, como tempo do próprio agir jurídico, um novo tempo de controle, mais ágil, veloz e eficiente, pois “quanto maior a velocidade, mais o ‘controle’ tende a suceder ao próprio ambiente, com o tempo real da interactividade a substituir definitivamente o espaço real da actividade corporal”.²⁰⁰

Daí a necessidade, para seguir-se a perspectiva de Ost, de criação de um “mecanismo de concordância do tempo” do direito (no caso o direito penal) com o tempo da sociedade, mas sempre de forma respeitosa aos caracteres de um direito penal mínimo e moderado.²⁰¹

Não se trata de ser adepto de uma “nostalgia da eternidade”, porém crê-se, honesta e sinceramente, que subverter o tempo do direito penal não seria o correto. “Não se trata de voltar atrás nem de parar o curso do tempo”,²⁰² mas o fato é que o tempo do Direito (penal) deve ser um tempo negentrópico (com um sentido humano).²⁰³

Daí a relevância de um novo sentir acerca da ideia de eficiência, não para legitimar o que não seria legítimo, mas para levar em conta uma categoria do “tempo

¹⁹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. “Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelara: uma leitura garantista.” In: BONATTO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Lumen Juris, 2002. p. 52-82.

²⁰⁰ VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989. p. 113.

²⁰¹ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 17.

²⁰² *Ibid.*, p. 31.

²⁰³ *Ibid.*, p. 31. Como suscita Ost: “Contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso então recordar que a democracia, sobretudo associativa, dá tempo ao tempo - o tempo da informação, o da concertação, o da deliberação virtualmente infinita. Contra as limitações administrativas de um executivo dedicado aos “expedientes”, contra as súmulas de uma justiça mediática cada vez mais “expedita”, contra as tentações da justiça-espetáculo e da democracia plebiscitária, seria preciso lembrar as virtudes daquilo que Dominique Rousseau designa por “democracia contínua”: as virtudes de controlo e do debate cidadão que não se reduzem apenas às épocas de eleições, as virtudes do processo, lento porque faz uso do diálogo, as virtudes dos controlos de legalidade e de constitucionalidade que revelam que a eficácia não é o único princípio pertinente da acção pública. Ser hoje “inactual”, no sentido em que Nietzsche o entendia - isto é, intempestivo e criador, livre em suma - é reivindicar o direito à lentidão. Só dela poderia emergir uma forma inédita de *praxis* social.” *Ibid.*, p. 36-36. Ainda, sobre o carácter aflitivo do tempo no direito penal, leia-se: MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Pedro Dorado e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

presente“, uma categoria necessária para discutir a legitimidade do direito penal e os delitos de cuidado de perigo, até em razão de que, “sem adaptação, nenhuma tradição sobrevive”.²⁰⁴

Importa evitar que o tempo da urgência e do efêmero dê ao direito penal um caráter de *management*, um caráter de gestor dos megar-riscos tão somente, o que lhe retiraria também toda a legitimidade²⁰⁵, afinal “dar tempo é condição para exprimir o direito”.²⁰⁶

O papel do jurista aí se eleva, pois o desafio que a ele se apresenta é: “pensar as vias de abertura do futuro em formas duráveis; romper com o passado, apoiando-se, ao mesmo tempo, nele”²⁰⁷, edificar uma concepção que estude a eficiência de forma democrática e necessária para a legitimação ou não dos delitos de cuidado de perigo, dos atos processuais e do direito penal.

Assim, é preciso equilibrar a ordem criminal com a instabilidade do tempo atual, com a fragmentariedade que lhe é imanente. Para tanto, a ordem penal precisa ser legítima, mas, para ser legítima, necessita ser minimamente “eficiente”. No entanto, a “eficiência” ou aquilo que hoje se pretende com a “eficiência” há de ser constitucional e democrática, pois, só assim, conduzirá ao equilíbrio. Não podemos esquecer ainda que a “ordem” há de ser aberta ao novo e ao futuro, sob pena de carregar, com grilhões inamovíveis, o seu próprio destino.

Portanto, “a incerteza do futuro seria, pois, uma oportunidade para valorizar, e não um perigo contra o qual se precaver: garantir a abertura do futuro seria a tarefa prioritária tanto da ciência (liberdade dos dogmas), como do mercado (liberdade dos limites institucionais) e da democracia (privada das ‘grandes narrativas’, finalmente

²⁰⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 66.

²⁰⁵ Ainda, segundo Ost, “O que distingue um regime de Direito de uma gestão administrativa? Enquanto que, no primeiro, são publicadas regras gerais que cumprimos, garantindo assim ao mesmo tempo a igualdade perante a lei e a segurança na duração, o *manager* não cumpre nem a generalidade da sua regulação, nem a convergência entre as intenções afixadas e os actos estabelecidos. É que o seu princípio de acção é a eficácia, ao passo que o imperativo dos dirigentes no Estado de Direito é a manutenção da confiança mútua”. *Ibid.*, p. 216.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 434.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 227.

adulta).”²⁰⁸

Assim, importa concluir que o tempo da sociedade de risco afeta sobremaneira o tempo do direito penal, com um reflexo claro retratado na restrição de garantias, profusão de novos tipos penais, abundância de prisões processuais e mecanismos intrusivos de investigação e na vulgarização dos delitos de perigo abstrato.

Relevante, portanto, atentar para o fato de que o centro do retorno da imputação de responsabilidade não se situaria mais no presente ou no presente-futuro, mas, sim, no futuro-futuro, segundo o que se depreende da *Fernethik* do pensamento alemão.²⁰⁹ Para Faria Costa, o papel que caberia ao direito, em razão do avanço sem par da técnica, haveria de ser compreendido de forma ponderada, o que não significaria descrença no direito;

ao invés, é crença na utilização ou no emprego de um direito que só deve ser chamado para a regulação daquilo que deve e pode ser regulado pelo mundo axiológico-juridicamente relevante. É crença em que a juridicidade só se cumpre quando nela se refazem os valores. O que quer significar que sendo para nós a justiça um valor, o seu chamamento só tem sentido quando ela e nela se refaz também o valor da própria juridicidade.²¹⁰

Tudo isso exige um novo tempo do direito penal, arrimado na temperança, no tempo como um limite da humana condição do *ser com os outros*, um tempo do direito penal não refratário ao estudo da eficiência, mas ao contrário, construtor de uma ideia democrática capaz de legitimar/deslegitimar a si próprio e aos delitos de cuidado de perigo, substancialmente quando estes, sem ofensividade, operam um autêntico corte simbólico do tempo.

²⁰⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 325.

²⁰⁹ COSTA, José Francisco de Faria. “A linha. algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de ‘técnica’ e de ‘bio-ética’.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 36.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

1.7 Relacionar epistemologia da incerteza e direito penal: possibilidade ou quimera?

A primeira e mais saliente preocupação de uma tese é ter e circunscrever um problema. E foi o que, até aqui, se está a tentar fazer. A forma de apresentar tal problema que se nos afigura como mais correta é defrontá-lo com refutações que a ele possam abalar e até derrubar. Eis a razão do nosso *a priori*²¹¹. E como diz Gadamer, os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica do seu ser.²¹² O intérprete, ao interpretar, somente o faz ou pode fazê-lo a partir dos pré-juízos oriundos da tradição, na qual está jogado.²¹³

E qual é ele, se é que tal já não está claro? É que a “eficiência” não é um valor irrelevante para a ciência conjunta do direito penal e que o enfrentamento desse problema servirá para à legitimar ou deslegitimar, como também aos crimes de perigo abstrato, a forma mais moderna de tipificação de delitos.

Para tanto, impõe-se verificar o direito efetivamente com uma ciência humana, na qual concepções de tendência absolutizante, a maior parte das vezes, decaem pela constante colocação à prova de suas ponderações.²¹⁴

²¹¹ E aí estamos com Popper, quando assinala que “todo conhecimento é *a priori*, geneticamente *a priori*, no seu conteúdo. Porque todo conhecimento é hipotético ou conjectural: é a nossa hipótese. Só a eliminação de hipóteses é *a posteriori*, o conflito entre hipóteses e realidade. É apenas nisto que consiste a componente empírica do nosso conhecimento. E é suficiente para nos permitir aprender com a experiência; suficiente para que sejamos empiristas.” POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 71. Diga-se, ainda, não um empirismo tecnicista, mas aberto como todo o empirismo deve ser. E também humano, pois se está a tratar de uma ciência humana, com ponderações humanas e concepções humanas, portanto respeitáveis e dignas, mas também falíveis. Também GOMES CANOTILHO, em inesquecível conferência do Doutorado, asseverou, de forma lapidar: “todos temos um *a priori*”.

²¹² GADAMER. Hans-Georg. *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. I. Tübingen: Mohr, 1990. p. 281.

²¹³ STRECK. Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 255.

²¹⁴ Para Rafaella De Giorgi, certeza do direito é a certeza de que haverá um direito; não é a certeza dos êxitos decisórios, nem, ao menos, certeza dos direitos: esta certeza não é a relativa aos fundamentos e, muito menos, aos fins. DE GIORGI. Rafaella de. *Direito, democracia e risco. vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 76. O fato é que buscar a certeza total ou a coerência absoluta em qualquer concepção não parece ser o mais acertado. Conforme refere Morin: “O homem tem dois tipos de delírio. Um evidentemente é muito visível, é o das palavras pronunciadas ao acaso. O outro é muito menos visível, é o delírio da coerência absoluta. Contra este segundo delírio, o refúgio está na racionalidade autocrítica e no recurso à experiência”. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003. p. 105.

Parece possível, nesse diapasão, utilizar uma epistemologia da incerteza para edificar e construir uma ponderação com estruturas aceitáveis no campo penal. A “eficiência” pode ajudar a legitimar/deslegitimar o direito penal, o processo penal e os crimes de perigo abstrato? Pode limitar a criminalização e a punibilidade penal? Eis o problema. Importa, pois, tentar falibilizar²¹⁵ tal construção, o que se fará adiante.

O progresso que aqui se pensa em encontrar é para abalar as construções até aqui referidas sobre a eficiência e, a partir daí, pavimentar um trajeto novo sobre tal critério de legitimação/deslegitimação da ciência penal, especialmente do direito penal, do processo penal e dos crimes de perigo abstrato.

Estruturar uma crítica consciente acerca do problema apontado será uma forma de buscar uma aproximação da verdade.²¹⁶ Não uma verdade incontestável e *ex professo*, mas uma verdade que parte de um “ímpeto gnoseológico”²¹⁷ e busca

²¹⁵ Para Popper, “estamos sempre a aprender milhares de coisas com o falibilismo. Aprendemos não só que uma teoria está errada; aprendemos por que é que está errada. Acima de tudo ganhamos um problema novo e focado com maior precisão; e um novo problema é, como já sabemos, o verdadeiro ponto de partida para um novo desenvolvimento da ciência”. POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 29.

²¹⁶ Ou como afirmou Ferrajoli: “A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa a ‘expressão de um ideal’ inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o gnosiológico vulgar. Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como ‘verdadeiras’ no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas...A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que dela possuímos...Tudo isto vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2006. p. 52-53.

²¹⁷ COSTA, José Francisco de Faria. “Consenso, verdade e direito.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 99. Sobre a verdade do mundo jurídico no momento da aplicação da norma, esta é, segundo Faria Costa, tão-só uma verdade intrasistematizada processualmente válida. Por exemplo: “A é acusado de ter morto B. Ora, para que a A se possa aplicar a norma incriminadora relativa ao homicídio mister é que se determine, que se certifique, que foi A que causou dolosa ou negligentemente a morte de B e que, para além disso, na circunstância, não opere ou interceda qualquer causa de justificação ou de exculpação. De um modo comunicacionalmente sustentado no valor do uso da linguagem poder-se-á lançar o mote pertinente de que o que se quer saber é se é ou não verdade ter sido A a matar B. É, por conseguinte, esta finalidade de adequação da realidade à sua representação intelectual que está aqui em causa. Isto que se acaba de

uma correspondência entre uma declaração e a realidade sobre a qual afirma algo.²¹⁸

Uma ideia que se processa a partir do nosso *a priori*: a discussão daquilo que se entende como eficiência como mais um critério legitimador/deslegitimador do direito penal, limitador da criminalização e da punibilidade, do processo penal²¹⁹ e dos delitos de perigo abstrato, e que conduzirá não à certeza total e absoluta, pois esta raramente é objetiva, já que “geralmente não passa de um forte sentimento de confiança, convicção, embora baseado em conhecimento insuficiente”²²⁰, mas até

mostrar, talvez de um jeito particularmente linear mas, impressivamente, racionalizável através do mais simples *instrumentarium*, tem dado azo às mais profundas e aceras discussões. Também aqui - socorrendo-nos, aliás, do legítimo benefício da limitada intenção ou propósitos deste trabalho que nos permite poupar razões e argumentos - utilizemos uma formulação tendencialmente apodíctica: a verdade que se alcança no momento da aplicação da norma de homicídio é tão-só uma verdade intra-sistemática processualmente válida”. Ibid., p. 98. Com teor semelhante no Brasil, como crítica a uma busca incessante da propalada verdade “real” no processo penal, legitimadora de um processo inquisitorial e autoritário, COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro.” *Boletim do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 1, n. 4, 2000 e LOPES JÚNIOR, Aury *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Mas, com isso, não se quer dizer que a ideia de verdade deva ser afastada do processo. Aliás, é comum que se afirme, no Brasil, que a “verdade não existe”. Tal afirmação atinge frontalmente a lógica mais razoável. Afirmar que a “verdade não existe” é uma contradição em si, pois, dessa forma, se está a afirmar uma “inverdade”. Num homicídio é inegável que A foi morto por alguém. Há, aí, uma verdade. Uma verdade incontestável. O fato é que tal discussão acerca da verdade não é simples, mas “verdade” também é que FIGUEIREDO DIAS já traçou as linhas gerais que apontam para a resolução desse problema em processo penal, afirmando tratar-se, em tal caso, da busca de uma verdade que seja processualmente válida. E disse isso não hoje, mas já nos idos da década de 70 do século passado, nas suas lições clássicas de processo penal, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Importante, nesse ponto, trazer a lume uma referência de Lenio Streck. Uma referência que aponta para a busca da verdade. Para Lenio, compreendemos para interpretar. E assim, é preciso buscar a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, pois atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se “desvencilhar” do mundo prático. Dessa forma, Lenio Streck defende uma ideia de constitucionalismo dirigente para países de modernidade tardia, de forma a repelir o ativismo judicial. Daí a legitimação material de seu pensamento. É preciso repelir a verdade argumentativa, atingida por consenso. Impõe-se um aperfeiçoamento a partir da ideia de verdade, um melhoramento de um efetivo controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Isso em razão de que é comum que se admitam várias respostas certas para determinado caso, numa tendência de relativização. A partir de Dworkin, que prega uma única resposta correta e a garantia contra a arbitrariedade embasada na moralidade institucional, Lenio segue a senda de Gadamer, aduzindo existir a possibilidade da resposta correta. Para Lenio Streck, há a possibilidade de resposta correta, aquela que leve em conta a questão constitucional e da hermenêutica filosófica. STRECK, Lenio L. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²¹⁸ POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 59. Isso não significa a certeza, pois a ciência deve ser a busca da “verdade, não da certeza”. Ibid., p. 60.

²¹⁹ E negar não se pode que o tema da eficiência alcance de forma sensível o processo penal, mormente num instante em que o aumento da criminalidade acarreta uma relativização de garantias em busca da “eficiência da instrução processual”, o que afeta não apenas os meios de prova, as prisões cautelares, os ritos processuais, a redução ou extinção dos mecanismos recursais etc.

²²⁰ POPPER. Ibid., p. 87. E prossegue o autor, acerca da certeza: “Tais sentimentos são perigosos, uma vez que raramente são bem fundamentados. Sentimentos fortes de convicção tornam-se dogmáticos. Podem mesmo transformar-nos em fanáticos histéricos que tentam convencer-se a si próprios de uma certeza que inconscientemente sabem não estar disponível.” Ibid., p. 87.

uma aproximação da verdade.

De ressaltar aqui, que com isso, não se quer desprezar a ideia do consenso. Não. O consenso pode servir em determinados fragmentos do direito penal e do direito processual penal.²²¹ Mais além, o consenso pode ser, como salientou Figueiredo Dias, uma alternativa ao próprio sistema penal.²²² E aí é preciso cuidado, pois pode se transformar numa alternativa perigosa e ilegítima. Mas, também, há de se ressaltar, o consenso não alcançará, por si só, em situações mais impactantes, uma autêntica aproximação da verdade.

Repete-se, não se quer destruir a ideia de consenso, ainda mais no atual quadrante histórico. Se, no direito, há um impulso para a verdade e para o consenso, o que se almeja é fortalecer a busca da verdade, ainda que, aqui e ali, ela possa ser “aproximada” através do consenso. E aqui não se pode desprezar a lição de Faria Costa, ao afirmar que; “se no direito há um impulso para a verdade e para o consenso, o que se procura sempre, em definitivo e em verdade, é a legitimidade para todo e qualquer comportamento dos homens. É isso que, em derradeira instância, o direito permite através da verdade e do consenso: legitima os comportamentos de intenso relevo comunitário”.²²³

Com o que não se pode concordar – e ainda é importante insistir na temática – é trazer a ideia de consenso como mero utensílio para a resolução de demandas, algo desprovido de um interesse maior pela ideia de aproximação da verdade. Essa ideia, de “consenso” como “ferramenta” para “encerrar demandas”, é que se deve repelir, pois não legitima uma concepção mais forte e vigorosa que seja relevante

²²¹ Também, na defesa de uma ideia de justiça consensual como justiça restaurativa, encontra-se Antoine Garapon. GARAPON, Antoine; GROS, Frederic; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. Aliás, tais autores fazem uma revisão histórica do direito de punir, situando as diferentes teorias sobre os fins da pena em: punir é recordar a lei, punir é defender a lei, punir é educar um indivíduo, punir é transformar sofrimento em felicidade.

²²² Sobre as propostas de sistemas de mediação e de consenso, escreve Figueiredo Dias: “Está aqui em causa a criação de alternativas não da justiça penal, mas à justiça penal. Uma vez mais, em tese, me encontro completamente de acordo com a abertura de um tal caminho, sem o qual, estou convencido, os sistemas de justiça penal das democracias avançadas estarão, a breve trecho, condenados ao malogro, se não ao colapso”. DIAS, Jorge de Figueiredo. “Sobre a reforma penal”. In: *In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 18-19.*

²²³ COSTA, José Francisco de Faria. “Consenso, verdade e direito.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 104.

para a ciência conjunta do direito penal.

E, focando mais uma vez o cerne do problema, só assim, será possível levantar o nó górdio da questão, explicitar as principais ideias que o sustentam, seja sob uma perspectiva de caráter mais funcionalista (tão em voga), seja numa concepção mais aberta, até se chegar às tentativas de edificação de um novo critério capaz de legitimar, de forma mais forte, o nosso objeto de estudo. Critério esse que se colocará também ele, de forma frontal, ante novos problemas e desafios.²²⁴

Eis a bondade da interligação entre epistemologia da incerteza e direito penal, pois a sociedade de risco deve aprender a conviver com um certo grau de incerteza, sob pena de sufocar o convívio social com um, cada vez menor, *Strafrechtsfreiraum*.

Não aceitar um grau de incerteza (o que não significa, repete-se, aceitar um relativismo) levaria à completa, asfixiante e insuportável ultranormativização do cotidiano - o que acabaria por desnaturalizar e tornar cativas do medo as relações sociais - além de elevar a patamares significativos a deslegitimação do direito penal.

²²⁵ A verdade nua e crua é que o horizonte é de incerteza.²²⁶

Essa rica ligação nos parece necessária num contexto em que a noção de

²²⁴ Mas, para se alcançar um objetivo, é preciso ter a consciência de nossa fragilidade. Uma fragilidade que decorre de nossa condição humana e que é incapaz de acessar todo o conhecimento. Portanto, ainda seguindo Popper, “não acreditem em nada que eu sugira! Por favor, não acreditem numa só palavra! Sei que estou a pedir demasiado, visto que apenas vou dizer a verdade, o melhor que for capaz. Mas advirto-vos: nada sei, ou quase nada. Todos nós nada sabemos, ou quase nada. Conjecturo ser este um facto básico da vida. Nada sabemos, apenas podemos conjecturar: supomos”. POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 58. Assim, pode-se dizer apenas, na esteira de Popper, “*ich vermute*”, “eu conjecturo”. Tal não se confunde com um muito popular e atual relativismo (Faria Costa vai além e faz referência ao “relativismo podre dos tempos atuais”, COSTA, José de Faria. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 234), avesso à verdade e incapaz de conduzir ao bom porto a investigação ora pretendida.

²²⁵ Vê-se, por exemplo, que, no Brasil se considerava o adultério como crime até o princípio de 2005, como se alguém, num país latino como o Brasil, com todas as suas peculiaridades e idiosincrasias, fosse indagar sobre a punição criminal antes de cometer ou deixar de cometer o adultério. Eis a deslegitimação e a ineficiência em direito penal. O mesmo se dá com a punição criminal do consumo de certas substâncias entorpecentes no Brasil. Em Portugal, por exemplo, o consumo de certas substâncias entorpecentes como a *cannabis sativa* (maconha) não é criminalizado. Nem por isso se constata a criação de um caos social decorrente da descriminalização, como é muito usual se falar no Brasil, caso tal medida fosse adotada.

²²⁶ COSTA, José Francisco de Faria. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 134, p. 357, 2002.

homem se encontra em franco declínio, desgraçadamente. Não se pergunta se o direito penal está a selecionar bens jurídicos de valor elevado ou a circunscrever o seu raio de ação às condutas ou resultados efetivamente ofensivos e desvaliosos, mas se os objetivos A, B ou C serão atingidos pelo direito penal e pela política criminal.

Há uma grave “incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropológica na sua microdimensão (o ser individual) e na sua macrodimensão (o conjunto planetário da humanidade)”.²²⁷ Tal incapacidade tem levado a uma obtusa simplificação do conhecimento, especialmente do direito e do processo penal, a partir de critérios de puro utilitarismo ou funcionalismo sistêmico, que descambam para construções teóricas de matiz autoritário.

É preciso reconhecer a complexidade do problema penal e não referir tal complexidade, mesmo sob a perspectiva de uma epistemologia da incerteza, conduziria a um cegueira incapaz de “aproximar a verdade”.

Mas, para além disso, a complexidade da questão impõe a recondução do homem a um patamar de relevo, não como objeto ou instrumento para se atingir determinados fins, mas essencialmente um *ser com os outros*, digno por si só e, acima de tudo, um ser que vive num sistema aberto.²²⁸

E num sistema aberto, por conseguinte, é irrealizável uma segurança absoluta, como pretendem alguns na sociedade de risco. Nem com a adoção de um direito penal fortemente autoritário, eliminar-se-iam os riscos e os perigos da sociedade atual, mercê de sua complexidade.²²⁹

²²⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003. p. 19.

²²⁸ As consequências da adoção de um sistema aberto são, segundo Morin: “a primeira é que as leis de organização do ser vivo não são de equilíbrio, mas de desequilíbrio, recuperado ou compensado, de dinamismo estabilizado. A segunda consequência, talvez mais importante, é que a inteligibilidade do sistema deve ser encontrada, não apenas no próprio sistema, mas também na sua relação com o meio, e que esta relação, não é uma simples dependência, é constitutiva do sistema.” *Ibid.*, p. 32.

²²⁹ Importa aqui recordar Beccaria: “Não é possível reduzir a turbulenta actividade dos homens a uma ordem geométrica sem irregularidade e confusão. E no entanto esta é a quimera dos homens de espírito limitado, quando têm o poder nas mãos. O proibir um sem número de acções indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos, é um definir a seu bel-prazer a virtude e o vício, que nos são enunciados como eternos e imutáveis”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 154.

Isso não significa a “defesa” do caos absoluto²³⁰, mas a ponderação de que a incerteza faz parte do cotidiano humano, de que “*não podemos escapar a um princípio de incerteza generalizada*”²³¹ ou, como mais radicalmente refere Ost, “a Ordem é, pois, excepcional, o caos é a regra”.²³²

A estruturação de um direito penal eficiente e legítimo não significa o apelo para a expansão desmedida da ciência penal, como tampouco significa a defesa da desordem e fragilidade do ordenamento jurídico, mas, sim, a defesa de um sistema que, em muitas situações, por si só ou pela módica intervenção de outras esferas, será capaz de atingir ou aproximar a verdade, o equilíbrio e a organização.²³³

E é aí que se coloca, como relevante nóculo problemático, a desconstrução e reconstrução do valor da eficiência, não como um “eficientismo” - bem combatido por Figueiredo Dias²³⁴ - ou uma eficiência da *ratio calculatrix*, relacionada com a eficácia e com cálculos atuariais e resultados contabilizáveis.²³⁵

Eis a relevância dessa epistemologia da incerteza ou da complexidade, capaz de fazer entender que “*é preciso frequentemente abandonar as soluções que remediavam nas crises antigas e elaborar soluções novas*”²³⁶, de forma a reconstruir de forma mais robusta uma ideia de ciência conjunta de direito penal a partir de uma leitura mais aberta e frutífera, condizente com um direito e um processo penal democrático e onto-antropológico.

²³⁰ Mais uma vez é de ser referida a lição de Morin: “Num universo de ordem pura, não haveria inovação, criação, evolução. Não haveria existência viva nem humana. Do mesmo modo nenhuma existência seria possível na desordem pura, porque não haveria nenhum elemento de estabilidade para aí basear uma organização.” [...] “a desordem constitui a resposta inevitável, necessária, e mesmo frequentemente fecunda, ao carácter esclerosado, esquemático, abstracto, e simplificador da ordem”. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003. p. 129 e 135.

²³¹ *Ibid.*, p. 64.

²³² OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 328-329.

²³³ Salienta Morin: “A entropia, num sentido, contribui para a organização que tende a arruinar e, como o veremos, a ordem auto-organizada só pode complexificar-se a partir da desordem, ou antes, pois que estamos numa ordem informacional, a partir do ‘ruído’ (Von Foerster)”. MORIN, *op. cit.*, p. 47.

²³⁴ Ver nota 136.

²³⁵ Este paradigma racionalista extremado, como escreve Morin, “[...] filho fecundo da esquizofrênica dicotomia cartesiana e do puritanismo clerical, comanda também o duplo aspecto da praxis ocidental, por um lado antropocêntrica, etnocêntrica, egocêntrica desde que se trate do sujeito (porque baseada na auto-adoração do sujeito: homem, nação ou etnia, indivíduo) por outro e correlativamente manipuladora, gelada ‘objectiva’ desde que se trate do objecto. Ele está relacionado com a identificação da racionalização com a eficácia, de eficácia com os resultados contabilizáveis; é inseparável de toda uma tendência classificacional, reificadora, etc., tendência corrigida por vezes fortemente, por vezes com dificuldade, por contratendências aparentemente ‘irracionais’, ‘sentimentais’, românticas, poéticas.” *Ibid.*, p. 81.

²³⁶ *Ibid.*, p. 120.

SEGUNDA PARTE

A eficiência em direito penal. A superação da eficiência econômica e funcional pela concepção onto-antropológica do cuidado de perigo em direito penal

2 A EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A eficiência não é algo irrelevante para a ciência penal. E tal afirmação se impõe ainda como mais verdadeira no atual panorama, em que se verifica uma frontal e acirrada polêmica entre funcionalistas ou utilitaristas e principialistas. Assim, é irretocável a assertiva de Silva Sánchez²³⁷, segundo a qual o problema da eficiência não é questão fora de lugar. E, mais, pois se pode afirmar que não é irrelevante a discussão acerca da ineficiência do direito ordinário frente à Constituição.²³⁸

E, para o perfeito e elaborado enquadramento do problema da eficiência em direito penal, não se pode abrir mão e não se pode deixar de dirigir um olhar acerca da chamada “Análise Econômica do Direito”. Porém, um olhar não terminativo e totalizante, o que talvez fosse impossível pela literatura gigantesca imanente ao tema, mais ainda nos países da *common law*.²³⁹ Mas um olhar que retire a seiva

²³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Eficiencia y derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc.1, p. 95, enero/abr. 1996. Para Alejandro Aponte, a ideia de segurança, própria dos anos 70 e 80, cede lugar na atualidade à ideia de eficiência em Direito penal. A crise da administração da Justiça seria uma crise de eficiência. Resulta disso uma série sem fim de medidas restritivas penais e processuais penais, como a realização de depoimentos secretos e a criação dos chamados “juizes sem rosto”. APONTE, Alejandro. “Eficientismo penal y estados de excepción en Colombia.” *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, Colômbia, año 11, n. 15, p. 29, 2003. Assim, privilegia-se a noção de eficiência sobre os direitos fundamentais (p. 31). Trata-se de um direito utilizado como *prima ratio*. Na Colômbia, o processo penal é a própria pena, conforme Alejandro Aponte. *Ibid.*, p. 43. E ainda, sobre efficientismo penal, diz o mesmo Alejandro Aponte: “el efficientismo penal, basado en una forma particular de la eficiencia, se asienta sobre la visión de los derechos y garantías concebidos como obstáculos para el logro de la ‘eficiencia’ real del sistema penal. Se trata de modelos de respuesta punitiva, ligados a un uso instrumental y perverso de la figura de la detención preventiva, tal como se acaba de resenar. Se trata de modelos que restringen, severamente, y a nombre de la eficiencia, los derechos fundamentales y las garantías judiciales a todo nivel, que conciben el control judicial como control meramente formal y no material, que privilegian los medios sobre los fines, en temas tan delicados como las intervenciones corporales, la captura, los allanamientos: la eficiencia o supuesta eficiencia, prevalece como telos, y los medios deben adecuarse a esse fin absoluto.” APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el efficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibañez, 2006, p. 141-142. Esse direito penal carrega consigo um interesse funcionalista extremado, um interesse permanente de realizar determinados objetivos e carrega um perigo permanente de desinstitucionalizar-se. Ainda sobre a eficiência e o direito penal na sociedade pós-industrial, bem como acerca do pensamento de Silva Sánchez e sua ligação com a *Law and Economics*, leia-se PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 2, p. 497-525, enero/dic. 1999.

²³⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 102. E aqui também se impõe lembrar que o meio acadêmico-científico não vem conseguindo sensibilizar o legislador na feitura das leis penais, mormente nos países em desenvolvimento, o que denota uma incapacidade de se abrir para além dos muros da academia. O “risco” que se enfrenta é o de a ineficiência conduzir, cada vez mais, ao alargamento desse “hiato” inaceitável entre a realidade legislativa e pretoriana e a “Academia”.

²³⁹ Na verdade, quer-nos parecer, humildemente, que só o tema da análise econômica do direito daria não uma, mas várias teses. Portanto, é preciso cuidado para que não se perca o foco e o objeto do presente estudo. Sobre o tema, em língua portuguesa, relevante o trabalho da lavra de LINHARES,

bruta desse pensamento. De forma a trazer à tona e a fazer emergir o problema da eficiência em direito penal. Esse olhar também não haverá de ser neutro, mas valorativo e crítico, por uma questão fundamental de empenhamento científico. Crê-se que circunscrever a eficiência ao seu caráter econômico é uma redução, como também é uma simplificação transpor a realidade do sistema econômico para o sistema jurídico, sem maiores discussões e digressões.

E tal enfrentamento se impõe em razão de a referida tendência da “Análise Econômica do Direito” erigir a “*eficiencia econômica*” como elemento preponderante para a verificação da legitimidade jurídica.

Para Posner, uma decisão é eficiente se maximiza a riqueza social²⁴⁰. Dessa maneira, a eficiência se impõe como um adequado conceito de Justiça²⁴¹ e, para além disso, o critério de produção de máxima riqueza (“riqueza como a soma de todos os objectos existentes na sociedade que podem ser medidos pelo valor”)²⁴² se eleva como elemento fundamental de justificação de um sistema jurídico.²⁴³ Assim, o principal requisito exigível de um sistema seria a eficiência, de forma que poderia

José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (FDUC), Coimbra, v. 78, p. 65-178, 2002.

²⁴⁰ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 6 th ed. Aspen publishers, 2002. A obra de Posner erigiu, definitivamente, a “Análise Econômica do Direito” à condição de Escola, pois sistematizou, como não se vira antes, a repercussão do pensamento econômico para diversas áreas do direito, inclusive o direito penal. Ademais, a obra de Posner suscitou a criação de diversos centros de estudo sobre o tema nas principais Universidades americanas, como Stanford, Chicago, Columbia, Georges Mason, etc. Nesse sentido, PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 31 e ss. Também em CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa*, p. 218-219, abr./sept. 1989, Instituto Nacional de Administración Publica, p. 131. Convém não deixar de referir, neste momento, a ponderação de AROSO LINHARES: “Exigir que a independência do juiz seja guiada pelo critério da maximização da riqueza não significa, no entanto, impedir que a análise econômica do direito (num plano já exterior ao dessa *theory of adjudication*) se pronuncie com toda a autonomia sobre a oportunidade e a eficiência das opções legislativas”. LINHARES, op. cit., p. 65-178. LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (FDUC), Coimbra, v. 93, p. 65, 2002. Também fundamental sobre princípio da eficiência, análise econômica do direito e utilitarismo, em alemão, por todos: EINDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

²⁴¹ CALSAMIGLIA, op. cit., p. 138.

²⁴² Ver a citação de LINHARES, José Manuel Aroso, estribado em Posner. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (FDUC), Coimbra, v. 93, p. 2002, especificamente notas 83 e 84.

²⁴³ CALSAMIGLIA, op. cit., p. 140. Já para CALABRESI, pioneiro da análise econômica do Direito, a eficiência é útil, mas não é o único critério da Justiça. Ele chega a criticar o volume da riqueza como um fim em si mesmo. CALABRESI, Guido. “Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho.” *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época*, Madrid, v. 2, p. 219 e ss. 1985.

ficar sem sentido toda a questão axiológica.

Antes de adentrar no terreno de pensamento da análise econômica, é imperioso explicitar quão desenvolvida se tornou a ideia de eficiência, não apenas como princípio jurídico, mas também como mecanismo e guião para a administração pública e para a administração privada. E mais, tornou-se também a eficiência um fator preponderante de legitimidade, seja para a legitimação jurídica, como foi dito, seja para a legitimidade do agir do Estado como um todo.

Se, no passado, relacionar eficiência com legitimidade poderia causar estranheza, hoje não se pode dizer o mesmo.²⁴⁴ E isso se dá não por acaso. A proposta de analisar o direito a partir da eficiência tem partido dos economistas, especialmente das escolas mais radicais.²⁴⁵

E, mais relevante ainda, a vivência atual erigiu a eficiência como um valor. Um inegável e inexorável valor. Mas não só um valor. Hoje, há inúmeros ordenamentos que elevam a eficiência à categoria de princípio, reconhecido expressamente nos textos constitucionais como o brasileiro, por exemplo. E não esqueçamos que é através dos princípios que se busca a resposta adequada e eficiente para o problema jurídico.²⁴⁶ Também, na exposição de motivos do Código de Processo Penal português, se está a tratar da eficiência.²⁴⁷ Não se deve, pois, desprezar um critério de ponderação que encontrou abrigo e guarida em textos fundamentais. É preciso, sim, compreendê-lo, defini-lo, moldá-lo à realidade de uma concepção cidadã e democrática.

²⁴⁴ A utilização de instrumentos próprios da microeconomia para explicar as instituições jurídicas tem talvez sua origem nos estudos do economista RONALD H. COASE e do jurista GUIDO CALABRESI. O estudo de Coase, "The Problem of Social Cost", está traduzido para o espanhol na *Revista da Hacienda Pública Española*, n. 68, p. 245, 1981, e prevê que a intervenção do Estado deve ocorrer para corrigir uma deficiência do mercado se realmente importar num custo menor. Já, para Calabresi, a aplicação da teoria econômica permite a avaliação de quais são as regras mais eficazes para atingir os objetivos tidos como ótimos. Também sobre ambos e de forma bem detalhada o trabalho de MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 28 e ss.

²⁴⁵ CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa*, p. 149, abr./sept. 1989.

²⁴⁶ STRECK, Lenio L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 145.

²⁴⁷ Veja-se que o item 8 do referido diploma legal fala, de forma categórica, na "eficiência da administração da justiça penal", ressaltando que a eficiência processual não deve se render a "uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela dos bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos".

Um dos princípios que regem a atividade da administração pública é a eficiência. Com relevo constitucional no panorama jurídico brasileiro (art. 37, *caput*, da Constituição Federal)²⁴⁸, mas não só nele, a eficiência tem atingido inegável desenvolvimento teórico, mormente quando se trata da administração pública. E, como se não bastasse, hoje também se alastra inclusive no seio do direito penal²⁴⁹ e para outras searas.²⁵⁰

Entretanto, antes é preciso asseverar algumas ponderações acerca da diferenciação entre eficiência e eficácia. Aliás, quando se fala de eficiência, importa diferenciá-la claramente da eficácia, pois, segundo certos entendimentos esta sim seria um princípio jurídico de atuação da administração pública em alguns países.²⁵¹ Isto é, a necessária legitimidade que deve estribar a atividade estatal seria alcançada pela eficácia na resolução dos problemas sociais.²⁵²

É fato que, nos últimos tempos, o Estado vem sendo permeado, em toda a sua extensão, por uma racionalidade de *management*.²⁵³ Cada vez mais, o que se

²⁴⁸ A Emenda Constitucional nº 19/98 tornou expresso o princípio da eficiência como meio de atuação da administração pública. Ademais, como refere Hugo de Brito Machado, tal princípio já estava implícito no ordenamento constitucional. MACHADO, Hugo de Brito. "Princípio da eficiência em matéria tributária." In: MARTINS, Ives Gandra. *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: CEU; RT, 2006. p. 52.

²⁴⁹ É bom de se ver que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) trouxe também, para a seara penal, a discussão sobre a eficiência, mormente ao determinar a criminalização de condutas que atentassem contra a responsabilidade fiscal, o que se deu por intermédio da Lei 10.028/2000, que introduziu a tipificação dos crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H, do Código Penal).

²⁵⁰ Por exemplo, no direito tributário, veja-se a obra coordenada por MARTINS, Ives Gandra. *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: CEU; RT, 2006. No livro citado, Ives Gandra Martins assevera que o princípio da eficiência não está apenas dirigido para a esfera administrativa, mas impõe-se como uma obrigação para todos os Poderes do Estado, inclusive alastrando-se para a esfera tributária, pois se consubstanciaria na "adoção de política tributária com mecanismos e instrumentos legais capazes de gerar desenvolvimento e justiça fiscal, sendo, pois, a arrecadação, mera consequência natural e necessária, para que, sem ferir capacidade contributiva, gere serviços públicos à comunidade proporcionais ao nível impositivo". Além disso, aduz muito apropriadamente Ives Gandra Martins, que é preciso falar-se em princípio da "eficiência relativa", pois, em relação ao poder público jamais ocorrerá "eficiência absoluta". In "Princípio da Eficiência em Matéria Tributária", *Ibid.* p. 31 e 37.

²⁵¹ ALFONSO PAREJO, Luciano. "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública." *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 15-65, abr.-sept. 1989.

²⁵² *Ibid.*, p. 16.

²⁵³ Como escreve Pedro Caieiro: "É sabido que a racionalidade empresarial alastrou para sectores tradicionalmente regidos por outros esquemas operativos, aí se incluindo a própria actividade estadual. Os factores também são identificáveis: a virtual globalização da economia, o dogma da competitividade, a crise do Estado providência, etc., e as suas repercussões sobre o sistema social provocaram alterações profundas no 'mundo conhecido', levando mesmo a que se fale de uma mudança de paradigma nas relações Estado-sociedade. Este fetiche da empresa não deixou incólume o mundo jurídico. Refiro-me, essencialmente, às correntes metodológicas que se colocam sob o signo da análise económica do direito, para quem a pedra de toque do sistema jurídico deve ser a ideia de *eficiência*. Já não se trata, portanto, da mera exigência de 'eficácia' posta pelas escolas funcionalistas, segundo a qual o direito deveria conceber-se sempre a partir da adequação aos 'programas finais' que

ouve é que o relevante seria o eficaz atingimento de fins, independentemente da Justiça, do direito e do justo.²⁵⁴

o Estado lhe propõe, cabendo aos órgãos competentes a conformação dessas metas e objectivos. Agora, pretende-se mais do que um direito eficaz: o mandamento da eficiência postula que os ditos programas finais não possam ter outro conteúdo que não o de assegurar o máximo de vantagens sociais com o mínimo de custos". E ainda assevera o autor: "Parece-me bastante claro que a idéia de eficiência não tem capacidade para se constituir em base de legitimação autónoma do sistema jurídico-penal. Não vejo que a desvinculação do direito penal do dogma da protecção preventiva de bens jurídicos e a sua substituição por uma 'gestão eficiente de grupos de pessoas perigosas' possa ganhar os favores da comunidade jurídica em que vivemos". CAEIRO, Pedro. "Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da 'justiça absoluta' e o fetiche da 'gestão eficiente' do sistema." *Revista do Ministério Público*, ano 21, n. 84, out/dez. 2000. p. 43-44. E aí está com plena razão Pedro Caeiro, pois, nos moldes em que se vem desenvolvendo, a noção de eficiência em direito penal, não vem alcançando a legitimidade devida.

²⁵⁴ Por exemplo, a Constituição espanhola fixa claramente critérios de "eficiência e economia". ALFONSO PAREJO, Luciano. "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública." *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 17 e 18, abr.-sept. 1989.

Veja-se também a propagação sem par, nos vários ordenamentos jurídico-penais, da ideia de conciliação ou como se refere em Portugal, "diversão", a fim de resolver as controvérsias jurídicas, quando muitas vezes não se leva em conta o conteúdo do "justo" na decisão, mas sim a eficiência da célere e pronta resolução dos conflitos. Na Alemanha, como refere Roxin, o Código Penal, no art. 46, prevê que o Tribunal pode atenuar ou até renunciar a pena, caso os danos sejam reparados ou no caso do réu obter uma reconciliação com a vítima. Também o Código de Processo Penal alemão, no art. 155, prevê a possibilidade de reparação do dano ou compensação entre o autor e o réu. ROXIN, Claus. "Pena y reparación." *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 521, p. 6, enero/dic. 1999. No Brasil, o instituto da transação penal (possibilidade de aplicação imediata e antes da denúncia, sem o desenvolvimento de processo, de uma pena restritiva de direitos, que não configura reincidência ou maus antecedentes) e a suspensão condicional do processo (suspensão do processo entre dois e quatro anos com posterior extinção do feito, desde que cumpridas determinadas obrigações como comparecer em juízo mensalmente, não se ausentar da comarca sem autorização, reparar o dano, etc.) trazidas à baila pela Lei 9.099/95, para os crimes chamados de "menor potencial ofensivo" (em regra aqueles com pena máxima até dois anos) e de médio potencial ofensivo (em regra aqueles com pena mínima até um ano) - tem ocasionado uma série de abusos, como uma evidente e indecorosa pressão dos órgãos do Ministério Público e do próprio Judiciário para a realização de acordos, por intermédio dos quais se abstrai qualquer conteúdo de Justiça. Eis a tormentosa "eficiência" processual pretendida. A simples extinção de processos e "resolução" de demandas, tudo fragilizado ante os olhos muitas vezes "atônitos" dos (pré) sujeitos processuais, coagidos ao "acordo" no qual se submetem a uma pena restritiva de direitos, ante a ameaça do processo. E lembre-se ainda, que em situações não raras, o "calo profissional", a atividade rotineira, faz com que o membro do *Parquet* sequer atente para a ocorrência de lastro mínimo probatório (*fumus commissi delicti*) antes do oferecimento da transação penal. No mesmo sentido, Lenio Streck, para quem há um absentismo do Estado nos Juizados Especiais Criminais. Ou como afirma José Eduardo Faria, também referido por Lenio Streck, "A alienação do jurista, deste modo, colabora também na supressão da garantia de direitos. É que o centro do equilíbrio social (ou de legitimação) é colocado na eficiência, não no bem do homem. Começa-se a falar num bem comum que só existe nas estatísticas dos planejadores, mas que a pobreza dos centros urbanos desmente. E, em nome desse bem comum, alcançável pela eficiência, sacrificam-se alguns valores que talvez não fosse inútil preservar". STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001. p. 71 e 86. O que dizer então do chamado "acordo de leniência", medida antitruste utilizada pelo CADE (Conselho de Defesa do Desenvolvimento Econômico) para coagir delatores com o intuito de entregar pessoas jurídicas e físicas envolvidas em cartéis (Leis 10.149/00 e 11.482/07). O primeiro delator que assina o "acordo de leniência" com o Secretário Nacional de Defesa Econômica e fornece provas contra outras pessoas, acaba, segundo a lei, por obter até a extinção da punibilidade em processos criminais. Isto é, quando determinado criminoso julga que os benefícios não lhe são mais tão favoráveis ou que os prejuízos agora lhe são vultosos, poderá delatar os seus comparsas com a expressa instigação do Estado, auferindo benefícios penais de tal conduta. Ou como disse o ex-presidente do CADE, Gesner de Oliveira: "o acordo de leniência ataca o ponto fraco do cartel: a propensão natural de seus participantes de romper o acordo. O participante do cartel é como o escorpião: trair faz parte de sua natureza. Pois furar o cartel constitui oportunidade de ouro para não elevar o preço (ou elevá-lo menos do que os concorrentes) e abocanhar boa parte da clientela". Citação em SICA, Leonardo. "A tutela penal da

Uma influência da ciência econômica, sem dúvida. É sabido que, em economia, o termo eficiência tem um significado muito preciso. Como salienta Santos Pastor, uma situação é eficiente ou ótima, quando não é possível encontrar outra situação em que alguém possa ver melhorada sua posição sem que outra pessoa veja piorada a sua. Esse poderia ser chamado o critério de eficiência *parentiana*.²⁵⁵ Mas há também um critério mais amplo, atribuído a Kaldor e a Hicks, que entendem por eficiência potencial toda situação na qual o que pode melhorar alguém é mais do que há de piorar em relação às outras pessoas.²⁵⁶

Mas a influência da eficiência econômica espalhou os seus tentáculos também para as ciências da administração. Assim, para Alfonso, na esfera da administração pública, a eficácia alude à efetiva realização de objetivos prefixados, podendo diferenciar-se diversos tipos de eficácia em função tanto da natureza dos objetivos (determinados normativamente ou em virtude de critérios econômicos ou técnicos) como das formas de realização destes (celeridade, intensidade, sistematicidade). A eficiência, por sua vez, poderia ser definida como subespécie da eficácia, que incorpora a perspectiva de relação meios-objetivos para prescrever seu grau ótimo,

ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94”, In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Org.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168. (Série GV Law). Sobre o tema, leia-se ainda FERRARI, Eduardo Reale. “Termos de compromisso de cessação (TCC) e Seus reflexos no crime de cartel.” *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCRIM)*, São Paulo, n. 190, p. 9-10. set. 2008. E também ROSENBERG, Bárbara; BERARDO, José Carlos Matta; EXPOSTO JUNIOR, Marcos Antonio. “Os cartéis na legislação concorrencial brasileira: teoria e prática.” In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Org.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168. (Série GV Law), p. 107/141. O mesmo poderá ocorrer nos casos da “delação premiada”, prevista nas Leis 9.613/98, 9.034/90 e 11.343/06, nos casos de lavagem de dinheiro, crime organizado e tráfico de drogas, um mecanismo pelo qual o delator dos demais comparsas obtém benefícios como a redução da pena e até a não punibilidade. Para além disso, há por aí um abuso, na medida em que esse instrumento é ofertado em segredo pelo MP, sem que os demais corréus tomem conhecimento. Trata-se de um instrumento por intermédio do qual o Estado se utiliza da “traição” e da “deslealdade”, ainda que entre supostos comparsas de crime, a fim de atingir o seu desiderato. Quando trazemos à baila tal crítica, não repelimos, em toda e qualquer hipótese, a ideia do consenso ou da diversão. Seria um erro e uma cegueira repelir tal ideia em todas as situações, ainda mais num contexto de sofreguidão e escassez de recursos materiais por parte do Estado e da Justiça Criminal. Mais ainda quando se sabe que o direito penal e o processo penal têm campos mais porosos que podem permitir a introdução de tais instrumentos, mormente no caso de bens jurídicos sem um conteúdo mais adensado. O fato é que releva apontarmos a fragilidade do atual sistema, que parece querer ser “eficiente para encerrar feitos criminais”, mas é ineficiente, débil e esquelético para buscar a proteção efetiva dos bens jurídicos, a solução justa das controvérsias, uma aproximação da verdade e uma autêntica legitimidade da ciência criminal.

²⁵⁵ Para Pareto, uma solução é maximizadora quando o incremento de posição de uma parte não produz prejuízo para nenhum indivíduo envolvido. CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro, Elsevier Editora, 2008. p. 74.

²⁵⁶ PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 34.

sendo possível também diferenciar-se tipos de eficiência.²⁵⁷

Segundo Suárez Suárez, citado por López González, numa primeira etapa da administração científica, identifica-se eficiência com eficácia e com economicidade: uma atuação será qualificada de eficiente quando a diferença entre o tempo gasto na realização de determinado trabalho e o tempo previsto em função do estudo científico é mínimo. Em uma segunda etapa, o conceito de eficiência para os teóricos da “administração científica”, se aproximaria muito mais do conceito de eficiência dos economistas clássicos e neoclássicos. Assim, para Simon, uma atuação será eficiente se são obtidos os máximos resultados possíveis com os custos de oportunidade dados ou se são minimizados os custos de oportunidade associados à consecução de um determinado objetivo. Portanto, com a obra de Simon o conceito de eficiência se separa do de eficácia, posto que para esse autor, a eficiência está relacionada com o consumo de fatores e sua medida faz referência aos produtos obtidos e os *inputs* empregados a tal fim, enquanto que, de outro lado, assume a eficácia o sentido de Barnard: “a eficácia se relaciona com a realização de propósitos mancomunados. Quando se atinge um fim específico e desejado, diremos que a ação é eficaz”. Parece, então, que, para esse pensamento, e assim indica, com relevo, Fernández Pirla, a eficiência aponta fundamentalmente para a

²⁵⁷ Todas referências em ALFONSO PAREJO, Luciano. “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública.” *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 19, abr./sept. 1989. De outra parte, é preciso reconhecer que o Tribunal Constitucional Espanhol admite, com naturalidade, o caráter jurídico do princípio da eficácia da administração Pública: SsTC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 4: [...] el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse el de eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”); 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2: [...] el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 de la CE), que debe predicarse no sólo de cada Administración pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permite (n), cuando no imponen(n) al legislador [...]”, y, sobre todo, 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 3: “[...] un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el 103.1 de la propia Carta fundamental, que debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda actuación de la Administración pública el principio de eficacia”, y más adelante: “Si resulta que no sólo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio, sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que há de presidir la organización y la actividad de la Administración pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistemas de incompatibilidad extrayendo del mismo todas sus consecuencias”. Ibid. Deduz-se, assim, que na Constituição Espanhola, a formalização do princípio da eficácia de um valor ou bem juridicamente protegido, consistente na realização efetiva dos interesses gerais, tal como estes sejam predeterminados e encomendados ao poder público administrativo pelo ordenamento jurídico. Ibid., p. 29. Portanto, a eficácia administrativa é um princípio jurídico constitucional em Espanha. O princípio da eficácia é, portanto, um valor consistente na realização efetiva do interesse geral. Mas não só, pois é também um dever jurídico, conectado com o princípio da solidariedade. Outrossim, tal princípio implica, em último caso, a necessidade jurídica de realização, em cada momento histórico, da situação consistente na plena, satisfatória e coerente efetividade do interesse geral, entendido como síntese da pluralidade de concretos interesses, valores ou bens protegidos simultaneamente pela comunidade jurídica e dirigidos precisamente ao poder público administrativo. Ibid., p. 37 e 63.

utilização de meios, e a eficácia, ao cumprimento de fins.²⁵⁸

A eficiência, por conseguinte, nessa perspectiva, teria referência com a relação que existe entre os bens ou serviços produzidos (*outputs*) e os fatores produzidos utilizados (*inputs*) para obtê-los. Ou seja, há eficiência na administração pública, quando, segundo Suárez Suárez, “sólo se utiliza el nivel mínimo de energías y trabajo necesario para alcanzar un nivel deseado de bienes o servicios”.²⁵⁹

Assim, ainda nessa concepção, a distinção entre eficiência técnica e eficiência econômica é de importância fundamental. A eficiência técnica mede o uso físico dos recursos utilizados (*inputs*) em relação com os resultados obtidos (*outputs*), enquanto que a eficiência econômica mede o custo de utilização dos *inputs* em relação com o valor dos *outputs*, isto é, há de se fazer uso de algum sistema de preços para calcular o valor dos *inputs* consumidos e dos *outputs* produzidos. Portanto, nessa concepção, uma equipe tecnologicamente mais avançada, poderia ser mais dispendiosa.²⁶⁰

A diferenciação entre eficiência asignativa e produtiva também teria relevância num contexto administrativo. Embora ambas estejam situadas na esfera econômica, é preciso discerni-las. A eficiência asignativa faz referência à ótima distribuição dos recursos, guiada por preços quando é possível, para assegurar que os recursos sejam guiados para assegurar e servir as necessidades dos usuários ou consumidores, atendendo ainda aos custos de provisão. A eficiência produtiva se entende como a produtividade na utilização dos recursos, produzindo bens e recursos com custo mínimo.²⁶¹

Também é de se diferenciar a eficiência operacional da eficiência adaptativa. A primeira incide no conhecimento dos custos ocorridos na realização ou execução de atividades, de forma que se pretende melhorar a execução das tarefas com

²⁵⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. “Una aproximación de la ciencia de la administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública”. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 75-76, 1989. Impreso policopiado.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 79.

planos de médio e longo prazo e programas detalhados de execução. Já a eficiência adaptativa se interessa por aumentar a flexibilidade para a redefinição de objetivos e o ajuste rápido ante a mudança ambiental.²⁶²

Segundo Suárez Suárez, também citado por López González, “fuera del marco de una organización empresarial concreta o de una institución pública, con unos objetivos concretos previamente especificados y sólo desde la óptica del corto plazo, el valor de eficiencia carece de objetividad. Y decimos desde la óptica del corto plazo, porque, como ya en su día advirtió J.A. SCHUMPETER, la eficiencia de una organización empresarial (tanto si es privada como pública, aunque dicho autor se refirió básicamente al primer tipo) dependerá de la capacidad creadora e innovadora del empresario, anticipando el futuro y adaptándose a los cambios tecnológicos. Desde la óptica del largo plazo, eficiencia equivale a capacidad de adaptación”.²⁶³

Agora é preciso não perder o rumo. Forçosa é a aproximação que se deve fazer com o objeto de estudo, sob pena de se perder a própria capacidade crítica. Re coloquemos o tema nos seus engonços. É preciso, urge, impõe-se, discernir eficiência e eficácia num viés jurídico. E aqui, faz-se necessário seguir a lição de Castanheira Neves, ao dizer que “a eficácia é uma categoria sobretudo técnica e refere, como é bem sabido, a capacidade de atingir ou realizar os fins/objectivos através dos meios ou instrumentos mobilizáveis”, isto é, a “performance”. A “eficiência”, de outra parte, seria uma categoria estratégica e utilizada “para pensar a realização dos objectivos num certo complexo de realidade, num certo contexto de circunstâncias com que se tem de contar pelo seu relevo já potenciador, já desviante, já impeditivo, e que, por isso, exigirá, a definição de um ‘princípio de optimização’, i. é, a intenção da melhor ou da máxima realização dos objetivos naquele contexto circunstancial em referência aos efeitos aí possíveis. Se a eficácia é uma categoria comum a qualquer funcional instrumentalização, a eficiência é principalmente invocada nos domínios estratégicos, razão por que a reencontramos

²⁶¹ Ibid., p. 79.

²⁶² Ibid., p. 80.

²⁶³ Ibid., p. 80-81.

sobretudo no funcionalismo jurídico social-económico.”²⁶⁴

Em síntese, quando se fala em eficiência, é muito comum falar-se em indicadores de resultado, de desempenho, de objetivos, de metas. Mas como transmutar tal realidade para o direito penal de forma equilibrada e refletida? Será isso possível?

Santos Pastor, por exemplo, vê o sistema jurídico como um elemento tecnológico decisivo de uma sociedade.²⁶⁵ Assim, segundo a perspectiva da “análise econômica do Direito”, “las normas (el sistema jurídico en su totalidad) crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser ‘buenos’ o ‘malos’ socialmente, para evaluar lo cual precisamos de algún procedimiento objetivable”.²⁶⁶

Estribando-se em Gary Becker²⁶⁷, entende Santos Pastor que a análise econômica pode proporcionar um marco unificado para compreender qualquer classe de comportamento humano caracterizado pela escassez, ainda que se aceite que boa parte do comportamento humano nos é desconhecido e que muito é o que se pode ganhar com emprego de outras técnicas de análises.²⁶⁸

A análise econômica, de outra parte, não seria estranha ao direito penal, eis que remontaria ao pensamento de Bentham. Segundo Santos Pastor, Bentham utilizou esse método numa gama variada de ramos do conhecimento, desde as sanções penais até a elaboração das decisões judiciais, desde o estabelecimento de leis ao funcionamento das prisões.

²⁶⁴ NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

²⁶⁵ PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 30.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 31.

²⁶⁷ Sobre eficiência e criminalidade é de ser citado o estudo de BECKER, Gary: “Crime and punishment: an economic approach.” *Journal of Political Economy*, n. 76, p. 169-217, 1968.

²⁶⁸ PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 33. No Brasil, com sentido semelhante, salientando que a análise econômica do Direito seria a melhor ferramenta para a análise das instituições jurídicas, pois geraria maior eficiência, o breve ensaio de TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. “Direito, mercado e função social.” *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 33, n. 103, p. 197-209, set., 2006.

A equidade também teria algum valor na “análise econômica do Direito”, pois esta faz referência, genericamente, à forma como são distribuídos certos ativos entre as pessoas. Em economia, a equidade se relaciona com Justiça e é frequente o debate sobre a suposta perda de eficiência em razão da repartição de riqueza.²⁶⁹

As perguntas essenciais, quando se fala de análise econômica do direito seriam: a) que incentivos e que efeitos - de eficiência, distributivos ou de outro tipo - produzem as normas jurídicas? Induzem as normas e instituições jurídicas comportamentos eficientes ou equitativos? Assinalam as regras jurídicas os riscos de uma maneira eficiente?²⁷⁰As normas devem ser feitas para melhorar a eficiência ou a distribuição?²⁷¹

Sobre as críticas acerca do suposto utilitarismo da “análise econômica do direito”, resume Santos Pastor, alegando que: 1) a eficiência dos sistemas sociais, entre eles o jurídico, é importante, fundamental até; 2) a eficiência é um, dentre vários valores que inspiram a organização das sociedades e com frequência haverá de sucumbir ante a superioridade de outros valores; 3) a eficiência seria o valor social a ser maximizado; 4) a análise dos efeitos das normas não tem por que limitar-se a meros termos de eficiência, mas também deve compreender outros valores relevantes, como a equidade e a justiça.²⁷²

As ponderações de Santos Pastor alcançam significativa relevância, pois é fato que, na sociedade ocidental, se vive o tempo da eficiência, o tempo da rápida resolução dos problemas, da antecipação dos riscos etc. Assim, ser eficiente é antecipar e evitar perigos e riscos. Eis um dos maiores objetivos do direito na sociedade de mercado hodierna.

E, como se não bastasse, não se pode negar, via de regra, que, nos países capitalistas, a justificação da intervenção do Estado na economia está baseada, fundamentalmente, na necessidade de maior eficiência e, ainda, nos seguintes

²⁶⁹ PASTOR, op. cit., p. 34-35.

²⁷⁰ Ibid., p. 35-36.

²⁷¹ Ibid., p. 36.

²⁷² PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 40.

argumentos: a) eficiência - o mercado consegue um maior grau de eficiência do sistema econômico. A regulação e gestão públicas não teriam a eficiência do mercado, devendo ocorrer apenas subsidiariamente; b) equidade ou justiça - a melhora de eficiência que se consegue não iria em detrimento da equidade ou justiça do sistema. De outra parte, o mercado distribuiria, de modo bastante equitativo, a riqueza que arrecada; c) liberdade - só dessa maneira se asseguraria a realização do valor da liberdade.²⁷³

Tais ponderações devem ser consideradas, pois trazem à baila o tema da eficiência para o direito. E uma discussão desse jaez não é despreziosa ou pueril, pois as constantes crises acerca da efetividade do Estado e do direito, mormente nos países em desenvolvimento, soerguem grandes indagações acerca da legitimidade do direito penal na economia de mercado.

Para isso, é importante ponderar o inegável impacto do pensamento econômico na filosofia e no jurídico. Uma sociedade ineficiente não pode ser concebida como uma sociedade justa. Uma sociedade democrática não pode tolerar um direito penal de todo ineficiente. Ou melhor, é justo e legítimo um direito penal ineficiente ou um direito processual penal também ineficiente? A questão fulcral aqui, entretanto, é: a eficiência que se quer é a eficiência econômica?

Para a análise econômica do direito, a eficiência, como dito, é o critério primeiro de Justiça.²⁷⁴ A eficiência teria um valor neutral, segundo Posner.²⁷⁵ Como refere Mercado Pacheco, trata-se de afirmar “*que el valor económico de la eficiencia o el principio de la maximización de la riqueza pueden ser usados por los jueces como un standard ético para determinar cuando una decisión particular puede considerarse como ‘justa’*”.²⁷⁶

²⁷³ Ibid., p. 123.

²⁷⁴ Não se pode esquecer de que a chamada “Análise Econômica do Direito” não é representada apenas pela Escola de Chicago, de Posner e Milton Friedman. Há também o pensamento de Calabresi, segundo o qual a eficiência econômica não é o único critério normativo para a decisão jurídica. Na verdade, segundo Calabresi, a análise eficientista do direito deve ser acompanhada com considerações de natureza distributiva. Em MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 57 e 61.

²⁷⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6th ed, Aspen publishers, 2002. p. 241.

²⁷⁶ MERCADO PACHECO, op. cit., p. 177.

E, assim, na ciência penal, a análise econômica do direito preocupa-se, fundamentalmente, com o efeito dissuasório da pena. Isto é, para tal pensamento, a pena é um preço que uma pessoa paga para adquirir um bem determinado. A função do direito penal, para Posner, seria criar custos adicionais para as condutas ditas ilícitas quando os mecanismos de proteção convencionais não fossem capazes de limitar tais condutas, procurando-se atingir um nível de eficiência.²⁷⁷

Sob esse aspecto, quanto maior o preço (penas), menor o número de bens agredidos ou de delitos praticados. O aumento das penas ou o aumento da probabilidade de imposição de pena (redução da impunidade) diminuiria o número de delitos praticados.²⁷⁸

Como refere Santos Pastor²⁷⁹, *“hay dos formas de aumentar el castigo: una, aumentando las penas; otra, aumentando la certeza (probabilidad) de que aquéllas se produzcan cuando se comete el delito. Valorar cuál de los procedimientos disuasorios es preferible, óptimo desde el punto de vista social, si el aumento de la pena o el de la probabilidad, es un tema que todavía atrae mucha investigación. El aumento de la probabilidad conlleva la utilización de recursos costosos (por escasos) para la sociedad: un mayor número (o mejora de la calidad) de policías, jueces, fiscales, otros funcionarios de justicia, personal y medios de instituciones penitenciarias, etc.; mientras, el aumento de las penas requiere mayores recursos sociales”*.

²⁷⁷ POSNER, op. cit., p. 163-164.

²⁷⁸ Os dados estatísticos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional do Brasil contestam tal afirmativa. Após a criação da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), que redundou num asseveramento de tratamento aos acusados por tais crimes, a quantidade de delitos chamados “hediondos” aumentou de forma exponencial, mormente o tráfico de drogas e os crimes violentos como sequestros e latrocínios (matar para roubar). Na verdade, a razão está com Beccaria, para ele, mais do que o aumento de penas, o que efetivamente pode diminuir a criminalidade é a redução da impunidade: *“Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade, e por consequência a vigilância dos magistrados, e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma suave legislação.”* BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 104. Por justiça, bem verdade também é que aí não se pode deixar de fazer uma aproximação entre as ideias da Escola da “Análise Econômica do Direito” e de Beccaria. Sobre a análise econômica do Direito e criminalidade, PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 48. E, também referido por Mercado Pacheco, Santos Pastor, em “Heroína y política criminal: un enfoque alternativo”, em *La Problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid, 1986 e “Derecho Penal, política criminal y economía: un intento de generalización”, em *Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*. Revista de La Facultad de Derecho de la UCM, n. 11, 1985.

²⁷⁹ PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 170.

Portanto, como afirma Aroso Linhares, “não se trata apenas de compreender a importância do benefício da celeridade ou o modo como as expectativas dos ‘consumidores de Justiça’ o condicionam na sua relação com os outros benefícios socialmente relevantes. Trata-se também de corresponder ao desafio de uma compreensão da *societas*... para transformar a conclusion-claim de ‘prevenção-geral’ que a ilumina numa sequência de efeitos de dissuasão (ou no continuum de regras e modelos de controle que os asseguram)”.²⁸⁰

No entanto, indagamos, onde terminará esse “salto” hermenêutico pretendido pela análise econômica do direito? Num funcionalismo mais estreito, numa percepção de custo-benefício desprovida de legitimidade? Ou num ilegítimo direito penal capaz de subverter uma concepção onto-antropológica e democrática acerca do fato-típico, por exemplo? Antes disso, parece uma teoria do direito com aplicações problemáticas na ciência penal.²⁸¹

As concepções da análise econômica levam ao confronto inevitável e talvez insustentável entre eficiência econômica e legitimidade. Facilitar a operação dos mercados e potencializar a maximização da riqueza é, talvez, em países como a China, liberar o aborto. Mas não o será, numa perspectiva econômica outra, em países com taxas de natalidade negativas, criminalizar o aborto? E a questão axiológica, como fica? Afinal, o feto é vida em formação ou não? Merece respaldo do ordenamento jurídico?²⁸² A eficiência não pode ser apenas uma relação de custo-

²⁸⁰ LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC)*, Coimbra, v. 93, p. 79 e 104, 2002.

²⁸¹ Importante lembrar a assertiva de AROSO LINHARES de que só excepcionalmente o discurso econômico mobilizável pela Law and Economics permite corresponder às exigências epistemológicas de uma teoria explicativa forte (falsificável). LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC)*, Coimbra, v. 93, p. 96, 2002.

²⁸² Sobre o aborto e direito penal. COSTA, Antonio Almeida. “Aborto e direito penal.” Separata de: *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 44, 1984. Sobre o pensamento católico as Encíclicas de Paulo VI, *Humanae Vitae*, 1968 e de João Paulo II, *Veritatis Splendor*, 1993 e *Evangelium Vitae*, 1995. No Brasil, WEDY, Delio Spalding de Almeida; WEDY, Gabriel Tedesco. “O aborto eugênico.” In: *Estudos críticos de direito e processo penal em homenagem ao des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60-66. Também FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por indicação eugênica.” In: *Estudos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992. p. 80-108; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. “Aborto eugênico ou necessário?” *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 229, p. 27-29, 1996; SANTOS, Juarez Cirino dos. “Aborto, a política do crime.” *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 13-24, 1979. Defendendo uma despenalização sem desproteção do feto, com comissões de ética bem estruturadas e políticas de apoio às mulheres, leia-se PALMA, Maria Fernanda. *Direito*

benefício financeiro, mas uma questão também axiológica.

É fácil de se ver que a análise econômica do direito significa uma construção utilitarista do direito penal, pois o delito seria uma classe de atos socialmente indesejáveis, já que as suas consequências negativas seriam mais acentuadas que os supostos benefícios.²⁸³

O risco, talvez inevitável, o problema de monta que se afigura é um possível choque entre direitos individuais e a eficiência, ou melhor, o risco que se corre é talvez o da *hipereficiência ou de uma eficiência ilegítima*, isto é, utilizar o direito penal e o direito processual penal de forma irrefletida e desmesurada, a fim de se atingir a redução de determinados índices de criminalidade. Ou seja, encarcerar e prender, com custos menores, ao invés de investir, educar, construir, distribuir, multiplicar etc. Eis o risco, a quimera do *eficientismo economicista* em direito penal e em direito processual penal.

Reduzir todo problema criminal a um cálculo de custo-benefício não parece a solução mais acertada.²⁸⁴ Da mesma forma, pretender que a eficiência econômica seja o guião indissociável da utilidade da pena ou, pior, seja o elemento mais concreto e decisivo para estabelecer um conteúdo de justiça na utilização do direito

constitucional penal. Coimbra: Almedina, 2006. p. 109. Relevante os elementos factuais trazidos por Silva Sánchez: “Según un reciente informe del Instituto de Política Familiar, que maneja cifras oficiales, El aborto (um hecho doloso) es la principal causa concreta de mortalidad em España. Veinte años después de la despenalización del aborto mediante un sistema de indicaciones aplicado de forma laxa hasta el extremo, se observa un fracaso absoluto en la protección jurídica (y extrajurídica) de la vida del concebido y no nacido. Así, desde el año 1985 se han cometido en nuestro país un total de 844.378 abortos – registrados – (79.788 en 2003) con índices de incremento anual en torno al 10%. De estos abortos, el 96,89% se practicaron con base la indicación relativa al grave riesgo para la salud (básicamente psíquica) de la madre; y un 2,83% con base la indicación eugenésica”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del status personae.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p. 5. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

²⁸³ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Eficiencia y derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. 1, p. 95, enero/abr. 1996/1997.

²⁸⁴ Será possível imaginar que um criminoso passional faz um cálculo de custo-benefício ao praticar um delito? Será que um usuário dependente de drogas realiza um cálculo de custo-benefício (no Brasil, ainda é considerada criminosa a conduta do usuário que traz consigo substância entorpecente, conforme o art. 28 da Lei 11.343/06)? Um sentimento epidérmico permite dizer que não! Isto é, existirão muitos crimes nos quais os pretensos autores não realizarão cálculo algum. Nem entremos na discussão acerca dos inimputáveis ou semi-imputáveis, que também aponta para o afastamento de um cálculo de custo benefício. Tampouco se poderia indagar, pura e simplesmente, partindo-se de um critério de custo-benefício, após o cometimento de um delito, se o melhor é condenar ou absolver. A questão crucial não parece ser esta, pois assim se estaria reduzindo a complexidade imanente ao direito penal e a especial dimensão onto-antropológica do evento criminoso.

penal também parece não convencer, embora possa ter alguma relevância.

Lembre-se do exemplo de Calsamiglia para mensurar a eficiência como um critério relevante para a resolução dos problemas jurídicos: Imaginemos que a fumaça de uma fábrica está a estragar a roupa de vizinhos que está esticada no varal. Há três soluções: indenizar pela roupa, com custo de 500; a segunda é comprar uma secadora para cada vizinho, custaria 400; e a terceira, colocar um filtro na fábrica, que custaria 125. Do ponto de vista economicista, a solução seria clara, a que custa menos, independentemente da culpa e de quem deve pagar. Dever-se-ia perguntar, com Calsamiglia, se o direito deve perseguir a eficiência como um valor jurídico atrativo.²⁸⁵

Para Calsamiglia, as transformações do Estado contemporâneo supõem um novo sistema de legitimação. A legitimação pela legalidade se contrapõe à legitimação pela eficácia. As demandas de gestão eficiente, de reforma da administração, supõem legitimar a atividade administrativa por caminhos distintos dos tradicionais.²⁸⁶

Desde um ponto de vista usual na perspectiva do iluminismo liberal, uma lei, para ser boa, haveria de cumprir com um conjunto de racionalidades, tais como: o emissor da lei deveria ser capaz de comunicar, com fluidez, a mensagem ao destinatário; tal mensagem deveria se inserir no ordenamento jurídico de forma harmoniosa, sem produzir contradições entre as normas; a racionalidade pragmática, as condutas dos indivíduos deveriam ajustar-se ao disposto na lei; racionalidade técnica, a lei teria que alcançar os fins que pretende com instrumentos e meios adequados, isto é, eficientes. Na atualidade, a recuperação da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica seriam tarefas prioritárias.²⁸⁷ Entretanto, é preciso dizer, no nosso entender, o grave erro que é querer erigir a eficiência como critério único, a partir da maximização da riqueza, afastado da necessidade da pena, da proporcionalidade, da legalidade, da humanidade, da

²⁸⁵ CALSAMIGLIA, Albert. "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación." *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 114-115, abr./sept. 1989.

²⁸⁶ CALSAMIGLIA, Albert. "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación." *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 117, abr./sept. 1989.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 119.

subsidiariedade, da presunção de inocência etc.

Bem ao contrário, a eficiência não pode ser aquela tão ao gosto da “Análise Econômica do Direito”. Entender a eficiência como uma mera indagação de custo benefício é reduzi-la a uma insignificância axiológica que compromete o seu verdadeiro valor. Isso em razão de que a “eficiência” da Análise Econômica do Direito é proveniente de uma teoria da economia sustentada pelo seguinte teorema: em um mercado competitivo, os indivíduos racionais e egoístas, que perseguem seus próprios interesses, produzem, sem ter consciência e guiados pela mão invisível do mercado, um resultado não querido e não desejado: o maior bem-estar social. A realidade atual demonstra a fragilidade de uma concepção assim.

O homem econômico é racional, individualista e egoísta. Haveria uma mão invisível que regeria a economia. Também Locke fala sobre tal princípio²⁸⁸. Para Calsamiglia, possivelmente uma sociedade muito igualitária não seria uma sociedade tão eficiente, bem como uma sociedade muito eficiente poderia não ser tão igualitária.²⁸⁹ Também para Hayek²⁹⁰, o mercado faria desaparecer os ineficientes e irracionais. Importa conhecer a racionalidade econômica para entender o verdadeiro significado da eficiência, segundo a concepção da análise econômica do Direito.

Não se quer negar o acerto de certas ponderações acima expostas, pois muito bem avaliam um dado grau de racionalidade econômica. Até aí, muito bem. Ocorre que a *deficiência* dessa concepção incide justamente aí, na falsa percepção de que a eficiência deve seguir tão somente um cariz economicista quando se trata de direito.

Não será o crime também, e em certos casos, a manifestação premente da fragilidade de racionalidade?²⁹¹ Ou melhor. Será o critério do “*homo oeconomicus*”

²⁸⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes: 1999.

²⁸⁹ CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación.” *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 123, abr./sept. 1989.

²⁹⁰ HAYEK, F. A. *Arrogância fatal, os erros do socialismo*. Porto Alegre: Ortiz, 1995.

²⁹¹ Basta ver a vida em geral “miserável” que leva a maioria dos traficantes das favelas cariocas, no Estado do Rio de Janeiro, com todos os altíssimos riscos imanentes as suas “atividades profissionais”. Uma vida *glamourizada* no gueto, altamente circunscrita, em razão da imposição de poder local, mas uma

válido para todos os casos. Por certo que não. Se tal fosse verdade, bastaria que os homens sempre fossem ameaçados com a pena de morte. Para não perder a vida, como homens racionais, não praticariam o delito. Assim, os delitos desapareceriam. Tal visão é equivocada, pois parte de um juízo único de prevenção geral, que não é válido em todos os eventos.²⁹²

Sob essa ótica, maior ainda é o erro ao querer reduzir a eficiência ao seu caráter econômico quando se visualiza a árida paisagem do direito penal. Retira-se, nesse diapasão, o caráter do “justo” que poderia haver na eficiência. Debilita-se aquilo que, na eficiência, pode ser bom, isto é, uma distribuição mais equânime da Justiça. Ao crer-se que o aumento puro e simples das penas traz a eficiência e a redução dos crimes, o que se faz é empobrecer o agir do Estado e, não raro, aumentar as discrepâncias sociais, pois, em função disso, não se pode alcançar, nem compreender, o caráter multifacetado e onto-antropológico do fato criminoso.

Eis o erro de muitos economistas que ainda sustentam a existência de uma relação inversa entre eficiência e equidade, isto é, na medida em que tratamos de distribuir, afastar-nos-emos da eficiência.²⁹³ A eficiência não se contrapõe à Justiça. Ao contrário, a eficiência pode ser um dos halos da Justiça ou pode ainda gravitar dentro do seu campo de ação ou repercussão.

Calsamiglia vê muito bem o fato de que a eficiência não pode ser o único critério de Justiça.²⁹⁴ Nem em um mercado ideal, seria possível a tal eficiência

vida inegavelmente desprezível e sem qualidade. São repelidos socialmente, não podem sair às ruas, não podem conviver em sociedade, não podem frequentar “lugares da moda”, não podem usufruir os “benefícios” de sua atividade marginal. É inegável, não é uma vida qualificada. E, em geral, é uma vida que dura pouco, muito pouco. Por conseguinte, se fizessem um juízo racional, por certo que sopesariam as diferenças abissais entre os riscos e os benefícios. É claro que a criminologia teria um grande aporte a fazer aqui, expondo essa incapacidade de valoração dos riscos a partir da extraordinária fragilidade social desses atores criminais.

²⁹² Razoável também não é a refutação pura e simples da ideia de eficiência. Há casos, mormente aqueles relacionados com o direito penal secundário e com a criminalidade econômica, em que se percebe, de maneira cristalina, a realização de um certo juízo de custo-benefício para o cometimento ou não do delito. Urge, dessa forma, equilíbrio e ponderação para a aferição da validade dos postulados desse pensamento.

²⁹³ CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación.” *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 124, abr./sept. 1989.

²⁹⁴ “*sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarrar recursos no es una buena sociedad. La eficiencia es un componente de la justicia, aunque ni el único ni el principal. Es*

total.²⁹⁵Áí vê-se uma inegável aproximação entre a “Análise Econômica do Direito” e os utilitaristas. Isso em razão de que, quando se trata de falar dos sistemas econômicos, os utilitaristas têm um lugar de relevo. Como diria Bentham, “a felicidade dos indivíduos que compõem a sociedade constitui o fim o único fim que deve perseguir o legislador, o único padrão a que o indivíduo deve submeter a sua conduta”.²⁹⁶

Contudo, é preciso enxergar mais adiante, ir além, para lançar os olhos aos objetivos mais candentes. Para tanto, é preciso apontar a fragilidade da concepção de eficiência da “Análise Econômica do Direito”.

Ora, como não criticar uma tal concepção, capaz de desconsiderar, solenemente, a emocional racionalidade da pessoa humana e sua individualidade. O juízo humano não é gélido e neutro, mas um juízo emocional-racional.²⁹⁷ Acreditar que é possível reduzir todo comportamento criminoso a uma indagação de custo-benefício é algo que dista muito da razoabilidade e do equilíbrio. Ou será que um indivíduo que pratica um crime sob o domínio de violenta emoção é capaz de, friamente e de forma calculista, mensurar os custos de sua ação? Será ele capaz de, em fração de segundos, sopesar que não está sob o abrigo de excludente de ilicitude, mas de uma circunstância privilegiadora, apenas redutora da pena (ao menos no Brasil – art. 121, § 1º, do Código Penal). Não se pode negar: a ordem de cooperação espontânea, muito bem descrita por Hayek, não foi e nem será capaz de resolver todos os problemas.²⁹⁸ A visão simplória de que a rasteira transposição da lógica de eficiência do mercado pode resolver os problemas do direito penal não se coaduna com a realidade singular

decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la Justicia”. Ibid., p. 125-126.

²⁹⁵ Num mercado ideal, deveriam estar presentes as seguintes condições, segundo Buchanan, citado por Calsamiglia: a) Que a informação - acerca dos preços - que os sujeitos possuem seja completa; b) Que os direitos de propriedade sejam estáveis e bem estabelecidos; c) O indivíduo é racional e egoísta, assim tem sempre claro qual o seu interesse e pode ordenar suas preferências de forma transitiva; d) Os custos de transação sejam zero; e) Um mercado ideal carece de externalidades; f) os produtos oferecidos não estão diferenciados entre os vendedores; g) Os indivíduos que compõem o mercado consideram o preço como um dado. CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación.” *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219 p. 127-128, abr./sept. 1989.

²⁹⁶ Ibid., p. 128.

²⁹⁷ E aqui seria importante recordar de DAMÁSIO, António R. *O erro de descartes. Emoção, razão e cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 18. ed. Mira-Sintra. Publicações Europa-América, 1994.

²⁹⁸ Também não é o mercado, como já o dissemos, o causador de todas as moléstias do mundo.

de nossa ciência prático-normativa e de sua condição mundanal.²⁹⁹

Como exemplo de nossa afirmação acerca da falha da lógica de eficiência do mercado, refere-se o famoso “dilema do prisioneiro”, atribuído a Tucker. O dilema do prisioneiro é suficiente para demonstrar como a lógica mercantil de eficiência pode falhar.³⁰⁰

Entretanto, não se pode apenas apontar falhas na concepção da “Análise Econômica do Direito”.³⁰¹ É preciso exercer um juízo comedido acerca de um

²⁹⁹ Isso não significa que, em determinadas áreas, mormente na seara do direito penal secundário, não se possa vislumbrar, em determinadas situações, uma certa lógica de mercado no cometimento ou não cometimento do delito, conforme já explicitado anteriormente. Vê-se, por exemplo, no caso da sonegação fiscal. Nem nos esqueçamos, é bem verdade, do que dizia Beccaria: “*A pena da perda, quer da mercadoria proibida quer dos bens que a acompanham, é da maior justiça, mas será tanto mais eficaz quanto mais pequenos forem os impostos, porque os homens não arriscam senão na proporção da vantagem de que resultar do êxito do empreendimento*”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 140.

³⁰⁰ Eis o referido exemplo: Um chefe de polícia detém dois ladrões que cometeram um roubo num grande magazine. O policial sabe que cometeram o delito, mas não tem provas. Assim, ele introduz cada um dos ladrões em celas separadas, impedindo a sua comunicação, fazendo-lhes a seguinte proposta: Se acusares o outro, e o outro não te acusa, ficas livre, e teu companheiro pegará dez anos de prisão. Se acusares, e o outro te acusar também, os dois ficam presos por cinco anos. Se não acusares, e o outro não te acusa, ficarás no máximo dois meses preso, pois não haveria provas. Por último, se não acusares, e ele te acusar, ele sairá livre e tu ficarás preso por dez anos. Suponhamos que o ladrão, como *homo economicus*, radical e egoísta, pense assim: Se o outro não me acusa, o melhor é que eu acuse porque saio livre. É preferível sair livre do que ficar dois meses no cárcere. Se ele me acusar, também é melhor que eu acuse, pois pegaria apenas cinco anos. Portanto, o melhor é acusá-lo, tanto faz se ele me acusa ou não. No dia seguinte, os ladrões acusaram um ao outro. O interessante é que os dois indivíduos racionais e egoístas obtiveram um resultado pior do que se tivessem cooperado. Ou seja, se tivessem cooperado, teriam de cumprir apenas dois meses de prisão cada um. Assim, se o indivíduo não tivesse perseguido fins egoístas, *mas coletivos*, teria atingido um resultado melhor. Ler em CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación.” *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 132-133, abr./sept. 1989. Poder-se-ia também referir o exemplo de Dworkin, acerca do problema da justiça que envolve uma concepção de maximização da riqueza. Um exemplo que fragiliza esse mecanismo de otimização da análise econômica do direito. Dworkin refere o exemplo de um homem pobre e doente que precisa de um remédio e, por conseguinte, vende seu livro favorito, sua única fonte de prazer, por cinco dólares, que é o preço do remédio. Seu vizinho aceitaria pagar até dez dólares pelo livro, pois é neto do autor da obra, pelo que poderia vendê-la por onze dólares. Numa análise econômica de maximização de riqueza, seria interessante que a polícia tomasse a obra do homem pobre, mesmo que ele ficasse sem o livro e sem o remédio, pois o livro valeria onze dólares na mão do homem rico. Porém, como diz Dworkin, “mesmo que estivéssemos certos de que o homem rico pagaria mais do que o pobre lhe cobraria, de modo que a riqueza social na verdade aumentaria se tirássemos o livro do pobre para dá-lo a seu rico vizinho, não consideraríamos a situação mais justa de modo algum, nem a comunidade nos pareceria melhor, em nenhum aspecto, depois que uma transferência desse tipo fosse feita. Portanto, aumentar a riqueza social não faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 345-347.

³⁰¹ Leia-se por exemplo a interessante crítica de Milton Friedman e Rose Friedman acerca do problema da criminalidade, ao afirmarem que “evidentemente, enfrentar o problema com dinheiro não foi mais eficaz no combate ao crime do que o melhoramento da educação, ou o atingimento dos belos objetivos da longa lista de programas sociais empreendidos nessas décadas. O número de detenções aumentou também drasticamente - de dois milhões em 1957 para quase 10 milhões em 1980. A elevação do número de detenções reflete simplesmente o aumento do número de crimes, e não a eficiência maior na manutenção da lei - uma vez que o número comunicado de crimes cresceu ainda mais que o

pensamento que tantos seguidores possuem em terras da *common law*. Ela traz também qualidades, pois, como explicitado, eleva a ideia de eficiência, outrora tão esquecida no nosso discurso continental, abrindo toda uma nova gama de opções ao discurso jurídico, evitando a cegueira de um pensamento único.³⁰² Ademais, traz, também à tona, a discussão acerca de uma necessária atuação *ex ante* do direito, no que se liga, de forma incontestável, aos *crimes de cuidado de perigo*.

número de detenções”. E, ainda mais notável, é a afirmação de que para o aumento do crime contribuiu muito a desagregação familiar bem como a tempestade de leis e regulamentos dos tempos modernos. FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Tiranía do status quo*. Rio de Janeiro: Record, 1984. p. 147.

³⁰² E aí referimos a férrea e tenaz crítica de autores como Gary Becker e Milton Friedman à política americana de criminalização das drogas. Ver BECKER, Gary. “Crime and punishment: an economic approach.” In: TAYLOR, Ian. *Crime and political economy*. Norfolk: Ashgate/Dartmouth, 1998. p. 169-205. Também KOPP, Pierre. *A economia da droga*. Tradução de Maria Helena Assumpção. Bauru: Edusc, 1998. p. 202. Como salientam Milton Friedman e Rose Friedman, “A legalização dos tóxicos reduziria simultaneamente a taxa de criminalidade e reforçaria o cumprimento da lei.” FRIEDMAN; FRIEDMAN, op. cit., p. 155. Não apenas o “trazer consigo para uso” deveria ser descriminalizado, mas também o tráfico de drogas (uma tese altamente polêmica se levássemos em conta um país continental como o Brasil e suas oceânicas disparidades sociais). A tese aludida pelos autores é que a repressão contumaz contra a venda e o consumo acaba por aumentar o preço das drogas, incentivando a superoferta do produto e a violência. Assim, a legalização das drogas seria a solução, pois reduziria os preços e, por via de consequência, o interesse pela produção e oferta das substâncias entorpecentes. A redução da oferta, por sua vez, poderia reduzir também a demanda e o número de usuários, bem como a violência resultante do tráfico. Como referiu de forma duríssima Milton Friedman: “*É imoral que os Estados Unidos proibam as chamadas drogas ilegais. Sou a favor da legalização de todas as drogas, não apenas da maconha. O atual estado das coisas é uma desgraça social e econômica. Veja o que acontece todos os anos neste país: colocamos milhares de jovens na prisão, jovens que deveriam estar se preparando para o seu futuro e não sendo afastados da sociedade. Além disso, matamos milhares de pessoas todos os anos na América Latina, principalmente na Colômbia, na tal ‘Guerra contra as Drogas’. Nós proibimos o uso das drogas, mas não podemos garantir que elas sejam de fato consumidas... Isto só leva à corrupção, à violação dos direitos civis. Acho que o programa contra as drogas dos EUA é uma monstruosidade e ele é que devia ser eliminado. Nada do que o governo faz com quem é pego usando ou vendendo drogas serve para educar o cidadão. Eles dizem isso porque precisam justificar a prisão de tantos jovens que vêem seu futuro ser quase fatalmente atingido quando são presos com drogas. Muitos dos presos são realmente perigosos e criminosos, mas a maioria não é*”. *Jornal Folha de São Paulo*, p. B12, 19 de junho de 2005. Ademais, há também um estudo da Universidade de Harvard, intitulado “The Budgetary Implications of Marijuana Prohibition” (As Implicações Orçamentárias da Ilegalidade da Maconha), de autoria de Jeffrey A. Miron, em que se sugere a legalização da maconha. Segundo o referido estudo, com tal medida o governo americano deixaria de gastar cerca de 7,7 bilhões de dólares em policiamento e ações militares e poderia aumentar sua arrecadação em até 6,2 bilhões de dólares por ano. O estudo teve o apoio de mais de 500 economistas das Universidades de Yale, Cornell e Stanford e foi enviado ao presidente George W. Bush. *Folha de São Paulo*, p. B12, 19 de junho de 2005. Também na defesa da descriminalização do uso de drogas, perpassando a análise econômica do direito, mas estribado numa concepção onto-antropológica de proteção subsidiária apenas dos bens jurídicos mais relevantes: WEDY, Miguel Tedesco. “Eficiência, uso de drogas e análise econômica do direito.” *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 9-10, jan. 2007 e WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís: “Uso de drogas, eficiência e bem jurídico.” In: _____; _____ (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 09-20. Também pela despenalização do uso da droga, CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 29. Interessante ainda o que diz Hefendehl acerca das drogas, asseverando que, na verdade, não se está a tratar de saúde pública, mas sim da soma de bens individuais e, por conseguinte, disponíveis. HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,

Com razão, Calsamiglia, ao afirmar que, do ponto de vista ontológico, a lei deve ter o mínimo de eficácia.³⁰³ Não se poderia aceitar uma lei totalmente ineficiente e ineficaz. Aliás, o que também não se poderia aceitar, mas se tolera, de forma acintosa, é um Estado e também um direito penal e um direito processual penal ineficientes, que, não raro, instigam à impunidade, à desagregação social e, desgraçadamente, ao ressurgimento da vingança privada.

Não é, porém, a eficiência da “Análise Econômica do Direito” que se quer para o direito penal. Para Castanheira Neves, segundo a “Análise Econômica do Direito” uma “decisão será eficiente se maximizar o global rendimento líquido, se a vantagem que produza (relativamente aos por ele beneficiados) for superior aos seus prejuízos que porventura provoque (relativamente aos por ele atingidos), no sistema ou no subsistema em que a decisão opere (seja a sociedade em geral, seja um domínio específico da atuação e decisão)”.³⁰⁴ A eficiência do direito penal não há de ter uma conotação economicista e desprovida de inserção mundanal, uma conotação de direito como “*tecnologia - uma tecnologia social ou social engineering*“, para seguir a apropriada crítica de Castanheira Neves.³⁰⁵

A razão da *law and economics*, por via de consequência, seria insuficiente e altamente daninha. Valendo-nos das palavras de Castanheira Neves, “*compreender-se-ia como uma estratégia político-social funcional e finalisticamente programada, a decisão concreta como uma ‘táctica’ de realização ou execução consequencial, a própria função judicial como uma instituição funcionalmente adequada a essa estratégia/táctica*“. ³⁰⁶ Seria a conversão do direito, em “*técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento económico e social óptimo da cidade*“, tudo embasado na “*ideologia tecnocrática*” e na sua “*legitimação pela performance ou a eficiência*”:

v. 4, n. 14, p. 9, 2002. Disponível em: <<http://criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

³⁰³ Veja-se o exemplo dos “detritos industriais” citado por Calsamiglia, segundo a qual numa cidade vizinha de Barcelona, fábricas inundaram as ruas de detritos, em razão da multa fixada pela administração municipal ser irrisória. CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 147, abr./sept. 1989.

³⁰⁴ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 67.

³⁰⁵ Com razão Castanheira Neves, pois o direito agora é “concebido como instrumento - uma ‘função’ ou um ‘meio’ simplesmente, que não uma entidade objectiva de uma qualquer autónoma subsistência - submetido e manipulado por uma racionalidade finalística funcional e tecnológica, nos termos antes expostos.” *Ibid.*, p. 54.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 56.

uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral; pouco a pouco constitui-se um sistema finalizado no seio do qual a lógica da performance acaba por sobrepor-se à própria desejabilidade do objectivo prosseguido, de sorte que uma relação instrumental ou causal (a relação meio-fim) acaba por se substituir a uma relação valoradora ou normativa - o conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente ocupam o lugar da ética”³⁰⁷.

Trata-se, portanto, de uma necessária refutação, a fim de repelir um tipo de racionalidade que não agrada a uma percepção plural e aberta do direito penal, pois, de um lado, temos “*a validade, do outro, a oportunidade; de um lado, o fundamento, do outro, a estratégia; de um lado, a justeza, do outro a eficácia; de um lado, o juízo (a fundamentante conclusiva discursiva), do outro a decisão (a volitiva escolha entre possibilidades); de um lado, o direito como uma categoria ética; do outro, o direito como uma categoria técnica* “. ³⁰⁸

Não é essa eficiência capaz de legitimar o direito penal. Porém, do ponto de vista onto-antropológico³⁰⁹, o direito penal deve ser legítimo, deve proteger os bens jurídicos e deve buscar a justiça e a paz jurídica. E mais, pois assim se pode afirmar que um direito penal justo pode ser eficiente e um direito penal eficiente pode ser um direito penal justo e equilibrado, afirmando-se o mesmo em relação ao processo penal.

³⁰⁷ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 60.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 63.

³⁰⁹ Calsamiglia afirma que um direito justo não seria necessariamente eficiente e vice-versa. É bem verdade que depois, aduz: 1º a eficiência não pode identificar-se com o mercado livre e em todo lugar. 2º Há diferença entre eficiência e equidade. Pressupondo a moralidade do critério da eficiência, por vezes mercado e eficiência não andam juntos. Deve existir um equilíbrio. Em síntese, uma sociedade eficiente pode ser uma boa sociedade. CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación.” *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 150, abr./sept. 1989.

2.1 Benthan, Beccaria, utilitarismo e análise econômica do direito

Além da eficiência construída a partir da análise econômica do direito, há outra eficiência, talvez não esgrimida de forma explícita, mas que, de forma sub-reptícia, estaria a embasar toda uma concepção de direito penal. Mas, até que ponto esta suposta eficiência se contrapõe aquela eficiência que ora se pretende construir ou investigar?

A verdade é que toda escrita antiga deve ser lida com os olhos do presente, sob pena de se interpretar um certo pensamento de forma desfocada. Por isso, a aproximação com as ideias de Beccaria e Benthan, pretendida por muitos expoentes da análise econômica do direito, deve ser recebida com as devidas reservas.

Se é verdade que Benthan e Beccaria pretendiam que o direito penal tivesse uma verdadeira utilidade, capaz de preservar a maior felicidade possível entre os cidadãos, não se pode negar que, para o seu tempo e ainda para os dias de hoje, muitas de suas lições continuam atualíssimas, já que ainda perfeitamente admissíveis.

Outrossim, pretender a máxima felicidade entre as pessoas não é algo que repugne uma consciência democrática e plural, mormente num Estado como o brasileiro, que almeja a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88), além de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “promover o bem de todos” (art. 3º, IV).

Porém, o que não se pode fazer é querer transportar, sem o devido cuidado e apuro, as lições de Benthan e Beccaria para o momento atual de profunda crise existencial, vivenciado pelo direito penal.

A utilidade pretendida por Benthan, por exemplo, não erigia a eficiência econômica como critério absoluto para a punição ou não punição, para a elevação

de determinada conduta ao patamar de relevância jurídico-penal.³¹⁰

Equiparar, sem um olhar mais detalhado e responsável, o utilitarismo de Benthan à análise econômica do direito gera não apenas uma distorção - até em razão de que há divergências claras entre Posner e Benthan³¹¹ -, mas também o perigo de uma construção de matiz autoritário, insensível ao caráter onto-antropológico e mundanal do direito penal.

Para muito além disso, passar-se-ia a verificar o direito penal ou melhor, uma necessidade de descriminalização/criminalização de determinadas condutas a partir tão-somente dos efeitos ou objetivos da pena, e não em decorrência de um efetivo e relevante evento jurídico desvalioso e ofensivo.

Prova cabal é a sustentação da análise econômica acerca da indelével influência da pena na realização/não realização do delito e na diminuição do número de delitos.

É preciso verificar a obra de Benthan conforme o seu tempo, é preciso traduzi-la para o cotidiano atual de forma sutil e sensível, com uma leitura mais precisa e fecunda, capaz de apontar as suas reais e verdadeiras qualidades.

Para Benthan, o gênero humano estaria sempre sob o controle de dois “soberanos”, o “prazer” e a “dor”. O princípio da utilidade, por sua vez, reconheceria essa sujeição e a colocaria como fundamento do sistema. Assim, o princípio da utilidade seria aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a

³¹⁰ É verdade que de Benthan não só se deve estudar o Tratado de Legislação Civil e Penal, cujo original foi publicado em 1802, em Paris, pela Casa Bossange, Masson y Besson, como refere SANCHÉZ OSÉS, José. “Jeremías Benthan y el derecho penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 20, fasc. 1-2, p. 545, enero/agosto, 1968. Mas, fundamentalmente, quando se quer tratar acerca do utilitarismo e de quando se deve ou não punir, é preciso deter a atenção na sua *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*.

³¹¹ Ver em LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (FDUC), Coimbra, v. 93, p. 104, 2002. Especificamente nota 81.

promover ou a comprometer a referida felicidade.³¹² Isto é, o termo “utilidade” designaria “aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta”.³¹³

O fato de Benthan entender que a missão dos governantes é a promoção da felicidade da sociedade não invalida uma concepção de direito penal de perfil mais humano e garantístico.

Afinal, como refere Benthan, “a obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato é pernicioso”.³¹⁴

Ora, não seria errado afirmar que o guião seguido por Benthan para punir ou não punir uma conduta é também a relevância e o desvalor de um ato e de suas consequências “perniciosas”, pois, como o próprio autor afirma, “a tendência geral de um ato é mais pernicioso ou menos pernicioso, de acordo com a soma total de suas consequências (grifo nosso), isto é, conforme a diferença entre a soma das consequências boas e a soma das consequências funestas”.³¹⁵ Inegável é que Benthan faz uma ligação entre pena e delito como dano.³¹⁶ Assim, ao levar em conta as consequências de determinado ato para puni-lo ou não, Benthan não invalida, de todo, uma concepção de direito penal que tenha como ponto de partida um resultado jurídico desvalioso. Ao contrário, a lição de Benthan apenas fortalece e robustece uma tal compreensão.³¹⁷

³¹² BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 3-4.

³¹³ BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 20.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 20.

³¹⁶ SÁNCHEZ OSÉS, José. “Jeremías Benthan y el derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 20, fasc.1-2, p. 547, enero/agosto, 1967.

³¹⁷ Quando trata dos “princípios do Código penal”, Benthan, como refere Sánchez Osés, descreve o delito como “qualquier acto que se considere há de ser prohibido en cuanto determinante de algún mal, o incluso propicio a causarlo”. *Ibid.*, p. 552. Ou seja, ao exigir a causação de um mal, Benthan não se

Mesmo posteriormente, quando Benthan refere que toda punição constitui um ato pernicioso, um mal, só podendo ser admitida na medida em que evitaria um mal maior, não significa que esteja adotando uma concepção de eficiência com sutilezas unicamente economicistas. Não. Na verdade, a ineficácia ou ineficiência (Benthan fala em ineficácia) tem correlação com felicidade e bem-estar, o que não necessariamente significa correlação com aspectos genuinamente econômicos, posto que reduzir a felicidade ao aspecto monetarista da vida configuraria grave erro.³¹⁸

E, mesmo naqueles casos em que Benthan fala na impossibilidade de aplicação da punição, ainda assim, não se poderia retirar deles apenas uma visão economicista. O prejuízo referido por Benthan para evitar a punição não é econômico, mas, para muito além disso, parece ser um prejuízo para o bem-estar e o bem-viver.³¹⁹ Segundo Benthan, não se deve infligir punição quando: não houver motivo para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso; a punição for ineficaz, ou seja, quando ela não pode agir de maneira a evitar o prejuízo; a punição for inútil ou excessivamente dispendiosa, isto é, quando o prejuízo produzido por ela for maior que o prejuízo que se quer evitar; a punição for supérflua, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado – ou pode cessar por si

afasta de uma axiologia que leve em conta um efetivo resultado desvalioso.

³¹⁸ Sobre a correlação ou não correlação entre condição econômica e felicidade, a obra de GIANETTI, Eduardo. *Felicidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Como se lê no trabalho de Gianetti, elaborado através de diálogos entre personagens fictícios, mas estribado em estudos internacionais acerca do tema: “Décadas de forte crescimento econômico nos Estados Unidos, Europa e Japão na segunda metade do século XX muito pouco ou nada alteraram as proporções de indivíduos felizes e infelizes na população dos respectivos países”, p. 64. Ou ainda: “O crescimento compra felicidade nos países extremamente pobres, mas a partir do momento em que uma Nação atinge determinado nível de renda (cerca de U\$ 10 mil dólares anuais per capita ou o equivalente à renda de países como Irlanda, Portugal e Coréia do Sul), acréscimos adicionais de renda não se traduzem em ganhos de bem-estar subjetivo”. Ibid., p. 64. Com sentido semelhante, DWORKIN: “A história não nos oferece nenhum indício útil para essa suposição. Não confirma que a melhor maneira de tornar uma comunidade mais feliz em termos médios consiste em torná-la mais rica em sua totalidade, sem nenhuma condição direta relativa à distribuição; essa tese continua sendo um artigo de fé mais popular entre ricos do que entre pobres. É evidente que, em média, as pessoas vivem melhor nos países ricos que nos países pobres, pelo menos de acordo com as concepções convencionais daquilo que se torna uma vida melhor. Mas a questão presente é de outra natureza. Temos alguma razão para pensar que, em termos gerais, a felicidade média é aumentada nos países ricos, por uma prosperidade ainda maior, medida pelas somas que, coletivamente, os seus cidadãos desejam e podem pagar pelos bens que produzem e comercializam? Ou não seria essa felicidade ainda mais aumentada se os cidadãos aceitassem outros padrões de responsabilidade pessoal, padrões que às vezes ignorassem a prosperidade em nome de outros valores? Creio que não; essas afirmações podem ser verdadeiras, mas não temos indícios convincentes de que o sejam”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 348-349.

³¹⁹ Interessante aqui sob o aspecto histórico: ANGELONI, Gian Carlo. “La ‘cautio bene vivendi’ e la nuova codificazione penale svizzera”. *Il Pensiero Giuridico Penale, Rivista de Dottrina e Giurisprudenza*, Direttore Giuseppe Sotgiu, ano 14, fasc. 1, p. 32-42, genn./mar., 1942.

mesmo – sem a punição, ou seja, por um preço menor.³²⁰

Ou seja, antes de se referir a qualquer fim utilitário da pena ou do direito penal, seria preciso indagar se um determinado e prefixado ato gerou uma consequência “perniciosa”. E, essa consequência perniciosa não é apenas uma decorrência econômica do ato, mas algo muito mais amplo e complexo.

Só após uma efetiva ponderação entre a necessidade ou não da punição, é que surgiriam outros quatro objetivos subordinados à pena, aí sim, objetivos de cariz utilitarista e geradores de possíveis reflexos econômicos. Assim, a punição, após constada a sua necessidade, teria quatro objetivos: a) a evitação de qualquer ofensa ou crime e fazer de tudo para evitá-los; b) caso seja inevitável o cometimento de um crime, haveria a necessidade de induzir o autor ao cometimento de um crime menos pernicioso; c) no instante em que o criminoso decidiu praticar um crime em particular, ao menos que o prejuízo seja o mínimo necessário; e d) seja qual for o prejuízo que o legislador pretenda evitar, que o faça da forma menos dispendiosa possível. E, em consonância com os objetivos acima referidos, é que surgiriam “normas” capazes de estabelecer critérios de proporcionalidade entre as punições e os crimes.³²¹

Assim, embora possam ser realizadas aproximações entre a análise econômica do direito e o pensamento de Bentham, também é fato que, para a ocorrência de uma punição, o mesmo Bentham exigia a necessidade de ocorrência de consequências “perniciosas” de determinado ato.

³²⁰ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 59.

³²¹ Tais normas poderiam ser resumidas em: 1ª) o valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime; 2ª) quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição; 3ª) quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor; 4ª) a punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular que, para cada nova parte ou etapa do prejuízo, possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la; 5ª) a punição não deve, em caso algum, ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas; 6ª) para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 61- 63.

Portanto, não se pode afirmar que a concepção de Bentham reduza o homem à condição de objeto ou coisa, como um mero instrumento para o atingimento desse ou daquele fim, como por exemplo, a eficiência econômica, em razão da inegável relação que o autor estabelece entre punição e necessidade de consequências “perniciosas”.

E, se Bentham apresenta traços nitidamente utilitaristas em certos aspectos, até por ser ele o construtor máximo de um princípio de utilidade, Beccaria também poderia trazer feições com matizes unicamente utilitárias.

Eis o erro fundamental da análise econômica do direito. Ver em Beccaria tão somente um utilitarista, desprovido de uma preocupação mais orgânica em relação ao direito penal.³²²

É preciso cuidado para que não se caia em imperfeições. É preciso saber “Ler Beccaria hoje”. Como escreve Faria Costa, na sua introdução à obra do Marquês, lembrando-o, “*não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa*”.³²³ Uma construção mental dessa estatura se afasta do utilitarismo puro.

Segundo Faria Costa, o “direito penal é, assim, visto por Beccaria como um instrumento de limitação da liberdade dos indivíduos. Todavia, um instrumento legítimo, desde que em tais limitações se contemple o *quantum* necessário de modo a assegurar o bem comum”.³²⁴

Não se configura como correta, portanto, a assertiva de que o pensamento de Beccaria teria um perfil absoluta e unicamente utilitarista. Seria uma redução demasiada do pensamento do iluminista de Pavia, pois se estaria desconsiderando toda uma gama de opiniões edificadoras de uma verdadeira revolução operada no direito penal, a partir de sua obra.

³²² Interessante acerca da influência de Beccaria sobre o sistema penal inglês, o artigo de RADZINOWICZ, Leon. “Cesare Beccaria e Il sistema inglese di Giustizia Penale. Rapporti Reciproci.” *La Scuola Positiva. Rivista de Criminologia E Diritto Criminale*. Milano, anno 6, Fasc. 1, serie 4, p. 553-564, 1964.

³²³ COSTA, José Francisco de Faria. *Ler Beccaria hoje: estudo introdutório do tradutor. Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 9.

Opiniões que propiciaram uma verdadeira viragem interpretativa e hermenêutica sobre o direito penal, condutora não apenas da humanização das penas, mas também do jurista. Condutora também de um alargamento do espectro de relações do direito penal com outras esferas, a partir da constatação de que o problema da criminalidade não teria resolução com a pura, simples e rasteira utilização dos mecanismos penais.³²⁵

Ademais, a expressa referência de Beccaria ao princípio da necessidade, “*toda a pena que não derive da absoluta necessidade - diz o grande Montesquieu - é tirânica*”³²⁶, explicitava muito bem a impossibilidade de considerar-se o homem como um mecanismo apenas, um objeto irrelevante para o alcance de determinados fins, sejam utilitaristas ou prevencionistas.

A eficiência economicista também não fez parte do raio de visão de Beccaria, ao contrário do pretendido por alguns autores. Não se trata de negar alguma característica sob certo aspecto utilitarista, mas sim de realçar que a obra de Beccaria não pode ser reduzida a tal entono, por demais reduzido.

Como se falar que o pensamento de Beccaria teve tão pequena abrangência quando se verifica, de forma incontestável, uma defesa aberta e veemente de critérios outros, aproximados com noções de Justiça, e não só de utilidade: “Quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será.”³²⁷ Falar que a pena expedita se aproxima de um critério de Justiça suaviza um certo viés utilitarista que poderia ser imputado a Beccaria.

³²⁴ Ibid., p. 19.

³²⁵ Prova disso são as alegações de Beccaria: “Mais vale prevenir os delitos que puni-los” (p. 154). “As noites iluminadas as expensas do Estado, os guardas distribuídos pelos quarteirões da cidade, os singelos discursos de moral religiosa reservados ao silêncio e à sagrada tranquilidade dos templos protegidos pela autoridade pública, as arengas destinadas a manter os interesses privados e públicos nas assembléias da nação, nos parlamentos ou onde residia a majestade do soberano, tudo são meios eficazes de prevenir o perigoso adensamento das paixões populares.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 64. Ou ainda: “A mais segura maneira de fixar os cidadãos na sua pátria é aumentar o bem-estar relativo de cada um”, p. 137, e “o mais seguro mas mais difícil meio de prevenir os delitos é aperfeiçoar a educação”, p. 160. Na mesma diretriz, Mollenhauer, citado por ZIPF, ao afirmar que toda boa educação surte efeito como prevenção da criminalidade. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén: Edersa, 1979. p. 161.

³²⁶ BECCARIA, op. cit., p. 64.

³²⁷ Ibid., p. 102.

E, como se não bastasse, vê-se também que uma pesada crítica de Beccaria atinge a incapacidade de realização de Justiça no sistema criminal do seu tempo, em decorrência de ideias de força e arbítrio, comuns àquelas que hoje pregam o atingimento de fins do Estado como missão do direito penal: “Porque parece que no actual sistema criminal, segundo a opinião dos homens, prevalece a ideia de força e de prepotência sobre a de justiça; porque se lançam indistintamente no mesmo antro acusados e condenados”.³²⁸

Não se pode imputar, conseqüentemente, a Beccaria a defesa pura e simples de um caráter “monetarista” de eficiência. A defesa de uma postura condizente com um direito penal mais humano e liberal, por si só, não significa, de *per se*, um enquadramento mais ortodoxo sobre eficiência e, tampouco, a adoção irrefletida de um utilitarismo mais radicalizado.

Afinal, é o próprio Beccaria quem repele uma adoção de um pensamento vigorosamente utilitarista, ao refutar os delitos de porte de arma, por exemplo.³²⁹ Assim, parece que a eficiência da análise econômica do direito pode encontrar semelhanças e alguns muito específicos pontos de contato, mas desconhecerá alicerces firmes e sólidos se os quiser encontrar nos pensamentos de Bentham e Beccaria. Não se trata de afirmar que os pensamentos de Beccaria e Bentham não apresentam concretude, mas, sim, de afirmar que a pretendida eficiência da análise econômica não encontrará nesses pensadores o seu esteio ou a sua gênese.

Aliás, se à risca fossem seguidos os postulados da análise econômica do direito, uma das penas mais eficientes, por mais grave e severa, seria a pena de

³²⁸ *Ibid.*, p. 127.

³²⁹ “Uma fonte de erros e de injustiças são as falsas ideias de utilidade que têm para si os legisladores. As leis que proibem o porte de arma são leis dessa natureza; elas só desarmam os que não têm tendência nem estão determinados a cometer delitos; enquanto aqueles que têm a coragem de violar as leis mais sagradas da humanidade e as mais importantes do código, como respeitarão as menores e as puramente arbitrárias, cujas contravenções devem ser tão fáceis e impunes, e cuja exacta execução priva as pessoas da sua liberdade, tão cara ao homem, tão cara ao esclarecido legislador, e sujeita os inocentes a todos os vexames devidos aos réus? Estas leis pioram as condições das vítimas, melhorando a dos agressores, não reduzem os homicídios, antes os aumentam, porque é maior a confiança no assalto aos desarmados do que aos armados. Estas são leis ditas não preventivas, mas temerosas dos delitos, que nascem da tumultuosa impressão de alguns factos particulares, e não da análise racional dos inconvenientes e vantagens de um decreto universal”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 152.

morte. Eis, por conseguinte, mais uma prova de que não se pode atrelar totalmente Beccaria, de forma pueril e comezinha, a tal pensamento, em razão da crítica veemente que o autor faz à pena capital.³³⁰

E, para além de tudo o que foi dito, não se pode esquecer de que Beccaria vai além do suposto utilitarismo alegado por alguns, expressando abertamente que a pena haveria de ser regida por critérios de necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade³³¹. Portanto, estabelecia claramente um carácter equitativo para a pena. Dava a ela uma feição humana e pública, distributiva, e não um gene puramente utilitarista, congruente com um “eficientismo” vazio.

Na verdade, a concepção de Beccaria também não impede um direito penal com uma cosmovisão mais aberta, permeado com silhuetas onto-antropológicas. Ao contrário, ao ler-se Beccaria hoje, constata-se que a tentativa de transformação do direito penal numa “reengenharia social” ou num “mero instrumento de conformação e manutenção do poder”, com o atingimento de correlatos “fins sociais”, é algo que dista muito dos verdadeiros e reais objetivos ou utopias de outrora.

Tais objetivos e utopias, na verdade, se mantêm vivos, intactos (ou nem tanto) e propiciadores de novas alternativas, modernizadas, hodiernas, capazes de construir um direito penal legítimo e justo, verdadeiramente mantenedor subsidiário³³² dos interesses mais relevantes e prementes do ser humano e de uma situação de bem-viver.

³³⁰ “Aquele retorno a nós próprios, eficaz, porque tantas vezes repetido: eu próprio serei reduzido a uma tão longa e mísera condição se cometer semelhantes crimes é bem mais poderoso do que a idéia da morte, que os homens vêem sempre a uma distância obscura”. Ibid., p. 120.

³³¹ “Para que toda a 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 circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”. Ibid., p. 163.

³³² Como escreve Faria Costa no seu estudo introdutório à obra de Beccaria: “sem direito penal não se pode lutar contra o crime - onto-antropologicamente ele afirma-se irremediavelmente ligado à natureza humana - mas, paradoxalmente, não é ele a arma mais eficaz?”. COSTA, José Francisco de Faria. “Ler Beccaria hoje: estudo introdutório do tradutor.” *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 24.

2.2 Críticas à eficiência da análise econômica e a prevenção geral negativa

São indissociáveis as noções da análise econômica do direito e de prevenção geral negativa. Isto é, uma conformação mais ou menos homogênea de direito, a partir de uma concepção econômica, indaga acerca da possibilidade desse mesmo direito em diminuir o número potencial de criminosos, bem como reduzir a própria criminalidade, por intermédio de efeitos preventivos. Aí estaria a eficiência da pena e do direito penal.

A eficiência, nessa conjuntura, possui matiz econômico e, economicamente, passa a ser delineada e considerada, gerida e calculada a partir dos efeitos intimidadores que possa vir a ter, para inibir novos delitos e atores criminais. A pena a serviço não da finalidade humana, como se dizia na Ilustração³³³, mas de fins econômicos pretensamente correlatos com a felicidade humana.

Urge deambular por tal construção teórica. E assim há de ser feita uma indagação. Como é possível, nas sociedades atuais, gigantescas, multiformes, fragmentárias, buscar a comprovação da prevenção geral negativa da pena? É uma tarefa, em verdade, quase impraticável. O que se tem, vez por outra, é uma sensação epidérmica da prevenção geral negativa, como nos casos de alguns delitos do direito penal secundário.³³⁴ Ainda assim, difícil é uma tal comprovação, pois o campo investigatório a ser pesquisado seria variadíssimo e “incalculável”,

³³³ NAUCKE, Wolfgang. “Prevención general y derechos fundamentales de la persona.” In: HASSEMER, Winfried et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 19.

³³⁴ Nesse mesmo sentido, Ferrajoli: “Para encarar a criminalidade, principalmente entre as classes mais pobres, as únicas políticas eficientes são as políticas sociais. Essa situação é em parte resultado de grandes desigualdades, da exibição e ostentação da riqueza frente a uma classe que vive no limite da subsistência. Portanto, o único modo para acabar com os lugares em que o crime encontra espaço para crescer é uma política de garantia dos direitos sociais, que oferece alimentação, instrução e um sistema de saúde. É preciso valorizar, sobretudo, a pessoa, e admitir que a criminalidade no Poder, mais do que aquela de subsistência, é muito grave. O crime organizado, as máfias, os crimes de corrupção e as diversas formas de peculato são os únicos tipos de atos nos quais o direito penal tem um forte efeito inibidor. A impunidade da corrupção produz inevitavelmente um aumento desse tipo de crime”. FERRAJOLI, Luigi. “Entrevista.” *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, p. 7, edição de 8 de maio de 2007. Defendendo uma eficácia da ideia de prevenção, leia-se WALKER, Nigel. “La eficacia y justificación moral de la prevención.” *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 11, p. 129-145, 1980. Ainda acerca da eficiência da prevenção geral: KAISER, Günther. *Criminologia: una introduzione ai suoi principi*. A Cura di Elio Morselli e Carla Steiner. Milano: Giuffrè Editore, 1985. p. 99 e ss. E ainda sobre dolo e prevenção geral nos delitos econômicos: DONINI, Massimo. “Dolo e prevenzione generale Nei Reati economici.” *Rivista Trimestrale Di Diritto Penale Dell’Economia*, Milano, ano 12, p. 1-63, 1999.

para seguir-se uma “máxima eficientista”.

Entretanto, a ideia de eficiência da análise econômica do direito trabalha essencialmente, como já visto, com uma noção de prevenção geral negativa.³³⁵ Isto é, pena como intimidação.

Uma espécie de regresso até Anselm Feuerbach, para a ideia de pena com uma específica finalidade.³³⁶ Uma ameaça da pena como intimidação que não lesionaria nenhum bem e nem o direito de ninguém, pois no caso de cometimento do delito, o castigo real seria desenvolvido unicamente sob uma legalidade livre de fins.

³³⁷

Para Naucke, prevenção geral, principalmente prevenção pela pena, e direitos fundamentais da pessoa não se situam em oposição, quando os círculos das formas mercedoras de prevenção estão legalmente estabelecidos.³³⁸ A ideia de Kant, levando-se em conta a prática legislativa moderna, em tais condições, seria irreal.³³⁹

Não se pode negar, é bem verdade, que a degradação da ideia de prevenção

³³⁵ Figueiredo Dias adverte que o grande argumento que sempre se repete contra as teorias de prevenção geral é aquele segundo o qual tais teorias seriam comandadas por considerações “pragmáticas e eficientistas”, fazendo da pena um instrumento que viola a eminente dignidade da pessoa humana. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t.1, p. 50-51.

³³⁶ Para Figueiredo Dias, a primeira formulação acabada de uma doutrina de prevenção geral fica a dever-se a Paul Johann Anselm von Feuerbach: a conhecida doutrina da coacção psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime. E completa Figueiredo Dias: “O essencial da doutrina da prevenção geral veio a receber até certo ponto confirmação das doutrinas da psicologia da profundidade, bem como das próprias teorias psicanalíticas: quer através da idéia de que muitas pessoas só são capazes de dominar as suas tendências criminosas face ao reconhecimento de que quem se decide pela via do crime acaba por sofrer mais danos pessoais do que vantagens; quer pela conclusão de que a pena tem como função primordial a legitimação da ordem vigente e a manutenção da estabilidade e da paz jurídica. Um contributo decisivo para o reforço das doutrinas da prevenção geral em nova veste (positiva) é oferecido pelas actuais teorias sistémico-sociais: seja pela via da reacentuação da função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos, que não pode deixar de reflectir-se na natureza e legitimação dos seus instrumentos específicos, máxime, da pena; seja pela via da redução da função da pena no sistema social à sua expressão simbólica de reafirmação contrafáctica da fidelidade devida às normas jurídicas de um dado ordenamento positivo”. *Ibid.*, p. 49-50. Fundamental sobre a finalidade da pena, exatadamente por distinguir fins e justificação do direito de punir: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 154-155 e ss.

³³⁷ NAUCKE, Wolfgang. “Prevención general y derechos fundamentales de la persona.” In: *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 25. A verdade, como salienta Naucke, é que Feuerbach fala em merecimento de pena e merecimento de sanção e em formação e execução de sanção, quando, só então, seriam discutidos os direitos das pessoas.

³³⁸ *Ibid.*, p. 36.

³³⁹ *Ibid.*, p. 40.

especial tem erigido a prevenção geral como verdadeira fortaleza. Uma fortaleza quase inexpugnável, seja pela orientação negativa e, especialmente na atualidade, pela orientação positiva. Como diz Hassemer, para uma concepção tal, as penas benignas provocariam o aumento dos índices delitivos, e as mais severas os diminuiriam. O que não se pode negar vai ao encontro de algumas pregações bem características da *law and economics*. E, como se não bastasse, na atualidade, o clima científico e político-jurídico parece ser extraordinariamente favorável para a imposição de uma pena com fins preventivo-gerais. Cada intervenção com a pena sobre o indivíduo levaria também ao bem-estar geral. Seria inverossímil o retorno às teorias absolutas retributivas. De outra parte, como já referido, a decadência dos meios preventivos especiais reforçaria a prevenção geral.³⁴⁰

Ademais, se não pode ser cabalmente comprovada sua eficiência, a prevenção geral negativa e, afirmamos nós, também a positiva, caracterizam a opção por uma política criminal com maior dificuldade de falsificação. Mais difícil é combater aquilo que não se pode mostrar e demonstrar. Como contestar tal política criminal que se orienta cada vez mais pela prevenção geral?

O fato é que a política criminal baseada em critérios preventivo-gerais está exposta em menor medida, ao perigo da falsificação.³⁴¹ E, com isso, vive-se o tempo da segurança interna, “da luta em prevenção”, da “construção de uma consciência normativa” e da “intimidação”.³⁴²

A qualidade que se incorpora à concepção de prevenção geral é o descortinar a questão da eficiência ou da efetividade. Isto é, o direito penal inefetivo ou ineficiente – e, por enquanto, usamos como sinônimos tais conceitos - careceria fundamentalmente de legitimidade. Como refere Hassemer, “*existe una ostensible relación entre legitimidad y efectividad del modo, puesto que un instrumento total o*

³⁴⁰ BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 3-4. p. 53.

³⁴¹ HASSEMER, Winfried. “Prevenición general y aplicación de la pena: principales problemas de la prevención general.” In: NAUCKE, Wolfgang *et al. Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 54.

³⁴² *Ibid.*, p. 56. E aqui é de ser referido o caso relatado por Hassemer, de um trabalhador que teria lesionado sua mulher, mas que depois ambos teriam voltado a conviver. A pena que lhe foi fixada foi de 6 meses e, segundo o juiz, teria um caráter intimidativo, pois constituiria uma contribuição para a defesa da ordem jurídica. *Ibid.*, p. 45.

parcialmente no efectivo (por lo menos en el derecho penal) sacrifica la legitimidad”.³⁴³

E, assim, irretorquível é que a relação entre merecimento de pena e prevenção continua sendo difusa. Cada decisão de aplicação da prevenção geral negativa implicaria três requisitos: a) que ela atue como meio para outras pessoas que ela quer influenciar; b) que estas pessoas sejam influenciáveis pelos fatores que buscam realizar a intenção preventivo-geral; c) que o conhecimento empírico da criminalidade se encontre disponível.³⁴⁴

A fragilidade acerca dos dados empíricos da criminalidade é fator que eleva a dificuldade para a apreciação da eficiência preventivo-geral das penas. Tal realidade é palpável, ante a falta de credibilidade de dados estatísticos.³⁴⁵ O problema que pode surgir da prevenção geral, como refere Hassemer, é decorrente da falta de conhecimentos precisos sobre as condições de partida de sua atuação estratégica, a falta de conhecimentos existentes sobre a seletividade e resultados do processo de intermediação, bem como a falta de uma adequada valoração da motivação do círculo de destinatários e a falta de um fundamento empírico suficiente.³⁴⁶

Salienta Figueiredo Dias que as teorias preventivas são teorias de fins, que reconhecem a pena como um mal, mas também como um instrumento político-criminal destinado a “actuar no mundo”: “O denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efectividade da sua execução”.³⁴⁷ Assim, ainda segundo Figueiredo Dias, a prevenção geral poderia conceber a pena como “forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinqüente e cujo receio as conduzirá a não

³⁴³ Ibid., p. 61.

³⁴⁴ Ibid., p. 63.

³⁴⁵ Hassemer traz um exemplo bem elucidativo acerca dos problemas da efetividade ou eficiência da prevenção geral. O caso de Frankfurt, onde durante meses a polícia informou os lugares nos quais faria fiscalizações de trânsito, sem conseguir, entretanto, reduzir o número de infrações. HASSEMER, Winfried. “Prevención general y aplicación de la pena: principales problemas de la prevención general.” In: NAUCKE, Wolfgang et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 69-70.

³⁴⁶ Ibid., p. 75.

cometerem factos puníveis: fala-se então a este propósito de prevenção geral negativa ou de intimidação. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas: neste sentido se fala hoje de uma prevenção geral positiva ou de integração”.³⁴⁸

Uma constatação aqui é de ser feita. A relação que se estabelece é sempre entre eficiência e pena. A eficiência como algo correlato à pena. Ou a eficiência do direito penal como a eficiência da pena. E essa interconexão é uma constante.

Mesmo que se reconheça a dificuldade de se estabelecer um critério empírico de análise da propalada eficiência da pena, o que se indaga é: foi eficiente a pena para diminuir a criminalidade ou o número de delitos? Não existe dado estatístico ou empírico confiável que possa responder a tal pergunta. E, ainda que apresentado um dado, pode ser contestado por outro. É preciso ir mais além, pois a prevenção geral negativa carece de uma comprovação empírica sólida.³⁴⁹

Tudo isso, entretanto, deve ser observado com o devido cuidado, pois a falta de uma constatação precisa não elide, eventualmente, a ocorrência de uma prevenção geral negativa e, por que não, positiva. São imanências, vez por outra,

³⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 48.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 48-49.

³⁴⁹ Também referindo uma forte crítica ao modelo de prevenção geral negativa, está Ferrajoli: “A ‘intimidação’, disse Francesco Carrara, ‘leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo, vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la’. Voltaire já havia indicado as razões da introdução na Alemanha do ‘suplício de roda’ com a finalidade de prevenção geral perseguida por aqueles ‘que se empossavam dos direitos soberanos’ de ‘assustar, por meio do aparato de um tormento inaudito, qualquer pessoa que ousasse atentar contra eles’. Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como ‘contraforça’ ou ‘contramotivo’ ou ‘coação psicológica’, é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. ‘Na lógica da prevenção geral’, escreve Giuseppe Bettiol, ‘existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes’.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 318.

que podem ocorrer, não como um fim próprio da pena ou de sua simples previsão, mas um efeito, um resultado que ocorre, seja querido ou não. Eis o problema, tomar como função ou fim o que é o efeito, a consequência.

A prevenção geral negativa, portanto, dirige, via de regra, a ideia de eficiência da análise econômica, ainda que frágeis os argumentos empíricos. Mas, como dito d'antes, tal fato, só por si, não torna a ideia desprezível. E não é desprezível, pois, em geral, se lança mão da ideia para a discussão acerca da eficiência da pena. Isto é, a eficiência ligada à ideia de fim, de objetivo. É um começo. E se não é o que se almeja como ideia de força, ao menos, é a luz que permite uma parte da caminhada. Uma caminhada que deve arrancar de um ponto. Ainda que esse ponto não trate claramente da eficiência, mas de considerações atinentes à efetividade da pena.

Aqui, nesse instante, por justiça, há de se trazer à ribalta o trabalho de Paliero³⁵⁰. Para ele³⁵¹, não é de hoje que a literatura penal atenta para a questão da efetividade da pena e do comando penal. Von Liszt já referia que a “pena infatti è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici”.³⁵²

Discorrendo mais sobre a efetividade da lei penal e da pena do que sobre a eficiência, Paliero refere o caso, por exemplo, da criminalização do abandono de seringas. Haveria aí efetividade, isto é, a punição da conduta diminuiria o número de casos? Tratar-se-ia de um fenômeno de massa? Em tal situação, possivelmente sim. Por conseguinte, a punição representaria uma legislação de eficácia absoluta.³⁵³ Poder-se-ia concordar com Paliero, pois quanto mais esporádica e marginal é a aplicação concreta de uma lei (inefetividade), mais tal lei se deslegitima.³⁵⁴ No entanto, não acreditamos que aqui se discuta a eficiência. Discute-se, sim, mas a efetividade. E disso, ao que nos parece, não discorda o próprio Paliero.

³⁵⁰ PALIERO, Carlo Enrico. “Il principio di effettività del diritto penale.” Estratto Dalla *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 430-544, 1990.

³⁵¹ Ibid., p. 430-544.

³⁵² Ibid., p. 434.

³⁵³ Ibid., p. 438-442.

³⁵⁴ Ibid., p. 445. Para Paliero, a criminalização se legitima com a prova da efetividade do meio-pena em relação ao fim pretendido, e não apenas pela inefetividade de outros meios de controle social. Ibid., p. 446.

Paliero trata da efetividade sob três nuances: a efetividade no quadro da política criminal, a noção de efetividade criminal-politicamente praticável e o lineamento de uma teoria da efetividade do direito penal.³⁵⁵ O modelo de efetividade seria valorizado pela concepção weberiana-habermasiana, que individualiza três modelos de paradigma geral de legislação penal: simbólica (proteção da sociedade), permissiva (*rechtsfreier Raum* de Arthur Kaufmann) e instrumental (tentativa de mediação entre tutela necessária do ponto de vista do Estado e tutela possível do ponto de vista da sociedade).³⁵⁶

O corolário político criminal do princípio da efetividade seria a própria efetividade como requisito de legitimidade da pena. Quanto mais a norma fosse inefetiva, mais seria hiperseletiva.³⁵⁷ De outra parte a efetividade seria requisito indispensável para a orientação da política criminal e, em última análise, para a legitimação da pena.³⁵⁸

Paliero, entretanto, e aqui mais uma vez deve ser ressaltada a relevância do seu estudo, procura trazer um arcabouço teórico para diferenciar eficiência e efetividade. Eficiência, ao que parece, referida como Eficácia, que para ele seria o atingimento do fim, pelo preceito normativo. Uma visão que poderia também ser buscada em Amelung (*Effektivität* seria a taxa de observância da norma, seja pelo destinatário, seja pelo órgão encarregado pela sua implementação, e *Effizienz*, o

³⁵⁵ Ibid., p. 446. Paliero fala dos paradigmas de direito penal, desde os paradigmas de cariz axiológico-educativo-idealístico ou teleológico-garantista-realístico, como um funcionalismo empírico, ou como referido por Pulitano, “una definizione laica e strumentale del diritto, una tutela di beni giuridici che aspira all’effettività [...] richiedono di confrontare fini e risultati, il programma politico-criminale con i successi o le dure repliche della storia”. Também se poderia falar num modelo orientado a intenção e do modelo orientado ao resultado. Ibid., p. 454-455. E aqui é de referir-se a questão do aborto, partindo-se da análise da corte de Karlsruhe, que assim decidiu sobre o tema: “Già la semplice esistenza di una [...] comminatoria penale influisce positivamente sui concetti di valore (Wertvorstellungen) e sul modo di comportarsi della popolazione [...]. Tale influsso, viceversa, si capovolge qualora, attraverso una generale abolizione della punibilità, viene inquivocabilmente dichiarato lecito anche un comportamento senza dubbio meritevole di pena. Ciò non può non travisare nella popolazione la cognizione di ciò che sono il lecito e l’ illecito”. Ibid., p. 458.

³⁵⁶ PALIERO, Carlo Enrico. “Il principio di effettività del diritto penale.” Estratto Dalla *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 467-470, 1990. Isto é, a teoria instrumental seria uma típica manifestação de uma norma justa, orientada ao resultado. Um legislador com método indutivo.

³⁵⁷ Ibid., p. 472. Para Paliero, a inefetividade da criminalização do aborto é vista desde a sua dúplice valia fenomenológica, como forma de não incentivar a conduta e como presença de efeitos negativos. O círculo vicioso, segundo o autor, é bem conhecido: a hiperseletividade da norma, que pune os mais débeis, e a criminalização fim, que afeta a vida da gestante. Para asseverar depois, com o que concordamos, que o sistema penal deve ser, em parte, inefetivo. Ibid., p. 474-477.

³⁵⁸ Ibid., p. 479.

resultado ótimo entre o fim e os meios empregados numa estratégia de custo-benefício, não propriamente custo econômico, mas individual, social e seus efeitos colaterais).³⁵⁹ E também uma outra diferenciação, de base *luhmanniana*, que concebe a *Effizienz* como a verificação empírico/factual da ação social orientada da racionalidade meio/fim. Já a *Effektivität* seria o quociente de sucesso. Também não seria de todo discrepante da noção de Leisner, que fala de *Zielerreichungseffizienz*, isto é, eficácia como atingimento do fim perseguido e de *Zweck-Mittel-Effizienz*, efetividade como otimização entre o meio e o fim. Também refere Leisner a *Zielunabhängige Effizienz*, isto é, efetividade independente do fim, isto é, a efetividade é vista ou concebida como funcionamento ótimo de uma determinada organização. E, ainda, a diferenciação remontaria, também, ainda que de um ponto de vista mais distante, à doutrina pura Kelseniana, ao afirmar que a efetividade é vista como o primeiro pressuposto de validade do ordenamento. Para Paliero, a eficiência deveria ser vista como efetividade em sentido estrito.³⁶⁰ Estrutura ele, na verdade, uma concepção que reduz, sob certo aspecto, a relevância da eficiência, como um apêndice, uma espécie, do gênero efetividade.

E tal redução é potencializada por sua construção acerca da “efetividade penal”, que ele projeta numa fórmula geral assaz complexa, muito para além do razoável.³⁶¹ Uma teoria da efetividade penal com três planos de ação: efetividade da

³⁵⁹ Ibid., p. 490-491.

³⁶⁰ PALIERO, Carlo Enrico. “Il principio di effettività del diritto penale.” Estratto Dalla *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 499, 1990.

³⁶¹ Embora interessante e original, a fórmula não logrou êxito até o momento, talvez por uma não desprezível e, diríamos nós, com humildade, quase incompreensível complexidade. Ao menos é o que se percebe de sua não utilização até o momento. Segundo Paliero a fórmula consistiria em: “conformità del comportamento e validità della sanzione espressi con la simbologia consueta (v. retro § 3.1.1.5) (289) – la conformità del comportamento (*Verhaltensgeltung*) viene indicata funzione (inversa) di *K*, contrassegnandosi provvisoriamente con *K* l’insieme delle contromotivazioni all’osservanza del precetto, così come individuate dai paradigmi di analisi della ‘osservanza delle leggi’ (*Befolgung von Gesetzen*) che saranno esaminati nel Cap. Seguento (§ 4.3.2.2.1); la validità della sanzione (*Sanktionsgeltung*) dal canto suo viene indicata funzione inversa del grado di resistenza (o di attrito) degli apparati (*O*) (grado di inefficienza strutturale). Con *I* (na verdade Paliero usa outro caracteres, que aqui substituímos por *I*), indico invece il conseguimento globale dello scopo di tutela della norma penale, espresso da un’equazione complessa che comprende anzitutto gli scopi legislativi – lo scopo *stricto sensu* normativo (indicato dal simbolo *Sn*), cioè la diretta ratio della norma; lo scopo sociale (indicato dal simbolo *Ss*), cioè le ulteriori finalità di orientamento ed ingegneria sociale rispetto alle quali la norma di comportamento è strumentale (ad es., la salvaguardia dell’integrità fisica e il risparmio energetico rispetto ad una norma che limiti la velocità stradale): è perciò coerente includere in *Ss* anche gli effetti inaspettati favorevoli (sinergici, potenzianti, o comunque conformi allo scopo di tutela), contrassegnati dal simbolo *E*. Con il simbolo *N* indico invece gli effetti inaspettati-indesiderati (*Nebenwirkungen*), criminogeni, desocializzanti o anche semplicemente disfunzionali, da sommarsi algebricamente ad *Ss* ed *E*. Con il simbolo di implicazione \sim (che posto fra due simboli segnala che il precedente implica il successivo) indico che lo scopo complessivo di tutela *I* implica l’economicità (*E*)

norma (da ameaça), da sanção (da aplicação) e do aparato (eficiência).³⁶²

Mais uma vez, ainda que com sofreguidão, é preciso afirmar: não foi atingida a ideia de legitimidade em direito penal que julgamos correta. O foco continua equivocado: a eficiência do direito penal sendo buscada na consideração acerca da pena ou do aparato para a aplicação da pena. Isto é, a pretensa eficiência confundida com efetividade ou como ramo de efetividade, com esteios, principalmente, numa prevenção geral negativa ou no estabelecimento de uma correlação de custo benefício que leve em conta a prevenção geral.³⁶³

A realidade é que a concepção de Paliero, ainda que não capaz, e aqui se expõe uma modesta e sincera opinião, de erigir uma noção *forte* de eficiência, tem sua relevância. Relevante porque delinea uma ideia de efetividade diferente de eficiência. Um dado que vale por si. E vale na medida em que se fragiliza, pois impõe uma busca de alternativa. E também vale, na proporção em que afirma, de forma precisa, que o direito penal não persegue e nem concebe uma absoluta efetividade³⁶⁴ e que um paradigma de “inefetividade” é a legislação criminal simbólica³⁶⁵, tão combatida na atualidade (por alguns, mas também louvada por outros).

E qual a razão de não se poder aceitar uma tal concepção de eficiência, estribada e sustentada na prevenção geral negativa? Não é apenas o fato de não ser comprovável, estatisticamente, a tal eficiência ou efetividade. Por certo que não. Seria mais um erro. Como afirmou Hassemer, a verdade é que *“la relación entre el sistema de derecho penal y la experiencia es precaria. La historia del derecho penal parece comprobar que el conocimiento empírico no es necesario o no es absolutamente útil para las predisposiciones de actuaciones penales: el control de los comportamientos desviados a través de los medios del derecho penal es más*

dello scopo rispetto al mezzo, vale a dire l'accettabilità dell'obiettivo I verificata alla stregua dell'analisi costi-benefici con riferimento al tasso di impiego del mezzo (id est proporzionalità della pena). In questo senso significa che E è funzione inversa del grado di intensità della pena (Yr).” Ibid., p. 504-505.

³⁶² Ibid., p. 509.

³⁶³ PALIERO, Carlo Enrico. “Il principio di effettività del diritto penale.” Estratto Dalla *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 510, 1990.

³⁶⁴ Ibid., p. 517.

³⁶⁵ Ibid., p. 537.

*antiguo que las ciencias sistemáticas de la persona humana y de la sociedad.*³⁶⁶

É que a ideia de eficiência da análise econômica se imbrica com a noção de prevenção geral negativa. E isso, apenas por si, enfraquece uma noção de eficiência, pois inegável que a prevenção geral está frente a problemas insolúveis que discutem sua legitimidade.³⁶⁷ Isto é, o direito penal, a partir dessa noção de prevenção geral, não é mais visto como uma instituição para a imposição (fragmentária) de normas essenciais, mas sim uma instituição de controle social puro.³⁶⁸ Um “controle social” cada vez mais intempestivo, político-eleitoral-mediático e utilizado não como fim de tutela subsidiária de bens jurídicos de relevante significação, mas como *prima ratio*, seja para a idílica intimidação ou reafirmação da norma.

Como refere Lüderssen³⁶⁹, citando Noll, poder-se-ia atingir efeitos intimidadores com altíssimas penas (talvez, responderíamos), mas assim a legitimidade seria afetada. Não se pode esquecer de que a reação estatal sobre a criminalidade provoca, ao mesmo tempo, criminalidade.³⁷⁰

Conforme indaga Lüderssen, o direito penal impediria as pessoas de cometerem delitos, efetivamente intimidaria as pessoas?³⁷¹ O fato é que a prevenção geral tem em conta os potenciais autores. Seria impossível, contudo, interrogar todos sobre os efeitos intimidativos das penas. Qual o efeito que ainda poderia ter uma teoria como a de Paul Johann Anselm Feuerbach?³⁷²

³⁶⁶ HASSEMER, Winfried. “Preención general y aplicación de la pena”. In *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 75. E como esquecer nesse quadrante a advertência de Castanheira Neves, “O jurista pode indubitavelmente ser capaz de dizer-nos o que é o direito (*quid sit iuris*), i.é., o que prescrevem ou prescreveram as leis num tempo e lugar determinados. Mas será incapaz de descobrir se é justo ou injusto (*iustum et iniustum*) o conteúdo das leis e o princípio geral que permite conhecê-lo, se não abandonar por um momento as suas premissas empíricas e, em ordem a estabelecer o princípio geral de toda a possível legislação positiva, não procurar na razão pura a fonte daqueles conceitos. Nesta investigação as leis existentes podem oferecer-lhe, na verdade, uma excelente orientação, mas uma teoria do direito simplesmente empírica é, como a cabeça de madeira de que nos fala a fábula de Fedro, uma cabeça que pode ser bela, só que, infelizmente, não tem cérebro”. NEVES, António Castanheira. “Justiça e o Direito.” *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 243.

³⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Preención general y aplicación de la pena: principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 79.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 80.

³⁶⁹ LÜDERSSSEN, Klaus. “La Función Preventivo-General del Sistema del Delito”. In HASSEMER, Winfried et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo, BA: Editorial B de F, 2006. p. 88.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 92.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 96.

³⁷² Sobre teoria econômica e criminalidade, citados por Lüderssen: Gerd FLEISCHMANN, *Chancen der*

A resposta, ao que parece, encontramos, com inteireza, em Figueiredo Dias, para quem a prevenção geral negativa é possuidora de uma

[...] *indiscutível fragilidade teórica e prática* [...], quer porque não se torna possível determinar empiricamente o *quantum* de pena necessário para alcançar tal efeito. Quer porque, não logrando a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas; a ponto de o direito penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num *direito penal do terror* absolutamente *desproporcional* e por isso, este sim, directa e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa humana.³⁷³

Assim, cai por terra a possibilidade de construção da eficiência em direito penal a partir da análise econômica do direito e de sua correlata prevenção geral negativa. Não apenas em decorrência de que poderia ter graves repercussões no direito penal, com a criação de tipos penais desnecessários, simbólicos, desproporcionais, não ofensivos aos bens jurídicos mais relevantes, mas em razão de que poderia descambar também para a afetação do processo penal. Sensivelmente, naquilo que diz respeito à questão da prova, há um nódulo problemático altaneiro, mormente quando se vê a criação de tipos penais em que há uma evidente inversão do ônus “*probandi*”.³⁷⁴ Eis os riscos maiores: a

Realisierung von Tariflören für Gefangene. Também LÜDERSSSEN, Klaus, SCHUMAN, Karl F., WEISS, Manfred (hrsg), Gewerkschaften und Strafvollzug, Frankfurt/Main, 1978. p. 126 e ss; e ainda KUNZ, Haral: Ökonomik der Kriminalität, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1976. p. 282 e ss. Sobre tal indagação, Lüderssen lembra dois casos reais, ocorridos na Alemanha, referindo-os como casos de renúncia de pena. No primeiro, uma pessoa que colaborou com terroristas transportando substâncias para a fabricação de explosivos e que foi condenada a pena de cinco anos, mesmo quando já estava reinserida. Também o caso da menina de 17 anos que, juntamente com uma mulher, descuidou dos filhos dela, que morreram por inanição. Foi condenada a uma pena de três anos. Anos depois, quando foi cumprir a pena, tinha filho e prognóstico muito favorável. LÜDERSSSEN, Klaus. Já citado, p. 120-121.

³⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 51. Repele, entretanto, a crítica, quando ela é direcionada à prevenção geral positiva.

³⁷⁴ Veja-se o caso, no Brasil, do problema da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal): “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.” Em tais casos, quase que totalmente impossibilitada está a alegação da excludente de ilicitude do “estado de necessidade” (art. 24, do Código Penal), pois a “contra-alegação” seria de que o próprio réu deu causa a situação de necessidade. Na prática, uma única forma há de se obter a absolvição: o próprio réu fazer prova de que não contribuiu em razão de inexigibilidade de conduta diversa (não contribuiu como última, derradeira, inexorável e insubstituível forma de pagar os funcionários ou fornecedores, por exemplo), o que poderia afastar a culpabilidade ou a fim de ser aplicado um princípio de desculpa. A realidade é que inúmeros empresários, na maior parte, aqueles de pequeno e médio porte, vêm sendo

restrição, cada vez mais acentuada, das garantias, o aumento desproporcional das penas e a inversão das cargas de prova entre acusação e defesa.

O que se vê é que uma concepção tal, se não almeja, acaba por enxergar, o homem como meio. E assim, o direito penal se transforma em aríete, uma peça de engrenagem, sendo usado e manejado para os fins mais diversos do poder político de ocasião. E aqui, como não recordar Hegel? Pois o que “*está em jogo é o que é justo e o que é injusto*”, ainda que sob uma nova capa.³⁷⁵ Isto é, ou se verga a espinha para uma concepção de direito penal que terá avanços os mais perigosos, ainda que populares, modernos e agradáveis, para a grande massa, ou se mantêm aquelas garantias mais básicas, observadas de longo tempo, e que edificam o direito penal ainda como uma garantia e não como um mecanismo puro e simples de imposição de poder.

Uma saída acerca da eficiência, quem sabe, esteja em Silva Sánchez³⁷⁶, quando afirma que “*no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes (pues en tal caso la ineficiencia del Derecho penal, por muy eficaz que éste fuera, sería clamorosa) y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta modalidad en casos de limitada ineficiencia del acto perseguido. Pues, atendido que el Derecho penal tiene costes no poco significativos, se corre el riesgo de que, por expresarlo en términos de lenguaje ordinário, sea “peor el remedio que la enfermedad”*”.

condenados em razão da prática desse fato, com um notório caráter de prevenção geral, positiva e negativa, da pena. Ademais, é perceptível também o evidente utilitarismo do tipo penal, porquanto permite ao juiz a não aplicação da pena, caso o sujeito pague a contribuição previdenciária depois do início da ação fiscal, ou a extinção da punibilidade, caso o sujeito pague a contribuição antes do início da ação fiscal. Isto é, o direito penal simbólico, transformado em “agente do Fisco ou da Previdência Social”, com o fim ou função útil de “arrecadar”.

³⁷⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 102. Louvável ainda é sua ponderação quando diz: “As diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.), ocupam o lugar próprio, até porque o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de saber se a pena é justa em si e para si. Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime. Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial. Enquanto os conceitos não forem conhecidos claramente, a confusão tem que reinar na noção de pena”. Ibid., p. 103.

³⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. “Eficiencia y derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, p. 110, enero/abr. 1996.

Eis o ponto fulcral da questão: o erro primordial da ideia de eficiência em direito penal é não percebê-la conectada com atos ineficientes, mas com a pena especificamente. Eis o ponto não atingido pela eficiência da análise econômica, centrada na pena e sua prevenção geral negativa. Se o direito penal mais eficiente será aquele com menores custos, então, que se observe o fato criminal em primeiro lugar. É daí que se deveria, então, partir. Eis o que parece ser o verdadeiro ponto de iluminação da eficiência em direito penal e também a grande barreira de contenção de uma concepção não legítima de eficiência e que desborda no direito penal.

3 O FUNCIONALISMO DE ROXIN E A MISSÃO PRIMORDIAL DO DIREITO PENAL

Desde a obra de Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, o direito penal enveredou, de forma mais decidida, para a adoção de uma concepção funcionalista. O trabalho de Roxin significou uma nítida inflexão no sistema jurídico-penal, pois conduziu a um patamar de altíssimo relevo a política criminal.

Porém, seria um erro equiparar concepções tão díspares, por exemplo, como as de Roxin e de Jakobs. Há, na verdade, vários funcionalismos³⁷⁷, desde um funcionalismo utilitarista de cariz prevencionista geral e especial, estribado na política criminal, um funcionalismo dualista, como refere Roxin (prevenção geral e prevenção especial positiva)³⁷⁸, até um funcionalismo monista-normativista, como o de Jakobs. O sistema teleológico político criminal de Roxin é, na realidade, um funcionalismo empírico.³⁷⁹

Superando a visão de Liszt, de que o direito penal seria a barreira intransponível da política criminal (*das Strafrecht ist die unubersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*)³⁸⁰, Roxin projetou um estreitamento ou, muito além disso, um

³⁷⁷ Sobre o tema, mais uma vez NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 199-318.

³⁷⁸ E aqui é fundamental trazer a crítica de Anabela Miranda Rodrigues, pois caracteriza o pensamento de Roxin acerca da “finalidade da pena” de outra forma, como uma “versão disfarçada da retribuição”. Segundo a autora: “não deixando Roxin em nenhum momento de salientar que, ao falar de prevenção geral, o sentido que lhe subjaz é o apontado de cariz positivo, a verdade é que não cessa de se lhe referir, explicando em que consiste, à ‘proporcionalidade entre culpa e pena sentida como justa’, à ‘pena sentida como justa pela generalidade’ ou à ‘medida da pena sentida como justa pelo delinquent’ e à pena ‘sentida como adequada pela generalidade e pelo sujeito’, ‘nuances’ que, no contexto, em que as refere, são próprias precisamente da ideia de retribuição”. A afirmação de Roxin quando considera que a pena da culpa como um instrumento de prevenção tem a vantagem de retirar fundamento aos ataques contra o supostamente ‘metafísico’ direito penal da culpa – já que o único aspecto ‘metafísico’, ‘que efectivamente deve ser abandonado’, reside em uma “retribuição livre de fins” – é, de resto, mais um sinal de que a sua concepção concide quase por completo com as teorias que aceitam que a protecção da sociedade se alcança mediante a justa retribuição da culpa. O que assim se torna claro é que a ideia retributiva se justifica se é acompanhada ou posta ao serviço de fins preventivos. Tudo levando a crer que o que Roxin afinal recusou completamente foram apenas justificações retributivas *absolutas* da pena, mas não as *retributivas relativas*.” RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 335-336.

³⁷⁹ Nesse sentido também SCHMIDT, Andrei Zenkner. “Revisão crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista.” In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 107-135.

³⁸⁰ LISZT, Franz Von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Guttentag, 1905 (reimpressão de Walter de Gruyter, 1970 e original de 1893). v. 2, p. 80.

liame entre direito penal e política criminal, um elo de ligação capaz de estabelecer uma nova via e uma nova jornada para a ciência jurídico-penal.

Assim, esperava Roxin, poderia ocorrer (como ocorreu de fato) uma nova plêiade de alternativas capazes de solucionar as controvérsias na esfera penal, especialmente aquelas atinentes à autoria/participação e à culpabilidade, evitando situações em que um verdadeiro apego sistemático não resultava numa justa e eficaz solução do problema concreto.³⁸¹

Era preciso ultrapassar o positivismo, tendo em vista a impossibilidade de se banir da esfera do direito todo o seu verniz social e político. Sem tais considerações, ainda que sob a viga-mestra de uma sólida e necessária dogmática, o caminho do direito penal estaria fadado ao fracasso.

A alternativa, pois, na visão de Roxin, seria deixar que a política criminal se infiltrasse no sistema, permeando toda a dogmática, inoculando, com seus fins político-sociais, o conteúdo dos decisórios penais.³⁸²

Seria atingido, assim, o equilíbrio do sistema penal, pois ele não estaria asfíxiado por concepções férreas da dogmática mais tradicional, mas aberto, como todo o sistema em verdade deve ser, para a política criminal e a realidade social.

Um sistema penal frutífero, por conseguinte, haveria de ter três características básicas: ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins

³⁸¹ Ou como indaga o próprio Roxin: "De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema? Quase se poderia responder afirmativamente a esta pergunta, e permitir que se quebrassem a rigidez da regra, por motivos político-criminais." ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7-8.

³⁸² Diz Roxin: "deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito." *Ibid.*, p. 20.

político-criminais.^{383 384}

E o pensamento de Roxin triunfou. Impossível é desconhecer que hoje se vive o tempo da política criminal. Reconheça-se que as ponderações de Roxin encontraram eco entre as doutrinas mais abalizadas e, mesmo com algumas controvérsias sensíveis, tais entendimentos vicejaram, cresceram e robusteceram-se para encontrarem, na vivência atual, o seu apogeu. Inegável é que, em alguns (quicá a maioria) dos ordenamentos jurídicos, a política criminal ganhou foros de paridade ou até de supremacia em relação à dogmática.³⁸⁵

Tal abertura para a política criminal, entretanto, suscitou também o fortalecimento de outras concepções funcionalistas, enaltecidas dos fins mais variados para o direito penal.

Se, por um lado, a concepção de Roxin tem uma premência humanista, pois sustentada numa construção teórica de direito penal que pugna pela proteção dos bens jurídicos mais relevantes, por outro, permitiu o surgimento de adaptações funcionalistas com graves problemas de legitimação material e constitucional, como se verá adiante.

³⁸³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

³⁸⁴ Também refere assim ZANATTA, Airton. "Teoria do funcionalismo penal: uma breve aproximação por este 'outro lado' do Atlântico". In: FAYET JÚNIOR, Ney. *Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 75.

³⁸⁵ E, sobre o triunfo da política criminal, é preciso referir tocante intervenção de Figueiredo Dias, acompanhado por Pedro Caeiro, em seminário do Doutoramento, quando afirmou: "Hoje se vive o tempo da política criminal", repetindo, desta feita ao vivo, aquilo que já escrevera nos seus "*Temas Básicos da Doutrina Penal*", acerca da prevalência da política criminal: "A primeira consequência é a de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente 'penetrados' ou 'influenciados' por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados e cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema. Quando, para dar um só exemplo, a dogmática jurídico-penal estuda os conceitos integrantes da noção de infração penal – a ação, a tipicidade, a ilicitude, a culpa, a punibilidade -, não os deve ela tomar em si e por si mesmos, ou os fazer derivar, como todavia é ainda de uso ou pelo menos freqüente, de considerações lógicas, filosóficas ou mesmo metafísicas. Ela deve sim construí-los como unidades funcionalizadas à consecução dos propósitos, das finalidades, do thelos político-criminal que o sistema jurídico-penal lhes assinala." DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 23. Interessante a afirmação de HELENA MONIZ, de que "longe vai o tempo em que se afirmava sem restrições um domínio da política criminal sobre o direito penal. Hoje, nas palavras de Roxin, começa a surgir a afirmação de uma necessidade de reflexão dogmática do direito penal, de modo a que este comece a dar instruções de reforma legislativa". Uma afirmação que parece ir de encontro ao afirmado por DIAS, Jorge de Figueiredo. "Crimes agravados pelo resultado: que futuro?" In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 87.

Ainda assim, a contribuição de Roxin foi decisiva e fundamental para uma reformulação da concepção da ciência conjunta do direito penal e para o adensamento de uma preocupação com a efetiva proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes.

Como salienta Silva Sánchez, o modelo teleológico-político-criminal de Roxin não se define apenas em termos consequencialistas de prevenção eficaz do delito, mas se percebe, sim, como uma política criminal valorativa, que integra as garantias formais e materiais do direito penal.³⁸⁶

O fato é que delinear os comportamentos que devem receber proteção penal continua sendo uma séria e fundamental preocupação para todos os lidadores do direito penal. E ainda uma preocupação de difícil e polêmica resolução. Mas, também, uma preocupação que, no atual estágio, não pode desconsiderar as ideias de Roxin.

E, para a solvência de tal problemática, impossível é não levar a discussão para a ideia de bem jurídico. Isso em razão de a ideia de bem jurídico, segundo Roxin, ter servido desde o Pós-Guerra alemão, fundamentalmente, como um mecanismo especialmente limitador da intervenção jurídico-penal.³⁸⁷

A função do direito penal, para Roxin, consiste em “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, em

³⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites.” In: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 106.

³⁸⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 12. Apesar disso, Roxin refere também as posições de Hirsch, Stratenwerth e Jakobs, todas críticas à concepção de que a missão do direito penal seria a proteção de bens jurídicos. Ao contrário. Enquanto, para Hirsch, o conceito de bem jurídico não seria idôneo para limitar o direito penal, para Stratenwerth, o motivo para a elaboração de um tipo penal seria a “inconveniência de um comportamento”. Para Jakobs, como se verá adiante, a função do direito penal seria a confirmação da vigência da norma. Contudo, ainda refere Roxin, a concepção de bem jurídico encontrou defensores, como Hassemer, para quem deve ser válida a perfectibilização de um bem jurídico crítico ao sistema, afirmando ainda: “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal”. Além de Hassemer, Schünemann, ao referir que “Não somente se deve preservar a posição central do conceito de bem jurídico na dogmática penal, mas que também o verdadeiro desenvolvimento da teoria do bem jurídico é inclusive iminente”. *Ibid.*, p. 14-16.

menor medida, a liberdade dos cidadãos”.³⁸⁸

O Estado deveria garantir, com instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre da corrupção etc.), sempre e quando isso não se possa alcançar de outra forma melhor.³⁸⁹

Assim, Roxin não afasta a criação de bens jurídicos supraindividuais, mas funcionaliza-os, de forma clara, legitimando-os quando servem ao cidadão que compõe esse Estado organizado.

Porém, no mesmo instante em que é capaz de proteger novos valores, funcionalizando-os, intercomunicando-os com aqueles antigos valores pessoais correlatos ao cidadão, o pensamento de Roxin serve, na sua própria ótica, como um conceito crítico e limitador da legislação e do legislador.³⁹⁰

Portanto, o funcionalismo erigido por Roxin apresenta uma dupla via, tem uma abertura que o torna mais legítimo aos olhos do operador do direito. Por um lado, traz instrumentos limitadores da esfera de atuação do direito penal. Por outro, legitima e fundamenta uma nova gama de situações capazes de adentrar no terreno de atuação do direito penal.

Exemplo disso são os casos em que o direito penal incide num estágio prévio

³⁸⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16-17.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 18. Ainda assinala Roxin: “Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos”.

³⁹⁰ Em delgada síntese, poder-se-ia dizer que a concepção de Roxin, como afirma ele próprio, limitaria a intervenção do legislador em muitas esferas, inadmitindo, por exemplo: normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente; que a simples transcrição do objeto da lei fundamente um bem jurídico; que os simples atentados contra a moral sejam suficientes para a justificação de uma norma penal; a configuração do atentado contra a própria dignidade humana como lesão de um bem jurídico; entender-se a proteção de sentimentos como proteção de bens jurídicos, exceto no caso de sentimentos de ameaça; a punição da consciente autolesão; leis penais simbólicas como proteção de bens jurídicos; a regulação de tabus através do direito penal; que objetos de proteção com uma abstração incompreensível sejam reconhecidos como bens jurídicos. *Ibid.*, p. 20-25.

de lesão aos bens jurídicos, tendo em vista a necessidade de proteção de novos valores, tidos como relevantes na sociedade pós-moderna, como a segurança do trânsito ou a incolumidade pública, por exemplo, bens jurídicos (ou não?) que fundamentam a punição da embriaguez ao volante e o porte de arma. Veja-se a punição do indivíduo que está embriagado ao volante, ainda quando não tenha causado nenhuma consequência ou resultado lesivo com seu ato.³⁹¹ Para Roxin, há um problema nessas normas, pois ainda há um espaço entre a efetiva lesão e o bem jurídico.³⁹² Contudo, elas não se deslegitimam de *per se*. Assim, só uma efetiva fundamentação para a proteção real do bem jurídico poderia legitimar um tipo penal desse jaez.

Tal consequência não deslegitima, não diminui, por si só, o belo e harmonioso arquétipo penal composto por Roxin. Entretanto, fará emergir problemas de ajuste, problemas que, por sua vez, têm origem com a perceptível incerteza que advém da relação entre dogmática e política criminal ainda mais em tempos da sociedade de risco. Problemas que irão repercutir, fundamentalmente, nos contornos legais dos tipos de cuidado de perigo e na eficiência incessante que passa a ser um dos grandes objetivos da política criminal, isto é, uma Justiça eficiente e que, para ser ou parecer eficiente, se legitima por um aumento do espectro de atuação dos instrumentos penais e processuais e também pelo asseveramento desse *instrumentarium*, como forma de atuação “tranquilizadora” da sociedade.³⁹³

³⁹¹ Art. 316 do Código Penal alemão. E tal polêmica agora se instala no Brasil, com a chamada “Lei Seca” (Lei 11.705/08), que alterou o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), estabelecendo uma nova roupagem para o delito de “embriaguez ao volante”. Outrora, tratava-se de forma clara de um delito de perigo concreto. Agora, estabelece-se uma nova perspectiva. Diz o novo art. 306 da Lei 9.503/97: “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. Pena: 6 meses a 3 anos. parágrafo único. O Poder Executivo Federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”. Como então comprovar a materialidade agora sem um exame que ateste, de forma cabal. E, também impressionante é o que está disposto no parágrafo 3º do art. 277, que trata da sanção administrativa contra o condutor supostamente alcoolizado, considerado infrator administrativo, independentemente da quantidade de álcool no sangue, prevendo que as ditas sanções e penalidades administrativas serão aplicadas àquele condutor que se recusar a se submeter aos procedimentos de prova. Isto é, o legislador passou a sancionar administrativamente aquele que se recusa a fazer prova contra si, numa clara afronta ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988) e ao *nemo tenetur se detegere*. Trata-se de inconstitucionalidade inofismável. Eis um direito penal e processual penal com um cariz utilitarista e eficientístico que se deve guerrear.

³⁹² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28.

³⁹³ Uma forte e embasada oposição ao pensamento de Roxin se vê em D’AVILA, Fabio Roberto, mais pontualmente acerca da supervalorização da política criminal em detrimento de uma normatividade penal crítica: “se os princípios reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem

Apesar disso, o que se deve destacar, por fim, é a qualidade e a bondade da concepção de Roxin, quando afirma que o direito penal protege (ou deveria proteger, diríamos), no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos, e que a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do direito penal, mas também a sistemática da teoria do injusto.³⁹⁴

Vê-se, pois, um compromisso límpido com a ideia de bem jurídico e com uma concepção voltada ao cidadão e aos seus interesses. Uma opção, por conseguinte, que, apesar de criticável, se impõe como legítima, democrática e plural, mormente à luz de uma Constituição cidadã.

3.1 O funcionalismo de Jakobs e a missão fundamental do direito penal

Com diferenças bem-acentuadas em relação ao funcionalismo de Roxin, está o funcionalismo monista-normativista de Jakobs. E tal diferença se expande não apenas no que diz respeito à “função” que deve desempenhar o direito penal, mas também para o fim das penas, para a legitimidade ou não da ideia de bem jurídico, bem como de sua relevância para a limitação/expansão do direito penal.

Segundo Roxin, na construção de Jakobs, estão ausentes elementos essenciais da política criminal que são centrais em sua concepção: a prevenção especial e a garantia dos direitos do acusado.³⁹⁵ Não se pode discorrer acerca da

servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando-se, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de lhe conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade? Ao seu espaço próprio, não sobram senão conceitos vazios de silogismo formalista” e, de forma ainda mais vigorosa, afirma: “Se a noção de bem jurídico, o surgimento da ilicitude material, a reprovabilidade, a excludente de ilicitude do estado de necessidade supralegal e o conceito de exigibilidade na teoria da culpabilidade são, todos eles, exemplos de ‘incorporações de valorações político-criminais’, resta saber qual é o limite, se há algum, para o reconhecimento de um valor como critério político-criminal, em que está, enfim, o parâmetro para essa afirmação”. Tudo em “O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI. Entre a normatividade e a política criminal”. In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 75 e 76, respectivamente.

³⁹⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. *La Evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 52.

eficiência sem um olhar sobre a teoria de Jakobs. Uma teoria que tem encontrado adeptos na prática judicial (no Brasil, bem menos adeptos têm feito na academia), mormente nos países em desenvolvimento.³⁹⁶ O desenlace da teoria de Jakobs tem gerado um maior tensionamento do funcionalismo, posto que a consequência prática se apresenta, via de regra, como uma ampliação do espectro punitivo do direito penal e de sua intensidade.

Segundo Jakobs, a pena é sempre uma reação à infração de uma norma.³⁹⁷ Isto é, a pena existe para demonstrar que a infração à norma não é aceita, mas repelida e combatida pelo Estado e pela sociedade organizada.

Partindo de uma concepção cimentada na prevenção geral positiva, Jakobs faz referência à inegável necessidade de vigência segura da norma. A manutenção da norma é uma garantia de estabilidade social, assim como a pena, para aquele que ofende a norma, significa um meio de estabilização da norma e reafirmação desta.

Ao tratar da ofensa à norma, Jakobs se afasta decisivamente da concepção de Roxin, salientando que a infração da norma não significa um conflito relevante por suas consequências externas³⁹⁸, pois muitas infrações se completam antes

³⁹⁶ Como exemplo, cite-se a jurisprudência amplamente majoritária, para não dizer quase uníssona, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e também dos Tribunais Superiores do Brasil, que não adotam o princípio da bagatela ou a *insignificância* nos crimes praticados pelos usuários de drogas, quando trazem, para consumo próprio, pequeníssima quantidade de substância entorpecente. Nessas ocasiões, inúmeras condenações têm ocorrido, em que pese a insignificância da quantidade de substância entorpecente encontrada, sob a alegação de que a “norma” não dispõe acerca de quantidade mínima a ser apreendida, como também em razão do bem jurídico tutelado ser, supostamente, a “saúde pública”, sendo irrelevante a “lesividade da conduta”. Em tais casos, o que se observa é a punição pela simples infringência da norma, sem uma preocupação mais sentida pela ideia de bem jurídico e de ofensividade. Por exemplo: *TÓXICOS. PORTE DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO. CONDUTA TÍPICA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DE CRIME DE BAGATELA. Desimporta à caracterização dos tipos penais descritos na Lei Antitóxicos a quantidade de substância apreendida, como reiteradamente vem decidindo o Egrégio Supremo Tribunal Federal, bem como outros pretórios, pois a tipicidade está vinculada às propriedades da droga, ao risco social e à saúde pública e não à lesividade comprovada em cada caso concreto. APLICAÇÃO DO APENAMENTO NOS MOLDES DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06, MAIS BENÉFICA AO RÉU NESTE PONTO. APELO PROVIDO, EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70017625914, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Ranolfo Vieira, Julgado em 13/12/2006); No Supremo Tribunal Federal, com teor semelhante, os Habeas Corpus de nº 87319/PE, julgado em 07.11.2006, relator o Ministro Marco Aurélio, e o Habeas Corpus de nº 81641/RS, relator o então Ministro Sydney Sanchez, julgado em 04.02.2003, ambos afirmando ser inaplicável o princípio da insignificância para o delito praticado pelo usuário de drogas. Informações em www.stf.jus.br e www.tjrs.jus.br.*

³⁹⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 8. O esteio do pensamento de Jakobs está na teoria sociológica de Luhman, especialmente na superação da ideia de bem jurídico pela concepção de danosidade social.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 12.

mesmo da ocorrência de um dano, mas sim pela sua própria dimensão interna ou seja, pela própria infração em si. E aqui denota a repercussão dessas ideias, por exemplo, para a estruturação dos delitos de perigo abstrato.

A missão do direito penal, por via de consequência, não seria a proteção de bens jurídicos, mas sim a defesa, o zelo, a “reafirmação da vigência da norma”³⁹⁹, em síntese, “*misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*”.⁴⁰⁰

A pena teria uma função preventiva, e a sua razão de existência seria exercitar a confiança na norma. A pena marcaria o comportamento infrator com consequências custosas (*aqui um certo viés economicista de custo/benefício*), aumentando a probabilidade de que esse comportamento seja percebido como uma alternativa a não ser considerada.⁴⁰¹ A pena haveria de existir para manter a ordenação social e o seu funcionamento sem perturbações.⁴⁰²

A pena objetivaria exercitar a fidelidade ao direito, aquilo que está protegido pelo legislador por intermédio da norma. Eis o papel de monta que caberia ao direito penal: garantir a vigência das normas.

Mas, é de se perguntar: de onde viria a legitimidade do direito penal para atuar dessa forma? Jakobs aduz que o direito penal se legitima, formalmente, mediante a aprovação das leis penais conforme a Constituição e, materialmente, na necessidade de que as leis penais garantam a forma da sociedade e do Estado.⁴⁰³

O “bem jurídico-penal” seria a firmeza das expectativas normativas essenciais ante uma violação, a firmeza ante as violações que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 114.

⁴⁰³ JAKOBS, op. cit., p. 44.

Contudo, importa destacar que o pensamento de Jakobs deve ser visto com discernimento, pois ressalta, e aqui corretamente, em nosso sentir, que ao direito penal não caberia a função de garantir sempre a existência de ditos bens, mas apenas frente aos ataques de determinada classe.⁴⁰⁴ Existe, desse modo, um “respiradouro” em seu pensamento, de forma que poderia ser afastada uma concepção por demais simplista, que viesse a ser caracterizada apenas como um hermetismo teórico.⁴⁰⁵

Ainda assim, mesmo que se possa perceber uma leve abertura em sua concepção, a crítica aqui não pode deixar de ser aposta. Isso em razão de que o valor a ser protegido pelo direito penal seria a própria integridade da norma, e não o objeto de proteção da norma. Isto é, o Estado que deve concentrar as suas forças na manutenção de sua existência utilizaria a pena de modo que ao menos, a curto prazo, garantiria a sua eficácia.

O direito penal ou o sistema penal seriam como um dado, segundo a lição de Costa Andrade.⁴⁰⁶ E se pode afirmar mais, pois seria o sistema penal um dado simplório e carente. Tudo a reduzir a própria concepção de pessoa humana, que seria transmutada, como assinala Costa Andrade, em “mero sub-sistema físico-psíquico, que tem a acção como *output* específico”.⁴⁰⁷ A pessoa, assim, ver-se-ia privada de densidade e dignidade, figurando apenas como portadora da resposta simbólica do sistema “à custa de quem” a validade contrafática das normas seria afirmada.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 45.

⁴⁰⁵ Sobre a legitimidade e relevância acerca da ideia de proteção da integridade da norma de Jakobs, estribada em Luhmann, mas salientando a incompletude desse pensamento, em razão de não intervir sobre potenciais delinquentes, leia-se GUIRAO, Rafael Alcácer. “Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico?” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 15, n. 4, p. 547, out./dez. 2005.

⁴⁰⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 117.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 129. Também é robusta aqui a crítica de Anabela Miranda Rodrigues, segundo a qual a visão de Jakobs, ainda que sustente uma prevenção geral positiva, não estabelece limites liberais materiais à intervenção penal: “É importante sublinhar que, nesta óptica, para além do baluarte erigido pelo pensamento liberal para limitar a intervenção punitiva do Estado perante o indivíduo, que consiste na afirmação do bem jurídico como objecto de tutela penal, parece também desaparecer definitivamente do horizonte jurídico-penal o *principio da culpa*. Ambos substituídos por elementos de uma teoria sistémica, em que o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do direito para se converter em um ‘sub-sistema físico-psíquico’ que o direito valora na medida em que desempenhe um papel funcional em relação à totalidade do sistema social”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 350 e ss. E também crítico contundente da visão de Jakobs, leia-se DIAS, Augusto Silva. “Os criminosos são pessoas? eficácia e garantias no combate ao crime organizado.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o*

Ocorre que, assim, os elementos matriciais do direito não possuiriam um matiz ontológico, e a culpabilidade ficaria adstrita à prevenção geral. O direito penal deveria garantir a função orientadora da norma penal. Tão somente isso. Um direito penal como função. Um mecanismo. Um direito penal desprovido de uma noção mais intrínseca e orgânica, um direito como instrumento, um “aparelho”, um aríete para o atingimento de fins de proteção da norma. Nada mais.

E é com tal noção que não podemos concordar. E não podemos concordar por que se nos parece que aí vai ínsita uma ideia que pode perverter o direito penal para os caminhos mais sinistros. Caminhos de endurecimento das normas, da rigidez da aplicação das normas e da perversão simbólica da própria política criminal. Um caminho que segue, de forma reta, para uma expansão bem clara do direito penal e para o enfraquecimento da ideia de pessoa, apesar de todas as suas fragilidades e potencialidades. E, por assim ser, um caminho que, ao fim e ao cabo,

direito processual penal? Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 687-708. Relevante a crítica corretíssima que Silva Dias faz sobre a legislação brasileira que permite o abate de aeronaves (Lei 9.614/98), regulamentada pelo decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, que prevê o abate de aeronaves tidas como hostis ou suspeitas de tráfico de estupefacientes (art. 33 da Lei 11.343/06, cuja pena é de 5 a 15 anos de reclusão). Ou seja, um exemplo claro de adoção de um “direito penal do inimigo”, tão propalado por Jakobs. Antes do chamado tiro de destruição, faz-se um reconhecimento à distância, acompanhamento, interrogação, modificação de rota e determinação de pouso obrigatório, tiro de aviso e então a medida fatal. Ou seja, descumprindo a Constituição da República Federativa do Brasil que veda a pena de morte, exceto em caso de guerra declarada, o legislador nada mais fez do que regulamentar a pena de morte para meros suspeitos do delito de tráfico de estupefacientes e para condutores de aeronaves tidas como hostis. Não queremos, com isso, dizer que na evitação de atos terroristas, que não ocorreram ainda no Brasil e que sequer possuem tipificação legal, não se pudesse, como medida de estado de necessidade, em última caso, eventual abate, caso a aeronave seja de fato um instrumento de ataque terrorista. Aliás, mais uma vez, vai bem Silva Dias, quando traz à baila quatro requisitos para essa medida terrível e extrema: 1. Indicação legal da entidade competente para decidir e ordenar o abate da aeronave, que deverá ser o titular de um cargo político de topo na hierarquia do Estado; 2. Recolha de indícios seguros de que o avião foi sequestrado por um grupo terrorista e que vai ser usado como arma com efeitos devastadores; 3. Exaurimento de todas as vias para forçar o avião a aterrar ou a mudar a rota e inexistência de meios para comandar a partir do solo ou de outro ponto; 4. Comprovação de que as vidas dos tripulantes e passageiros estão irremediavelmente perdidas. *Ibid.*, p. 701-703. Também assaz crítico é Ferrajoli: “As recentes doutrinas da prevenção geral denominada positiva seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inextricável filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de ‘orientação moral’ e de ‘educação coletiva’, até a recente doutrina de Günther Jakobs, que, inspirando-se nas ideias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão de sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às Instituições”...Com efeito, claro está que esta doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de ‘subsistema físico-psíquico’, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos das pessoas”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 256.

irá tornar mais ineficiente e ilegítimo o próprio direito penal, numa espécie de antropofagia criminal.

Por isso, a necessidade de se buscar abrigo numa crítica bem robusta e rígida. Uma crítica capaz de apontar, de forma frontal, a fragilidade dessa visão.

3.2 A crítica de Castanheira Neves e o funcionalismo penal

Sustentar, com equilíbrio, um conceito de ciência conjunta de direito penal não é fácil, pois se corre o risco de descambar para um eficientismo desprovido de carga axiológica⁴⁰⁹ ou com uma carga axiológica despreocupada com a ideia de cuidado, um eficientismo economicista ou funcionalista radicalizado, calcado apenas numa criação estratégica, concebida puramente para o atingimento de determinados fins ou ainda num garantismo estéril, incapaz de compreender o fundamento, a função e a finalidade do próprio direito penal.

E tal parece ser o grande problema que enfrenta hoje a ciência penal: transformar-se num mero instrumento, ser uma autorreferência protetora de normas, sem diferenciação entre texto e norma, ainda que haja uma desconexão entre o tipo construído e a conduta verdadeira, algo como que desconectado da realidade humana que permeia e entrecruza o direito penal e o processo penal, de forma transversal.

Não que se negue a relevância e a inegável influência de uma política criminal sobre a dogmática penal. Não que a política criminal não tenha um papel de proa. Não se trata disso, mas, sim, de deixar claro o risco que é livrar o direito penal e o

⁴⁰⁹ Com críticas às alegações de eficácia no direito penal, pois embasadoras de um viés punitivista: PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *O mito da eficácia*. Boletim do IBCCRIM, Sao Paulo, v.10, n.116, p.5, jul., 2002. Diz a autora: a eficácia precisa ser, inicialmente, desmistificada e obtida passo a passo, a partir de medidas racionalmente projetadas e do respeito inflexível às garantias constitucionais, buscando sempre retirar da consciência jurídica geral o que a sociedade realmente necessita, abstraindo a imagem nefasta propagandeada pelos meios de comunicação." Ibid., p. 6. De conteúdo similar, com críticas à política criminal que busca um "direito penal eficaz", BOSCHI, Marcus Vinicius. "As reformas penais e sua 'eficácia' frente à sociedade do risco: um breve ensaio." In: FAYET JÚNIOR (Org.). *Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 569-586.

processo penal de uma certa ideia matricial, caindo-se numa concepção puramente utilitarista, desprovida de uma preocupação maior com os bens jurídicos de elevada significação. Como diz Arthur Kaufmann, dar ao direito um carácter unicamente funcional é abandoná-lo, com total indiferença, a um qualquer arbítrio, ou seja, aquilo que se fundamenta no ser, não é disponível.⁴¹⁰

Ou, para seguir Mantovani, importa manter o fundamento do primado da pessoa humana como valor ético, contrapondo-o ao princípio utilitarista do homem-coisa, do homem-meio, aberto a todas as instrumentalizações em função do utilitarismo público-coletivo, do utilitarismo maioritário ou do utilitarismo egoístico-individualista também no concernente à política criminal.⁴¹¹

É preciso repelir um pensamento calculador, que se orienta, como salienta Anselmo Borges, exclusivamente para o ente e esquece o ser e se erige como razão técnico-instrumental coisificadora.⁴¹² É preciso um pensamento que opte pela dignidade da pessoa humana.

O fato é que, nessa *epochè*, como refere Galimberti, o pensamento ocidental, já afastado daquele pensamento cósmico dos gregos, estrutura uma razão utilitarista e eficientista.⁴¹³ Um pensamento caracterizado, e aí Galimberti refere Heidegger, pela potência científica e tecnológica, que almeja, pela planificação, pelo cálculo, dominar e controlar todas as coisas.⁴¹⁴ Uma razão como capacidade de previsão, de cálculo prevencionista, o que se vê bem nos crimes de perigo. Como refere Galimberti, “La misura della ragione è quella dell’efficienza”, modifica aquela pergunta metafísica de natureza essencial “Che cos’è”, pela pergunta prática de tipo

⁴¹⁰ KAUFMANN, Arthur. “Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 93, p. 183-208, 2002, especialmente p. 184-185.

⁴¹¹ MANTOVANI, Ferrando. “Sobre a exigência perene da codificação.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 2, p.147, abr./jun. 1995. Em decorrência disso, princípio essencial para Mantovani é o princípio da ofensividade do fato, isto é, “crime como lesão ou pôr em perigo de bens ontologicamente pré-existentes à norma penal; corolário seu é a não admissibilidade dos crimes sem bem jurídico ou sem ofensa, à exceção dos crimes-obstáculo e dos crimes de perigo não concreto, impostos pelas necessidades de prevenção geral das agressões aos bens primários da pessoa humana e das instituições democráticas.” *Ibid.*, p. 149.

⁴¹² BORGES, Anselmo. “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v.1, p. 15 e s., jan./mar. 2000.

⁴¹³ GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e il tramonto dell’occidente*. Milano: EST, 1996. p. 47 e ss.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 79.

funcional: “A che serve”.⁴¹⁵ E essa universal funcionalização é que hoje quer dominar, se já não domina, o pensamento penalístico ocidental (na nossa opinião, domina-o). Uma racionalidade de fins e meios que traduz os valores em fins e os fins em causas eficientes de um processo efficientístico.⁴¹⁶ E, ao contrário de diminuir, com tal postura, os riscos se potencializam, pois o problema agora é transformar o conceito de justiça e injustiça no conceito de eficiência e ineficiência.⁴¹⁷ Há como que uma exigência eficientista funcional que perpassa o pensamento atual.⁴¹⁸ A “*parola*” do moderno pensamento racional é a linguagem funcional.⁴¹⁹

O saber dogmático contemporâneo não se poderá reduzir a uma ‘tecnologia’, categoria esta última que no seu exacto sentido finalístico-estrategicamente intencionado e consequencialisticamente operatório, converge para o funcionalismo jurídico, como refere Castanheira Neves.⁴²⁰

É sabido que a sociedade tem emergências conectadas com a realidade prática e que raro não é que se busque o amansar das crises cotidianas por intermédio do direito penal. O direito visto como um elixir tranquilizador e “abafador” da sociedade.⁴²¹ Dá-se aí a funcionalização do direito às exigências emergentes da sociedade, com seus componentes políticos, eleitorais, econômicos.⁴²²

⁴¹⁵ GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e il tramonto dell'occidente*. Milano: EST, 1996. p. 153.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 155.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 163

⁴¹⁸ Semelhante à ponderação de GALIMBERTI, *Ibid.*, p. 164.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 167.

⁴²⁰ NEVES, António Castanheira. “O Funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 3, p. 204, 2008.

⁴²¹ No Brasil, veja-se o caso da Lei 9.695/98, que incluiu no rol dos crimes hediondos (inciso VII-B do art. 1º da Lei 8.072/90), a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”, depois de um escândalo nacional decorrente da falsificação de remédios. Agora, a adulteração de remédio capilar para a calvície é crime hediondo, bem como a eventual alteração de shampô para o tratamento da “caspa”. Assim também a falsificação de produtos necessários para a potencialização da atividade sexual masculina, como o “Viagra”. Eis o problema da concepção funcionalista de Jakobs. Leva a uma reduzida análise axiológica do fato criminoso, que haveria de ser punido, ainda que irrelevante ou inexistente a lesão ao bem jurídico.

⁴²² Poder-se-ia referir também, como exemplo dessa funcionalização às exigências momentâneas da sociedade, o asseveramento da punição do porte e da posse ilegal de arma de fogo, conforme o exposto na Lei 10.826/2003, especificamente no art. 12: “possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior da residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção de 1(um) a 3 (três) anos, e multa) “ou o porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, “Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de

Esse fenômeno é incandescente nos ordenamentos jurídicos de países em desenvolvimento, pois aí se percebe um certo *déficit* de aplicação das Constituições.⁴²³ E, assim, não é raro que o direito não fique naquele meio lugar

3 (três) a 6 (seis) anos, e multa)". Imagine a situação de um cidadão que recebeu uma arma de uso restrito de presente de seu pai, um austero militar reformado. O simples fato de a arma estar na sua casa, ainda que desmuniçada, já preenche o tipo penal. Ou, então, o caso do sujeito que guarda em casa cartuchos de munição remanescente dos tempos em que era caçador. Mas, afinal, qual o bem jurídico lesionado ou ameaçado de lesão em tais casos? A incolumidade pública, como dizem os autores da lei? Numa concepção funcionalista como a de Jakobs, simplesmente se poderia afirmar: há de ser reafirmada a vigência da norma violada!! É preciso punir o cidadão que detinha a arma na sua casa, ainda que desmuniçada, guardada, a fim de que seja reafirmada a vigência da norma! Uma concepção assim não é aquela que parece a mais justa no caso concreto, muito menos aquela que se apegava ao verdadeiro valor do bem jurídico. Muito longe disso, o que se vê é uma espécie de volta ao positivismo mais extremado, livre de atenção ao bem jurídico. Também em sentido crítico quanto ao tipo penal do porte ilegal de arma, pode-se referir Lenio Streck: "No crime de porte ilegal de arma é que se pode aquilatar a dimensão da crise do direito. Com efeito, como que para demonstrar o total afastamento da materialidade da Constituição, o legislador, primeiro através da Lei 10.259/01, rebaixou o delito à categoria "crime de menor potencial ofensivo" (sic), para, ao depois, pela recentíssima Lei 10.826, catapultar o mesmo delito ao rol dos crimes de grande potencial ofensivo a ponto de colocá-lo como inafiançável. Como não há critério, nada surpreenderia se, amanhã, o legislador optasse por descriminalizar o porte de arma." (Ibid., p. 323)... e assim "Não é difícil chegar a conclusão que o simples fato de alguém 'possuir arma de fogo sem autorização' (tendo-a em casa ou a transportando no seu veículo, por exemplo) não pode significar – por si só – lesão a qualquer bem jurídico". "A simples hipótese de guardar ou possuir arma de fogo sem registro não constitui qualquer violação a bem jurídico. Nesse sentido, também: BUENO, Paulo Eduardo. "O crime de porte irregular de arma de fogo e a questão do bem jurídico." *Revista Jurídica*, São Paulo, p. 47 e ss., jul. 1999. Dá-se então aquilo que Lenio Streck alcunha de "crime de dano normativo", pois se perde assim o caráter ôntico-ontológico da interpretação. STRECK, Lenio L. "Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 81, p. 335-336, 2004.

⁴²³ E, aqui, especificamente nesse tópico, importa também trazer à tona a observação de Lenio Streck, acerca da utilização de uma jurisprudência autoinduzida, em detrimento da Constituição, na realidade judicante brasileira. Observe-se, por exemplo, o que escreveu num acórdão um Ministro do Superior Tribunal de Justiça: "*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado.* É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para esse Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investitura obriga-me a pensar que assim seja" (AgReg em RESP nº 279.889/AL-STJ). Como diz Lenio Streck, o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Interpretar conforme a Constituição não é enfraquecer uma certa ideia de segurança jurídica, mas simplesmente ponderar a relevância do texto constitucional, pois "...os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas; portanto, 'fecham' a interpretação (e não a 'abrem'). A partir disso, é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (d'onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do tudo ou nada - sic), pois dá a ideia de que os 'princípios' seriam 'cláusulas abertas', espaço reservado à 'livre atuação da subjetividade do juiz', na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas abertas do novo Código Civil, que, nessa parte, seria o 'Código do juiz' - sic. Nada mais positivista que isso. Nada mais antidemocrático que delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas 'cláusulas abertas'." "Ou seja, o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso prêt-à-porter, principalmente - e paradoxalmente - advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de

entre a moral e a política, como diria Ricoeur⁴²⁴, mas é usual que o direito seja invadido e controlado pela “mera” política.

E, assim, na atualidade, a substância acabou cedendo à função. Função, como refere Castanheira Neves, “será a operação ou a actuação específica de algo como *ergon*, aquele operar ou actuar próprio de algo e que por isso se diz a sua função (a função do olho é olhar, a da caneta é escrever, a do martelo é bater).”⁴²⁵ Um conceito sistémico de função seria: “a exigência ou as exigências performativas que um sistema implica quer para os seus elementos, em ordem à diferenciada subsistência, ao equilíbrio auto-organizado e ao desenvolvimento autónomo do sistema, quer para o próprio sistema enquanto tal e que igualmente lhe garanta a sua identidade perante os outros sistemas ou o meio exterior (o ambiente ou o seu mundo); de outro modo, os contributos ou as prestações que os elementos de um sistema são chamados a realizar justamente como elementos dele e enquanto possibilidades auto-referidas da sua constitutiva auto-organização (como elementos da sua autopoiesis).”⁴²⁶

retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. *Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de ‘discursos de fundamentação prévia’.* Isso é feito através de uma standardização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.). E ainda aduz Lenio Streck: “*Verbi gratia*, que importância tem, no plano, da ‘fundamentação’ de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes do tipo ‘prova para condenar tem que ser robusta’, a ‘palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais’, ‘o excesso de prazo caracteriza a ilegalidade da prisão’, ‘a palavra da vítima, em crime de roubo, é prevalente, inclusive para configurar o animus do agente’.” segundo a doutrina de Hungria, Fragoso, Noronha e Damásio, o roubo próprio atinge a consumação, tal como o crime, de furto, quando o agente logra tirar a coisa da esfera de proteção da vítima e passa, ele próprio, ainda que por pouco tempo, a desfrutar de sua posse tranqüila” (sic), *a não ser para fazer deduções e, com isto, deixar de lado a especificidade do caso, que se amolda ao conceito?* Afinal, o que é prova robusta? Em que circunstâncias a palavra da vítima tem valor plenipotenciário e em que circunstâncias não tem valor algum? Quantos dias devem decorrer para configurar ‘excesso de prazo’? O que é ‘boa-fé’? Por que ela sempre é presumida (ou não)? Quanto tempo o agente do furto deve manter a posse da coisa furtada para configurar consumação? *Na verdade, no interior desse ‘positivismo da causalidade’, a utilização desses conceitos tem a função (metafísica) de ‘esconder’ o ‘caso concreto’ (não deixá-lo se revelar, porque sua revelação representa a razão prática)*, porque nos ‘conceitos’ de ‘prova robusta’, ‘palavra da vítima’, ‘excesso de prazo’, ‘esfera de proteção’, ‘posse pacífica’, encaixam-se (subsumem-se, na linguagem do esquema sujeito-objeto) a subjetividade do intérprete, isto é, o ‘conceito’ (ou qualquer conceito) - alçado à categoria universalizante, que servirá tanto para absolver como para condenar, tanto para deferir como para indeferir o pleito”. STRECK, Lenio L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 142-144 e p. 165.

⁴²⁴ RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 9.

⁴²⁵ NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 213-214.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 216.

É preciso dizer, não se há de negar, que o direito penal há de ter uma função, assim como a pena poderá ter certas imanências, e o Estado, por sua vez, deveres em relação ao cidadão condenado. Tudo isso não se nega. Mas o direito penal há de ter a função de direito penal (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes), jamais um puro instrumento político de controle coletivo ou individual, um aparelho político-ideológico, como se tem visto, de certo modo, nos delitos do direito penal secundário. Um “aparelho” que desconsidera o fato de que o “ideológico é sempre uma intenção unilateral e discriminadora, na realidade, da comunidade global, quando não mesmo partisan e militante para o grupo social que explicitamente a invoca e por ela pretende legitimar a sua prática social. Ao nível do ideológico, portanto, a sociedade existe em polémica e em conflito”.⁴²⁷ Um aparelho que desconsidera que o direito não pode ser considerado apenas uma arma política.⁴²⁸ O interesse e a utilidade não podem substituir o valor. Como disse Santo Tomás de Aquino: “A força da lei depende do nível da sua justiça”.⁴²⁹ O fim justiça vem sendo substituído pela eficiência-utilitarista e pelo finalismo político. E dessa forma fica sem força e valor o homem-pessoa. Esquece-se de que “muitos prodígios há, porém nenhum maior que o homem [...]”.⁴³⁰ Mas não só o homem é esquecido, como também a Justiça, a intenção e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo constituído por todos.⁴³¹

E agora se alcança uma encruzilhada. Uma encruzilhada que, uma vez transposta, poderá trazer consequências irreparáveis para o direito penal. Querer trabalhar a ideia de eficiência em direito penal sob um viés economicista, utilitarista ou funcionalista extremado, parece inaceitável. Tratar-se-ia de uma ideia com difícil capacidade de legitimação. Não se pode, assim, ao que nos parece, erigir-

⁴²⁷ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 66.

⁴²⁸ Como salienta Lenio Streck, recordando às ponderações de Ferrajoli, “o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos”. STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

⁴²⁹ NEVES, António Castanheira. *Digesta*. “Justiça e o direito”. In: _____. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 256.

⁴³⁰ SÓFOCLES, *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena Pereira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 41.

⁴³¹ NEVES, op. cit., p. 281.

se uma ideia de eficiência legítima em direito penal deambulando pelos caminhos do funcionalismo jurídico, seja ele um funcionalismo jurídico material, um funcionalismo sistêmico ou um funcionalismo econômico.⁴³² Ao contrário. Nutrir a eficiência em direito penal no seio de um funcionalismo mais radicalizado é preparar um coquetel explosivo, capaz de acarretar uma instrumentalização sem precedentes dessa ciência prática. Uma instrumentalização calcada em supostas políticas criminais *avant la lettre*, capazes de estabelecerem uma antecipação de barreiras do direito penal, com a extensão e vulgarização dos delitos de cuidado de perigo, de inversões do ônus da prova e da popularização cada vez maior das prisões cautelares.

E é aqui, nesse quadrante, que a análise crítica de Castanheira Neves acerca do funcionalismo cimenta a nossa preocupação, mais uma vez. Por intermédio dela, observa-se o real perigo que poderia advir de uma construção da eficiência com um cariz funcionalista radicalizado. Afirmar, por exemplo, que a função do direito, numa perspectiva lumahniana (influenciadora de Jakobs), seria a estabilização de expectativas normativas, através da regulação da sua generalização temporal, material e social, é algo com o qual não se pode concordar. Como diz Fernanda Palma, deve-se criticar uma função quase psicanalítica de estabilização das expectativas sociais.⁴³³

Uma coisa é o que o direito é ou a função que ele realmente desempenha; outra é o que ele poderia vir a desempenhar. O funcionalismo jurídico indaga: o direito serve para quê?⁴³⁴ Temos, em decorrência disso, uma grave antítese: instrumentalização (*Zweckrationalität* – razão pragmático-finalista) x fundamentação (*Wertrationalität* – razão axiológico-normativa).

Como negar, assim, que a “eficiência estratégica” seria uma categoria do funcionalismo econômico? Ou ainda, pode-se aceitar legítima uma ideia de

⁴³² Como aduz Castanheira Neves, há vários funcionalismos. Há aquele que funcionaliza o direito às exigências mais urgentes da sociedade, um funcionalismo jurídico material. Há um funcionalismo sistêmico, que acaba constituindo com o direito um sistema específico que na sociedade funcionalmente se diferencia e que, assim em relação à sociedade, posto que num muito particular tipo de relação, se forma e opera. NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico. caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 208.

⁴³³ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 115.

⁴³⁴ NEVES, op. cit., p. 224.

eficiência como a que determina o funcionalismo jurídico? Nessa concepção, será mais eficiente o que se define segundo um princípio de otimização daquela realização tendo em conta os efeitos (os efeitos que sejam possíveis e se vão verificando em concreto).⁴³⁵ O direito é visto em função da realidade social, funcionalizado perante tal realidade. Para um funcionalismo sistêmico, o decisivo é a função. O direito seria só o próprio sistema jurídico, isto é, o direito seria só o direito positivo. O direito apenas como controle social, como regulação, não como busca do justo, da verdade. Aqui, não tememos, como Castanheira Neves, que a abertura ao futuro e a aceitação da incerteza conduzam ao sacrifício da autonomia jurídica. O que nos parece é o contrário, é a defesa da autonomia ponderada da ciência penal que assim o exige. O seu alargamento, nesse sentido, é que dá vazão à convocação de outras dimensões, como a economia, a antropologia etc. Acabam se imiscuindo no direito e não atuando de forma autônoma e refletida. Tal não quer dizer que não se admita uma inter ou transdisciplinaridade. Mas que tal realidade não deve acabar com uma certa autonomia do direito.

Esse direito penal, seguindo-se uma concepção de funcionalismo sistêmico, deixaria de ser pensado com o objetivo da tutela e preservação de bens jurídicos e passaria tão somente a assegurar a tarefa de reafirmação da vigência da norma, a fim de tornar possível a convivencialidade. Seria apenas um direito preocupado em reafirmar a vigência do sistema em razão do fenômeno disfuncional do crime. O crime seria a afetação do sistema social. A pena seria legítima para demonstrar a reafirmação da estabilidade da norma violada. Como refere Amelung, citado por Castanheira Neves, se o direito penal deve garantir as condições da vida humana em comum, a reflexão tem de partir necessariamente do sistema social, não da pessoa.⁴³⁶ No mesmo caminho, Castanheira Neves critica o pensamento de Jakobs,

⁴³⁵ NEVES, António Castanheira. "O funcionalismo jurídico. caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade." In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 269-270. Com razão Castanheira Neves, ao afirmar que "estamos assim perante uma acabada funcional socialização do direito penal – e todavia impossível de levar às últimas lógicas conseqüências, como dentro de momentos se verá, e justamente pelo sacrifício que este social funcionalismo implicaria para o ineliminável valor normativo das pessoas, das pessoas individuais em si mesmas e não na sua mera funcionalidade no sistema". *Ibid.*, p. 269/270/272. Ainda sobre Amelung, relevante o estudo de Costa Andrade acerca da sua teoria da danosidade social. Para Amelung, o delito seria uma forma especial de fenômenos disfuncionais, tendo o direito penal a função de contrariar o crime. O bem jurídico, por sua vez, seria um entreposto da operatividade do princípio da danosidade social. Reduz-se, a partir dessa visão, a noção de pessoa. Com razão Costa Andrade: "Como Hassemer acertadamente refere, a doutrina de Amelung aponta para a idéia de *funcionarização*

pois essa visão funcionalista sistêmica, “despida do tradicional sentido axiologicamente ético, corresponderá tão-só um sentido funcional – um sentido a pensar apenas a referência ao fim do direito penal (a prevenção geral positiva) no quadro do constitucional sistema jurídico-social, assim como as suas concretizações e a determinação do seu conteúdo unicamente em função desse sistema seriam possíveis”⁴³⁷. Usando, mais uma vez, Castanheira Neves, temos tal fundamentação como “inaceitável”.⁴³⁸ Inaceitável, pois “quem quer o homem haverá de querer o direito”⁴³⁹. E o que se há de enfrentar é a concepção que quer uma “espécie de direito”, mas parece não querer o homem-pessoa.

E o direito penal impõe essencialmente uma intencionalidade de validade e fundamentação. Assim, admitir um pensamento jurídico penal redutor da pessoa é admitir um não direito, ou como diz Castanheira Neves, um direito sem direito.⁴⁴⁰ De forma que o funcionalismo jurídico torna impossível não cair no esquema “eficiência x justiça.”

A consequência desse funcionalismo exacerbado seria uma ciência penal verdadeiramente despreocupada com os bens jurídicos. Uma espécie de neopositivismo, alheio ante a efetiva e concreta lesão e ameaça de lesão aos maiores interesses sóciocomunitários e individuais representados pelos bens jurídicos. Um neopositivismo esquecido de que, entre texto e norma, não há cisão e tampouco identificação cega.⁴⁴¹ Daí que o crime se transformaria na simples violação não de uma norma, mas de uma regra, escolhida pelo legislador e com ares de constitucionalidade

*da pessoa. A pessoa é, assim, destronada da constelação dos fins directos da tutela penal, passando a valer como mero meio de protecção do sistema social”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 105.*

⁴³⁷ NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 271.

⁴³⁸ Vai além Castanheira Neves na sua crítica robusta e incisiva. Afirma que o funcionalismo sistémico é o fim do indivíduo. Com razão, Castanheira Neves, pois a secularização não autoriza um direito antiético ou aético. Uma coisa é o direito que é, outra é o que pode ser; “*não há direito senão como direito de e para pessoas, pelo que a referência mútua entre direito e pessoa é simplesmente tautológica*”. *Ibid.*, p. 299. De ressaltar que no seio de um pensamento funcional mais fragmentário, há também uma visão funcional-pessoal objetivadora de uma integridade e autonomia da pessoa. Uma visão assim almejaria, segundo Schelsky, também citado por Costa Andrade, a colocação da pessoa como objetivo último. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 106.

⁴³⁹ NEVES, António Castanheira. *Digesta*. “O direito como alternativa humana. notas de reflexão sobre o problema actual do direito.” In: _____. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 290.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 300.

formal. Seria um regresso à ilicitude formal, um retrocesso claro, um descompromisso com uma sólida concepção de bens jurídicos, o perecimento da ilicitude material. Sem contar que, por óbvio, uma noção de eficiência funcional levaria à construção possível de regras político, ideológica e eleitoralmente orientadas. Um grave risco não de abertura para um direito penal que pretende proteger as gerações futuras, mas de fechamento e clausura, numa orientação desprovida de valores profundos. Uma concepção, na lição de Castanheira Neves, capaz de

convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislativo, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou definição, através do direito, das soluções mais convenientes - não soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes - no pressuposto de uma básica preferência pela programática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua normatividade) ou da 'performance' relativamente à validade [...].⁴⁴²

Assim, o direito penal seria o principal "agente" redutor da legalidade verdadeira e intrínseca, correndo-se o risco de que a advertência de Castanheira Neves se concretize, pois, assim, "desaparecerá o Estado-de-Direito, transformado num Estado de mera administração, e, sob o princípio *salus populus suprema lex*, o direito volta a ser, maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente 'o que é útil ao povo'", com a 'real desnaturação instrumental da justiça'- para o dizermos com Esser - e o 'fim da actividade jurisdicional no seu autêntico sentido'.⁴⁴³

Enfim, uma tal eficiência dificilmente se poderia legitimar num panorama constitucional democrático, já que "*não coincide nem garante justiça (aliás, não o pretende sequer, como já se anotou), ou seja, que a decisão eficiente pode ser injusta e a ineficiente justa [...]*"⁴⁴⁴ num desapego brutal ao valor da pessoa humana, que deve ser um dos nortes do direito penal. A eficiência funcionalista ou utilitarista

⁴⁴¹ Assim: STRECK, Lenio L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 204.

⁴⁴² NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 55-56.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 67.

seria a grande propulsora do “*panjurismo penal, eternamente expansível*”⁴⁴⁵, e esquilado do ponto de vista valorativo.

Por tudo, é preciso refutar tal paradigma de eficiência. Um pensamento assim traz consigo o que se poderia denominar como “ovo da serpente”, uma ideia de eficiência incapaz de observar no direito penal um fenômeno onto-antropológico, comum à realidade humana. Uma ideia que redundará, como já tem ocorrido, num direito penal emergencial, violador de garantias, antecipador de barreiras, servil aos objetivos momentâneos e político-eleitorais-midiáticos, um embrião do, senão já o próprio, “direito penal contra o inimigo”.

3.3 Da impossibilidade de se legitimar o direito penal pela eficiência funcional

Tudo o que se disse antes está a comprovar a aporia que acima se descreve: que o funcionalismo jurídico, especialmente aquele mais extremado, tende para a exacerbação da ideia de eficiência, isto é, tende para o acirramento e para a radicalização da ideia estratégica de fins a serem alcançados pelo sistema penal, sejam eles de cariz político, de matiz econômico ou de coloração sistêmica. E assim se expande o direito penal. Alastra-se o seu espectro de atuação para campos os mais variados. Daí o que se depreende não é o sucesso desse direito, mas a sua não aplicação prática ou extremamente seletiva.

Mais uma consequência dessa tendência seria justamente a antecipação de barreiras da ciência penal, bem apropriada aos crimes de perigo abstrato, às prisões provisórias sem caráter cautelar e às inversões do ônus da prova, cada vez mais comuns, mormente naqueles delitos em que se vislumbra não a lesão de um bem jurídico, mas a suposta violação de uma regra sem força axiológica e, quando não raro, sem vitalidade e robustez constitucional. Tudo isso retratado numa espécie de interpretação neopositiva do princípio da legalidade. Uma rigidez interpretativa acerca de tal princípio que levaria à aniquilação e enfraquecimento da própria ideia

⁴⁴⁵ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 210.

de direito penal protetor de bens jurídicos. Uma perversão da ideia de legalidade.

Eis uma tendência e suas consequências palpáveis. A tendência da aniquilação reflexa da ideia de bem jurídico. Perigosa tendência. O funcionalismo numa espécie de autorrealização, tendente, abuse-se dessa expressão, a ramificar-se pelos mais finos grãos das ciências penais, moldando e alimentando uma ideia sem força de legitimação. Uma ideia de eficiência que enfeia a noção de legalidade e aniquila a ideia de bem jurídico. Mas diga-se, por vezes essa não é sequer uma tendência querida.⁴⁴⁶ Mas, ainda assim, uma consequência. Uma eficiência não estribada em um fundamento, mas fomentadora de estratégias próprias da política e do econômico.

Pode-se ver, claramente, essa tendência não apenas na constituição do tipo penal, na adoção de medidas emergenciais e na tão propalada e defendida redução de garantias. Vê-se isso também como uma característica do agir cotidiano dos chamados operadores do direito. Tudo a contribuir para a defesa, cada vez mais candente, de uma eficiência operacional, própria de outras vivências práticas.

Saliente-se, por exemplo, o problema da eficiência correlata com os crimes de perigo abstrato. Ou melhor, a eficiência relacionada com a técnica de tipificação do cuidado de perigo. A seguir-se a concepção de eficiência tradicional, o resultado inexorável será a imediata e incorrigível exacerbação dessa técnica de tipificação. Tudo em razão de que uma eventual criminalização, só por si, acarretaria um pretense “impacto tranquilizador”, capaz de “representar” o atingimento da verdadeira eficiência. O resultado seria um alargamento sem igual da proteção do bem jurídico, até níveis não razoáveis e intolerantes. Um erro, na verdade. Um grave erro. A simples tipificação seria a proteção de determinado valor, assim erigido pelas diretrizes do econômico e do político, mas não pelo jurídico.

⁴⁴⁶ Aí se poderia enquadrar o pensamento daqueles que, embora abraçando o funcionalismo, não se afastam, ao contrário, defendem, a ideia saudável da preponderância da pessoa humana e do bem jurídico. Mais uma vez, poder-se-ia repetir aqui a visão respeitável da ideia funcional-pessoal, que almejaria, conforme aduz Costa Andrade, na esteira de Schelsky: “estabilizar a integridade e continuidade moral e psíquica da pessoa como unidade de ação que a si mesma se orienta, através da autoconsciência que a si mesma se representa e se reconhece. Uma unidade da ação que reelabora e integra na sua identidade, continuidade e totalidade pessoais, como fundamento de suas ações, todas as influências do ambiente, sejam elas físicas, biológicas, psíquicas ou morais (p. 83). ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 106.

Os exemplos antes referidos da punição da embriaguez ao volante como crime de perigo abstrato, do uso de drogas e da posse de munição ou de armas retratam um tal paradigma. Em todos os casos, pretensamente, atingiu-se a eficiência funcional sistêmica ou material. Num caso, a redução momentânea dos acidentes e óbitos (o que apenas se presume, mas não é desprezível e deve ser sopesado); no outro, a punição de usuários para a diminuição da criminalidade. No outro, ainda, uma forma de intimidação para a evitação de consequências funestas (por exemplo, lesões e homicídios decorrentes da posse ou porte de armas de fogo). A eficiência, o cumprimento da legalidade formal. Não se indaga da relevância do bem jurídico protegido e *tampouco da relevância situacional da suposta lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico*. Tão somente, indaga-se se a norma precisa ser reafirmada. A proteção da norma seria a eficiência total numa versão funcionalista sistêmica.

A reafirmação da legalidade ofendida. A eficiência funcional sistêmica, na qual inexistente possibilidade de contestação, pois é dever a reafirmação da vigência da norma. Não se indaga sequer se realmente foi “eficiente” a norma para o atingimento dos fins políticos, econômicos etc. Eis uma tendência inafastável do funcionalismo de Jakobs, por exemplo.

Não se quer aqui apontar que o direito não se encontra na relação entre o caso e a norma.⁴⁴⁷ Não. Mas se quer apontar, sim, uma preocupação. E a preocupação se acirra quando é observada, num entendimento assim, uma pulverização da ideia de legalidade, decorrente de uma visão obscura acerca do próprio princípio da legalidade.

A Lei mudaria a Ordem. Com a lei, os fins (políticos) de redução da criminalidade seriam atingidos. Desconsidera-se, assim, que hoje o direito se revela fortemente problemático⁴⁴⁸, e que a “realização do direito não se confunde com a

⁴⁴⁷ KAUFMANN, Arthur. “Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 78, p. 183-208, especialmente p. 184-185.

⁴⁴⁸ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido. O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 09.

aplicação da lei”.⁴⁴⁹ E, mais, revela-se institucionalmente ineficiente⁴⁵⁰, se se quiser falar numa eficiência de sentido funcional. Ignora-se, assim, que o direito tem perdido eficácia social, como se pode observar na verdadeira “orgia de leis”⁴⁵¹ da atualidade.

O resultado disso tudo se vê na construção do tipo, na inversão do ônus *probandi* e na instituição de um direito penal emergencial. Eis o grande problema que se apresenta: como tornar legítimo o direito penal sem cair num funcionalismo mais radical e estreito? A verdade é que o direito penal da atualidade tem um dever: ser legítimo, justo, propiciador da paz jurídica e, por conseguinte, eficiente. Porém, a busca pela eficiência não pode descambar num decaído funcionalismo efficientista, numa *panpenalização* decorrente da irrefreável necessidade de proteção da “integridade e reafirmação” das normas.

É um erro pensar que se cumpre o princípio da legalidade penal desde que os comportamentos proibidos estejam previstos em uma lei em sentido estrito.⁴⁵² Mas esse é o raciocínio empreendido. A construção e a interpretação do tipo convergem em um só problema.⁴⁵³ Impõe-se, ao contrário, uma outra metódica.

Uma metódica que reprove a ideia de eficiência funcional conectada com um legalismo desenfreado e incorreto. Como diz Faria Costa⁴⁵⁴, “o nosso tempo exige que a proibição das condutas se perspective pelas ideias de necessidade e de dignidade penal”. Mas, mais além dessas ideias, impõe-se também que se refute a concepção de uma hipereficiência e se defenda uma noção com legitimidade, sem a qual decai razão ao processo de criminalização. A fabricação e a criação da norma incriminadora não comportam apenas “no seu próprio seio, o acto interpretativo,

⁴⁴⁹ NEVES, António Castanheira. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 296.

⁴⁵⁰ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido. O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 10.

⁴⁵¹ NEVES, op. cit., p. 288. Ou como diz o mesmo Castanheira Neves, citando ARNDT, o que se vê hoje, são “muitas leis e pouco direito”. *Ibid.*, p. 294.

⁴⁵² COSTA, José Francisco de Faria. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 134, p. 354-366, 2002.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 354.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 357.

desde logo, e seguramente, o acto interpretativo da razão necessária da sua criação e da valoração de que aquilo que se quer proteger ofende um bem jurídico e de que se atingiram os patamares da dignidade penal⁴⁵⁵ e, dizemos também, de legitimidade. “A interpretação...em direito penal, não é lugar de fantasia, de jogos significantes, nem sequer de simples descentramentos, tanto mais quanto é certo, como se sabe, estar a interpretação jurídico-penal, ela própria sujeita a regras, ao rígido percurso de etapas, a passos que se têm que dar ou percorrer para se atingir, precisamente, uma correta interpretação”.⁴⁵⁶ É preciso levar em conta a necessidade, a dignidade penal e o merecimento da pena, como também a legitimidade da função penal, sob pena de se permitir um processo de criação das normas penais estreito e neopositivo, em detrimento das garantias do cidadão.

A identificação cega de lei-legalidade com direito e com merecimento de pena e proteção de bens jurídicos há de ser desnudada. É um erro olvidar que “[...] a lei está longe de esgotar o direito ou de cumprir por inteiro a sua intenção”⁴⁵⁷ ou ignorar que “A lei só vincula juridicamente se e enquanto nela se puder ver a expressão autêntica (intencional-material) do direito”.⁴⁵⁸ Nem sempre a simples previsão legal significa a concreta e efetiva proteção de um bem jurídico ou de seu espectro de influência. Por vezes, a ausência de força axiológica do preceito penal torna absoluta a ineficiência do próprio direito penal.

Ocorre, em tais situações, na verdade, uma fragilização do próprio direito penal. Ou seja, a identificação rasteira, sem digressões ou aprofundamentos entre o legalismo e a proteção da norma ou de bens jurídicos. Aí se dá um fenómeno de deslegitimação do direito penal.

Esquece-se, assim, de que

[...] é possível, em termos intencionalmente redutores, construir e

⁴⁵⁵ COSTA, José Francisco de Faria. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 134, p. 357, 2002.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 360.

⁴⁵⁷ NEVES, António Castanheira. “Justiça e o direito.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 284.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 285.

optar, ou por um tipo legal cujo entono seja marcado pela lesão ao bem jurídico, ou escolher-se uma técnica legislativa cujo segmento passe antes pelo pôr-em-perigo. E isso só assim acontece porque há uma aderência, ou pelo menos uma ausência de atrito, na expressiva formulação de Esser, da comunidade a esse modo dual de perspectivar a incriminação penal. Ou seja: o presente histórico de uma concreta comunidade jurídica, explicitado nas legítimas instâncias legiferantes, concebe que a relação locutiva pode e deve também realizar-se pelo pôr-em-perigo.⁴⁵⁹

E esse esquecimento faz com que não se aceite uma “colagem” pueril entre a lei e a significância de uma determinada conduta penal. Ou, mais além, a previsão de um crime de cuidado de perigo, por si só, não significa que se esteja assim a reconhecer, em todas as situações, uma relevância jurídico-penal de um ilícito-típico.

E, então, importa ressaltar: aí está a nossa crença - “Se há pouco falávamos em crença, isso não queria introduzir qualquer dimensão de irracionalidade ou de resistência à produção articulada de um fundamento ou razão para as coisas”⁴⁶⁰-, capaz de realçar e apontar a tendência desse funcionalismo antes referido. E tal paradigma deve ser enfrentado. Há de se combater uma noção que esvai garantias e subverte uma ideia relevante, a da própria eficiência em direito penal, como se verá adiante. A realidade é que a pedra de toque da interpretação em direito penal está ancorada no pensamento teleológico. Isto é: se o direito penal é um direito de proteção de bens jurídicos, então, a interpretação tem que ter como *telos*, justamente, a defesa daquele preciso e concreto bem jurídico que a norma penal incriminadora quer proteger.⁴⁶¹ A interpretação justa deve buscar a consolidação da resposta adequada para um problema real, concreto, palpável. E, assim, a construção do tipo é interpretação e “quanto mais interpretação, mais legalidade”⁴⁶², e quanto mais legalidade autêntica, mais legitimidade verdadeira.

O fato é que o anseio insopitável do funcionalismo pela eficiência se exacerba quando se está diante da situação da violência ou da criminalidade. É um problema

⁴⁵⁹ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 187.

⁴⁶⁰ COSTA, José Francisco de Faria. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 134, p. 356, 2002.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 360.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 366.

relevante, sem dúvida, mas um problema que deve buscar mais recursos de solução também em outras variáveis do que no próprio direito penal. A prodigalização das prisões provisórias⁴⁶³, quando se esquece de que “o fechamento que a prisão representa é, por sua natureza, uma forma vestibular de aniquilamento”⁴⁶⁴, o aumento sem fim das interceptações telefônicas⁴⁶⁵, das quebras de sigilo fiscal e bancário, das restrições de garantias para “combater a impunidade”, tudo é reflexo da pretensão à “eficiência”, outrora referida. Isto é, a “eficiência” no combate ao crime há de ser alcançada e conquistada com o avançar dos poderes do Estado contra o esfacelamento dos direitos do cidadão. É preciso fazer valer a norma. A norma diz que tal ou qual conduta deve ser punida. Portanto, tal conduta há de ser combatida. E com veemência.

E tal tendência do funcionalismo parece inexorável. A sua intencionalidade é que leva a tais consequências. A conceber o direito penal como mero instrumento ou simples meio, e assim com toda a relatividade e contingência constitutiva e intencional implicadas na possível disponibilidade e variação dos fins, dos sociais objectivos a realizar com ele na sua instrumentalidade⁴⁶⁶, enfraquece-se, ou melhor,

⁴⁶³ Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Brasil, em 1994 o País tinha cerca de 129.000 presos (88 presos para cada 100.000 habitantes). No final de 2010, eram 500.000 presos (261 presos para cada 100.000 habitantes). A população brasileira aumentou de 147 milhões de habitantes, em 1994, para 191 milhões em 2010. Um aumento de 29%. A população carcerária, porém, aumentou em 390%. Em *Boletim do IBCCRIM*, Editorial, ano 18, nº 220, mar. 2011, p. 1. Também sobre o aumento do número de prisões nos últimos anos, leia-se TEIXEIRA, Alessandra. “O Cerceamento de informações sobre o sistema prisional de São Paulo.” *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 176, p. 8, jul. 2007.

⁴⁶⁴ COSTA, José Francisco de Faria. “Habeas Corpus.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 53.

⁴⁶⁵ Leia-se o editorial do *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 176, jul. 2007, em que se assevera a necessidade de reformulação da Lei 9296/96, que trata das interceptações telefônicas, aduzindo que “Nada obstante, recorrentes e alarmantes são as notícias a respeito de interceptações ilegais, quer porque deferidas em desconformidade com as hipóteses e com a forma prevista na Lei 9296/96, quer porque executadas sem qualquer tipo de autorização judicial. Tudo isso sem mencionar que o conteúdo em tese sigiloso das conversas gravadas estampa diariamente as páginas dos noticiários. Nessa esteira, por exemplo, divulgou-se nos meios de comunicação, no último mês, a compra, pelo Ministério Público, de equipamento denominado ‘Guardião’, o qual já vem sendo utilizado pela Polícia Federal e pelas polícias estaduais na condução dos procedimentos investigativos. Trata-se de ‘software’ que permite a interceptação concomitante de centenas de linhas telefônicas. Mais especialmente, que permite a interceptação instantânea - independente de prévia autorização judicial específica, portanto - de quaisquer linhas que entrem em contato com aquela originalmente monitorada por ordem de juiz criminal...”p. 1. Tudo isso sem esquecer o escândalo dos “grampos telefônicos”, noticiado pela *Revista Veja*, publicação respeitada e de circulação nacional, edição 2076, ano 41, n. 35, p. 64/69, 3. set. 2008, segundo a qual teriam sido realizadas interceptações ilegais, no Brasil, contra o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, e o Presidente do Congresso Nacional, Sen. Garibaldi Alves, além de outros inúmeros parlamentares, por intermédio da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), em conluio com setores não oficiais da Polícia Federal.

⁴⁶⁶ NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido. O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 40.

torna-se insustentável a adoção de uma ideia de eficiência que possa vingar. É preciso que se observe que a crítica é centrada na impossibilidade de o funcionalismo conceber uma ideia sã de eficiência. Isso não quer dizer que não se reconheça, no funcionalismo, qualidades, que já foram antes suscitadas, principalmente a partir das obras de Roxin e de Figueiredo Dias.

Contudo, a ideia de eficiência concebida a partir de um pensamento funcional caracteriza o direito como uma *social engineering*. *E o Juiz?* Um mero criador das soluções exigidas pelos fins sociais.⁴⁶⁷ Como diz Ost, citado por Castanheira Neves, “a função judicial passaria a ser ‘essencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática’, em que seria ‘tida como justa a solução mais adequada ao objectivo proposto pelo planificador social, sendo neste caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais’”.⁴⁶⁸ É dizer que “a fundamentação cede à instrumentalização ou a razão objectivo-material à formal ‘razão instrumental’ e a ordem (de validade ou institucional) à planificação (programático-regulamentar), a validade à eficácia ou a eficiência. Ou de outro modo, aos valores substituem-se os fins (subjectivos) aos fundamentos os efeitos (empíricos) - numa só palavra, trata-se de um finalismo que se afere por um consequencialmente [...]”.⁴⁶⁹

Contudo, o mais grave, talvez o mais perigoso aspecto dessa tendência de eficiência funcional é a desconsideração própria da pessoa humana como pessoa – aliás, o que se constata claramente na visão do direito penal do inimigo - e do direito como algo da e para a pessoa humana e o seu mundo circundante. Esquece-se de que o homem, “ajoujado de direito, de ética, de religião, de técnica, de ciência, de mitos, de paixões, de amor, de anseios, de certezas e de medos esteve na linha, em cima da linha”⁴⁷⁰, da linha de risco, da linha tênue, não raro, que delimita o que é e o que não é o crime. Eis o mais terrível reflexo da tendência para a hipereficiência: a desconsideração da própria ideia da pessoa humana. A eficiência total desse direito penal ultramoderno seria não tratar a pessoa como pessoa, mas como objeto indesejável, passível de, aqui e ali, ser afastado por cálculos e juízos de fins.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 44.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 44.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 39-40.

⁴⁷⁰ COSTA, José de Faria. “A Linha. Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de ‘técnica’ e de ‘bio-ética’”. In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 31.

Isso é tudo o que se repele numa concepção de direito que se quer mais humana, mais condizente com um mundo fragmentário e diferenciado. A seguir esse rito, a consequência dessa eficiência funcional será a fragilização própria do “homem-pessoa” e de “sua dignidade”⁴⁷¹, “o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”⁴⁷². Uma

⁴⁷¹ E sobre a dignidade do homem sempre importa lembrar Pico Della Mirandola: “Quem pois não admirará o homem de tal modo que, abusando da indulgentíssima liberalidade do Pai, não tornemos nociva, em vez de salutar, a livre escolha que ele nos concedeu. Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível”. MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 61.

⁴⁷² NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido. O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 69. E o que afirma Castanheira Neves não é improvável ou longínquo. Basta ler o preocupante e constrangedor artigo de COIMBRA, Cícero Galli, acerca dos métodos de diagnóstico de morte cerebral no Brasil. Não se esqueça de que no Brasil, o diagnóstico de morte encefálica significa o momento legal do reconhecimento da morte, sob o aspecto jurídico, a fim de que se autorize a remoção de órgãos para transplantes (art. 3º, da Lei 9.434/97). Relata Galli Coimbra que, desde o dia 3 de dezembro de 1967, no hospital Groote Schuur, na cidade do Cabo, na África do Sul, quando foi realizado o primeiro transplante cardíaco, o critério de diagnóstico do óbito humano foi modificado. Ao invés da parada cardiorrespiratória, passou-se a utilizar o critério da morte encefálica. No Brasil, a Lei 9.434/97, no seu art. 3º, autoriza expressamente o transplante de órgãos de uma pessoa humana, após o diagnóstico da morte encefálica: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” Mas, afinal, qual o critério para definir a morte encefálica? Geralmente, faz-se o chamado “teste de apneia”, por intermédio do qual se desliga o respirador por até 10 minutos, interrompendo-se a eliminação de gás carbônico pelos pulmões para a estimulação do centro respiratório, com o objetivo de constatar-se a ausência de um esforço respiratório espontâneo. Entretanto, como salienta Cícero Coimbra, “a partir da década de 1990, publicações médicas de diversos autores passaram a relatar a ocorrência de morte por parada cardíaca irreversível durante o teste (mesmo quando executado com as recomendadas medidas de hiperoxigenação do paciente), além de várias complicações clínicas graves e potencialmente letais, tais como infarto do miocárdio, pneumotórax, hipotensão severa (capaz de reduzir ainda mais o fluxo sanguíneo do paciente) e o próprio colapso irreversível da circulação cerebral. Ademais, tendo sido reduzido o suprimento sanguíneo ao centro respiratório, não somente em decorrência da penumbra isquêmica, mas também da hipotensão provocada pelo próprio teste, e ainda encontrando-se baixa (ou ausente) a responsividade dos centros respiratórios também por falta dos hormônios da tireóide, não se pode esperar que o paciente, nessas condições, venha a responder ao teste, mesmo estando com os seus centros respiratórios com vitalidade ainda preservada. O teste de apnéia é, portanto, inútil em seu próprio propósito (o de avaliar a vitalidade dos centros respiratórios) além de, provavelmente, em muitos pacientes, provocar a própria irreversibilidade da lesão neurológica que deveria apenas diagnosticar.” Ainda, segundo Cícero Coimbra, citando o anestesista britânico David Hill, “[...] o teste de apnéia pode administrar o ‘golpe de misericórdia’ a um paciente recuperável”, In: Embuste dos Doadores de órgãos. *Revista Britânica de Medicina British Medical Journal*. Disponível em: <<http://bmj.bmjournals.com/cgi/eletters/323/7327/1478#18309>>. Assim, ao invés de ser usado o critério da “necrose total do encéfalo”, utiliza-se um critério com uma não desprezível insegurança. Tudo a revelar um desprezo claro pela ideia de pessoa. E, o mais sintomático problema desse critério ocorre naquelas situações em que os médicos se deparam com o chamado “sinal de Lázaro”, o que ocorre em cerca de 4% dos pacientes com morte encefálica. Nesses casos, os pacientes apresentam “flexão bilateral dos braços, aproximação dos ombros, elevação das mãos à altura do tórax ou do pescoço, aparentando eventualmente uma tentativa de agarrar o tubo posicionado na via aérea (traquéia)”. E não se há de desconsiderar que a medicina dos transplantes tornou-se uma das áreas mais rentáveis e populares das ciências médicas, de forma que a definição hodierna do mecanismo de diagnóstico da morte encefálica deveria ser de uma clareza e limpidez sem par. Para tornar ainda mais insegura a situação dos transplantes, desde dezembro de 2003, os médicos brasileiros se encontram proibidos de tornarem públicas “informações que causem tranqüilidade à sociedade” (Resolução 1701/03, do Conselho Federal de Medicina). E a repercussão do problema começa a ocorrer no cotidiano trágico da vivência humana. Cícero Coimbra relata o caso de uma

concepção que não respeita o homem como pessoa e descumpre, por conseguinte, aquele imperativo de Hegel, sempre lembrado por Castanheira Neves: “Mas se a pessoa não for recusada, se o seu rosto não for substituído por um qualquer ‘papel’, nem a sua axiologia por uma qualquer estratégia, reconhecamos então as inferências capitais. E podem elas enunciar-se em síntese - uma vez mais o repito - mediante o princípio de HEGEL, posto que de algum modo aqui descontextualizado: ‘O imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas’.”⁴⁷³

Por tudo o que se disse, há de se combater tal tendência como uma perversão da ideia de eficiência. E com consequências perversas, como a restrição de garantias já tradicionais e conquistadas com grande sacrifício, com a antecipação de barreiras penais, com uma “deslegalização” material dos tipos penais, tudo em razão do “homem planificado e funcional”⁴⁷⁴ da sociedade de risco. Tudo a demonstrar o então predomínio de um “estrito racionalismo funcional e eficiente”⁴⁷⁵, próprio de um jurista que decai à condição de “perito de uma função de

menina de 15 anos de idade, atropelada quando se encontrava em férias no Estado de Santa Catarina, dando entrada em hospital ligado ao sistema de transplantes. No instante da internação, apresentava respiração espontânea e recebeu sedativos. Cerca de 36 horas após a internação, teve o diagnóstico de morte encefálica, firmado através de 2 testes de apnéia consecutivos (apesar de todos os seus riscos). Inconformada com a agilidade do diagnóstico, bem como com a conduta terapêutica conservadora e expectante, sem a correção de distúrbios eletrolíticos graves, a família transferiu a paciente para um hospital de São Paulo. Um segundo neurocirurgião fez o mesmo diagnóstico. Apenas no quinto dia, um médico não pertencente ao corpo clínico do hospital, a pedido da família, iniciou um tratamento, o que só conseguiu com uma autorização judicial, pois o hospital negou-se a permitir o tratamento com DMSO (Dimetil-Sulfóxido - substância dotada de poderoso efeito antioxidante e capaz de inativar o mais destrutivo dos radicais livres, que são os determinantes do edema cerebral que leva à morte das células nervosas) administrado por via intravenosa. A paciente sobreviveu quase oito meses, ao longo dos quais chegou a apresentar um débil esforço respiratório que se tornou mais sustentado, maior dilatação das pupilas em ocasiões de hipotensão e atividades elétricas difusas, incompatíveis com o diagnóstico de morte encefálica. Configurou-se, assim, uma situação completamente oposta àquela que convenceu juristas, filósofos e religiosos, em que a declaração desse diagnóstico traria implícita a irrecuperabilidade neurológica”. Impõe-se indagar aqui o papel do direito penal. Tem sido ele eficiente para proteger, em tais situações, um bem jurídico de tamanha ou da maior magnitude, a vida?? Não será o exemplo cabal de como ainda há espaços de atuação do direito penal para a proteção dos bens mais fundamentais. Não há aí, de forma brutal, uma omissão do direito penal, uma omissão que fragiliza, de forma inexorável, o bem jurídico vida, deixando-o ao alvedrio de eventuais oportunidades que atentam contra a ética médica e jurídica? Eis a comprovação cabal da ineficiência momentânea do direito penal em determinadas situações, uma ineficiência que ataca a relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo. E aqui por que não chamar, para o direito penal, a utilização de princípios do direito constitucional ambiental, como aquele da precaução, que exige a utilização da “melhor tecnologia disponível”, mormente em favor da vida humana. “Morte Encefálica em Xeque”, COIMBRA, Cícero Galli. “Dossiê.” *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 18, 20-21 e 24-25, 2007.

⁴⁷³ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido. O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 73.

⁴⁷⁴ NEVES, António Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo.” *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 14.

⁴⁷⁵ NEVES, António Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo.” *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 17.

expediente”.⁴⁷⁶

Esquece-se, assim, não se há de cansar de repetir, do verdadeiro papel que cabe ao direito, mormente ao direito penal, um papel que há de ser compreendido de forma moderada, o que não significa, como refere Faria Costa, uma descrença no direito, “ao invés, é crença na utilização ou no emprego de um direito que só deve ser chamado para a regulação daquilo que deve e pode ser regulado pelo mundo axiológico-juridicamente relevante. É crença em que a juridicidade só se cumpre quando nela se refazem os valores. O que quer significar que, sendo para nós a justiça um valor, o seu chamamento só tem sentido quando ela e nela se refaz também o valor da própria juridicidade.”⁴⁷⁷

É preciso, com galhardia, repelir aquela visão, que enfraquece o direito penal para uma variada gama de instrumentalizações, esquecendo que o “direito tem uma subsistência que o autonomiza das meras intenções ideológicas, porque é, ou pode ser, não o dúctil instrumento de domínio e opressão, mas a afirmação mesma da dignidade e liberdade do homem, aqui mesmo e hoje”.⁴⁷⁸ E, então, há de se criticar e repelir, ainda que respeitando-os, os pensamentos que vizualizam a ordem jurídica como uma mera e constante ordem instrumental relativamente a fins, em que não é possível um processo mínimo neutral de seleção de valores.

Só assim, é possível alcançar a noção pretendida, de rompante onto-antropológico, conectada com a ideia que não se pode deixar de defender - a defesa do bem jurídico-, sem a qual se faz renascer um neolegalismo raquítico e inebriado com formatações alheias às verdadeiras garantias que edificaram o direito penal democrático que nossa era há de preservar.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 20.

⁴⁷⁷ COSTA, José Francisco de Faria. “A Linha. Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de ‘técnica’ e de ‘bio-ética’.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 37.

⁴⁷⁸ NEVES, op. cit., p. 23.

4 A MISSÃO DE PROTEÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS BENS JURÍDICOS MAIS RELEVANTES COMO ARRANQUE E PONTO DE PARTIDA DE UMA CONCEPÇÃO DE CIÊNCIA CONJUNTA OU TOTAL DE DIREITO PENAL

Em contraponto ao pensamento que defende o direito penal como protetor da integridade da norma, o direito penal como ente capaz de reafirmar o ordenamento em tese violado e agredido, impõe-se uma visão de maior alcance. Uma visão com um espectro mais apurado e “eficiente”, capaz de proteger efetivamente aqueles “pedaços de realidade comunitária” ou “interesses” de maior envergadura, que necessitem de tutela penal. Um norte que ultrapasse, com sucesso, a mera formalidade da aparente constitucionalidade.

Portanto, não se quer aqui refluir ao tempo de uma noção de bem jurídico de cunho positivista-legalista e tampouco àquela noção de tendência puramente ético-social.⁴⁷⁹ Não. O que se almeja é propugnar uma ideia que começa e arranca embasada numa noção de bem jurídico condizente com os tempos atuais, de uma sociedade de risco, hipercomplexa e fragmentária.

Não que se despreze a vital importância de Binding, por exemplo, a quem se deve a própria expressão *Rechtsgut* (bem jurídico), utilizada na primeira edição de *Die Normen*, em 1872. Ao contrário, é na senda de suas pegadas que foi construída, atacada, reformada e edificada a noção de bem jurídico. E mais, sabe-se que foi, no entrechoque de suas polêmicas com Liszt, que a noção de bem jurídico cresceu, em que pese as notáveis e sempre recordadas divergências entre os autores.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Para uma noção sobre a evolução histórica da noção de bem jurídico: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 109 e ss. Também concebendo a função do direito penal como a proteção dos bens jurídicos, leia-se FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 4. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2006. p. 5 e ss. Também, sobre as múltiplas definições acerca do bem jurídico, FIANDACA, Giovanni. “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale.” In: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale in trasformazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1985. p. 139-176. Ainda sobre a teoria do bem jurídico: PULITANO, Domenico. “La teoria del bene juridico fra codice e Costituzione.” In: *La Questione Criminale*, anno 7, p. 113-121, genn./apr. 1981. Relevante ainda WOLTER, Jürgen. “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un Sistema Europeo del derecho penal.” In: SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Española) *Fundamentos de un Sistema Europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. p. 37-72.

⁴⁸⁰ Há de se recordar que não só a partir de divergências foram construídas as ideias de Binding e Liszt. E, para isso, há de ser lida a ponderação de Costa Andrade. Se é verdade que, para Binding, só a lei pode determinar o bem jurídico e as formas de agressão que exigem a intervenção penal, e, para Liszt,

É preciso ir adiante. É preciso tratar a ideia de bem jurídico com os pés firmes no cotidiano atual das ciências penais, mas com a serenidade e o respaldo que os vastos estudos sobre o tema nos legaram. Ademais, não se está aqui a reprisar um histórico estudo sobre os conceitos acerca dos bens jurídicos. O que se quer é fortalecer a noção de bem jurídico como elemento fundamental para a construção de uma ideia aceitável e legítima em direito penal.

Assim, para Figueiredo Dias, embora não haja nem possa haver uma noção fechada de bem jurídico, há hoje como que um núcleo essencial acerca dessa noção, que seria a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.⁴⁸¹

tais bens provém da realidade social, sendo o bem jurídico um interesse juridicamente protegido; se é verdade que Binding vê uma congruência absoluta entre norma e bem jurídico, e que Liszt vê aí uma relação de incongruência; se é verdade que Binding vê os bens jurídicos como bens da totalidade, e Liszt diferencia bens individuais e coletivos, verdade também é que ambos repelem a metafísica e acabam por permitir uma mútua penetração. Uma interrelação, na verdade. Conforme escreve Costa Andrade: “[...] para LISZT são as condições da vida que aparecem no primeiro plano e como sistema de referência, figurando o Direito como ambiente; para BINDING é, de certo modo, a inversa que se dá. Daí que LISZT haja de concluir que bens jurídicos são os interesses – com a significatividade, a densidade e a função com que a vida os faz emergir – se e na medida no respectivo reconhecimento legal, isto é, da protecção que lhes é juridicamente assegurada. Já BINDING “tem de partir do postulado que o legislador quer seguramente proibir a acção danosa, só que não pode prescrever ao legislador o que é socialmente danoso.” *Bens jurídicos* serão, por isso, “as pessoas, coisas e estados” com a significatividade, a densidade e função que o direito lhes adscribe e lhes prescreve. Mas esta diferença, nítida a nível conceitual, e seguramente não despicienda no plano pragmático, não impede que o resultado final, sc., o conceito de *bem jurídico*, espelhe a interpenetração dos dois sistemas em confronto”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 70-71.

⁴⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. t. 1, p. 109-110. Não se pode esquecer a ponderação de GRECO, Luís, acerca do perigo do conceito de bem jurídico legitimar uma ultrapenalização, GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, jul./ago. 2004. Ainda se impõe ressaltar o relato de Greco, acerca do conceito de bem jurídico no Brasil e no exterior. Assim, que no Brasil, autores há, como Juarez Tavares, que fortaleceram a noção de bem jurídico, em TAVARES, Juarez. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, *RBCCRim*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 78 e ss, 1992; bem como BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 94 e ss. Na Alemanha, há entendimentos de que a proibição sem bem jurídico seria uma violação estatal. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Heymanns etc., 2002. p. 18 e ss. Outros rechaçam vigorosamente tal pensamento, como KUHLEN, Lothar. “Strafrechtsgrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?”, In: WOLTER, Freund (Ed.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamtem Strafrechtssystem*. Heidelberg: CF Müller, 1996. p. 89 e 96.; STRATENWERTH, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, *ZstW*, 105-692, 1993. e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 279. Relevante também o que diz Hefendehl acerca do conceito de bem jurídico: “Para algunos, los bienes jurídicos suponen aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia (Mayer). También son definidos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin). Otros los han descrito como presupuestos instrumentales necesarios para el

Portanto, não se pode aceitar apenas uma noção individualista de bem jurídico, que, vez por outra, se atribui a Birnbaum⁴⁸², ou uma noção metodológica, de raiz neokantista⁴⁸³.

Com isso, não se quer tornar pálida uma visão bem clara, concreta e delineada de direitos individuais. Isso não significa dizer, *a priori*, que bens jurídicos individuais perderam o seu significativo valor. Ao contrário, pois, como salienta Figueiredo Dias, é “claro que bens jurídicos colectivos só existem por causa do homem”.⁴⁸⁴

Entretanto, a ciência penal não pode desconsiderar que algumas das maiores ameaças à vida humana provêm não de lesões ou perigos individualizados, mas coletivos e supraindividuais. E, malfadadamente, o nosso direito não parece ainda estar preparado para enfrentar tais desafios. Basta observar os riscos atinentes à energia atômica, às lesões ao meio ambiente com múltipla incidência sobre um número indeterminado de pessoas, como o caso da

funcionamiento y para que éste sobreviva. (*Rudolphi*). También están los que los definen como aquellos presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad (*Callies*). HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 4, n. 14, p. 2, 2002. Disponível em: <<http://criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007. Os grifos são de nossa autoria, a fim de salientar os titulares de cada conceito.

⁴⁸² Muito relevante aqui a ponderação de Fabio D’Avila, de que o pensamento de Birnbaum foi muito além disso. Para Birnbaum, conforme cita Fabio D’Avila: “o crime deveria ser reconhecido na ‘lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado’. Uma formulação que põe em destaque a incipiente noção de bem jurídico como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Mas não só. Também a emergente noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais, dano e perigo, encontram-se já delineadas na proposta de Birnbaum. Em verdade, tal qual a teoria da violação de um direito subjetivo, a teoria da proteção de bens jurídicos também encontra a sua origem na concepção iluminista de dano social, em que pese com ela não se confundir. Não se trata, como bem salienta Amelung, de diferenças meramente descritivas, isto é, ao invés da violação de um direito subjetivo, teríamos a violação de um bem jurídico, o que, no entanto, por si só, já representaria um significativo ganho teórico e prático. Há também diferenças normativas de grande significado. Embora possamos afirmar que a maior parte dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem jurídico-penal sejam oriundos dos direitos subjetivos em ascensão, não houve, de início, uma preocupação em restringi-los ao âmbito dos direitos individuais. Birnbaum, inclusive, propôs o conceito de *Gemeingut* (bem comum), ao qual subsumia convicções morais e religiosas da comunidade, em total dissonância com as aspirações que norteavam os ideais iluministas, tornando controvertida, até hoje, a idéia de um possível aumento do âmbito da punibilidade penal com o advento da noção de bem jurídico”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64-65.

⁴⁸³ Leia-se mais uma vez DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. t. 1, p. 110 e ss. Para essa concepção, como assinala Figueiredo Dias, seguindo o escólio de Eduardo Correia, os bens jurídicos são meras fórmulas interpretativas dos tipos legais, “abreviaturas do pensamento teleológico” que os penetra (Grünhut), expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schwinge). *Ibid.*, p. 111. Assim o bem jurídico seria tão somente uma forma de explicação do conteúdo do tipo.

poluição atmosférica e hídrica. Enfim, dizer que o direito penal não pode ficar cego às novas realidades da sociedade de risco não significa, de forma alguma, que, com isso, se deva reduzir garantias e expandir, de forma infinita e desarrazoada, a ciência penal. Bem ao contrário. É a omissão da ciência penal em tentar entender e traduzir esses complexos nódulos problemáticos o que aumenta o risco de uma vulgarização e endurecimento das leis e práticas penais, capazes não de aumentar, mas de fragilizar a sua eficiência.

Admite-se, assim, a possibilidade de criminalização de bens supraindividuais. Como aduz Figueiredo Dias, a criminalização de condutas que atentam contra bens coletivos se impõe como legítima, pois tais bens possuem, invariavelmente, uma expressa referência constitucional, como se depreende, por exemplo, do meio ambiente.⁴⁸⁵

Para avante disso, não se pode esquecer de que haverá uma confluência, não raro, entre bens individuais e supraindividuais, o que alberga, de certa forma, a ideia de Hassemer, de que os bens jurídicos devem conter um referente pessoal.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Ibid., p. 135.

⁴⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. t. 1, p. 137. Figueiredo Dias vai além, apontando que se afigura também a chamada “necessidade” de criminalização de condutas que atentam contra determinados bens coletivos, mormente em razão de uma prevenção geral negativa, “porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo no sentido de promover a obediência à norma”. Ibid., p. 138. Aqui impõe-se uma sutil observação, pois entendemos que a prevenção geral negativa, mais do que um fim, há de ser em concretas situações um efeito da pena. Um inegável efeito, mas de difícil ou impossível comprovação. Sobre esse efeito da prevenção geral negativa ocorrente em algumas situações, poder-se-ia afirmar: dele não temos provas cabais, mas também dele não temos dúvidas. Na defesa da proteção penal ponderada de bens jurídicos supraindividuais: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. Também em defesa da proteção subsidiária dos bens jurídicos, MIR PUIG, para quem “En un Estado Social no cabe discutir la importancia de esta clase de intereses, y por supuesto se trata de bienes que merecen protección jurídica”, salientando ainda que “hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema”. MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Jus puniendi*.” In: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 208-212, 1989-1990. Também importa relatar a ponderação de Hefendehl sobre os bens jurídicos coletivos, isto é, aqueles bens que servem aos interesses de muitas pessoas e que se caracterizam pela não-distributividade, ou seja, quando é real, conceitual e juridicamente impossível dividir o bem em partes e dividi-las entre os indivíduos. HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 4, n. 14, p. 4, 2002. Disponível em: <<http://criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

⁴⁸⁶ HASSEMER, NSTZ, 1989, p. 90 e ss., e em AK, 1990, antes do parágrafo 1º, nº 274 e ss. Citação

Contudo, nem sempre essa notável realidade estará presente, de forma que se há de respeitar, também, a altivez de bens jurídicos coletivos, por si só, desde que albergados na axiologia constitucional e estruturados a partir de uma visão humanista do direito penal. Humanista não no sentido apenas da referência pessoal e de um antropocentrismo estreito, mas humanista a partir de um antropocentrismo alargado, com a percepção do dever que o homem tem para com o outro-homem-pessoa e também para com a preservação das gerações futuras e das outras espécies, por exemplo.⁴⁸⁷ O homem-pessoa não pode esquecer de seus deveres. Como diz Castanheira Neves, “[...] hoje temos o homem coletivo. Todos os problemas do homem são problemas sociais. O Homem não reconhece hoje os seus direitos medidos pelos seus deveres”.⁴⁸⁸ O fato de o homem não se ver atingido ou

apontada por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. t. 1, p. 135.

⁴⁸⁷ Sobre a preservação ecológica e uma visão do Direito ambiental trans-geracional, leia-se KISS, Alexandre. “Justiça ambiental e religiões cristãs.” In: KISHI, Sandra; SILVA, Solange; SOARES, Inês Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47-58. E, de grande relevância, o estudo de Gomes Canotilho. “Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-11. Vê-se aí a reflexão muito clara no sentido da essencialidade da ideia da *responsabilidade de longa duração*, que convocaria os princípios “do desenvolvimento sustentável”, “do aproveitamento racional dos recursos”, da “salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica” e o princípio da “solidariedade entre gerações”. Também, para Faria Costa, mais do que responsáveis pelas gerações futuras, “Somos responsáveis pelos homens e mulheres reais, concretos, que o futuro há-de trazer dentro dessa categoria formal a que chamamos gerações. São essas pessoas de carne e osso que nos interrogam do futuro e não uma qualquer abstracção, mesmo que densificada na categoria da geração futura.” COSTA, José Francisco de Faria. “A Linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de ‘técnica’ e de ‘bio-ética’”. In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 41. De outra parte, é inegável a revolução que poderá enfrentar o direito penal ambiental nos próximos tempos. Como não trabalhar, no seio desse direito, com o princípio da precaução, especialmente no viés que trata da utilização das melhores tecnologias disponíveis e com o princípio do nível de proteção mais elevado? São avanços que uma noção legítima do direito penal não poderá deixar de enfrentar no futuro. Sobre o princípio da precaução em direito penal: CRUZ, Pierpaolo Bottini. “Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 44-111, jul./ago. 2006. Também sobre o princípio da precaução em direito penal: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Editorial Comares, 2005. Segundo Casabona, o princípio da precaução poderia repercutir na seara penal contribuindo para a elaboração de um procedimento de imputação para alguns delitos de perigosidade ou de ação perigosa, salientando como exemplo o art. 394 del CP Espanhol, acerca da “manipulación, transporte y tenencia de organismos”, um tipo de perigo – de resultado de perigo concreto – que contempla, para sua completude, uma remissão a uma norma extrapenal, norma que está inspirada no princípio da precaução. *Ibid.*, p. 107-108. E, para além disso, Casabona vê o princípio da precaução como um instrumento de política criminal, que daria ao princípio uma função de interpretar e modular o alcance de alguns tipos penais. *Ibid.*, p. 118-121. Relevante, sob outro aspecto, a ponderação de MENDES, Paulo Sousa, acerca da eficiência do direito penal ambiental, “Vale a pena o direito penal do ambiente?” *Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa: 2000. p. 177-178. E também GRECO, Luís. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 156-194, jan./fev. 2006.

⁴⁸⁸ NEVES, António Castanheira. “A imagem do homem no universo prático.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 333.

ameaçado diretamente por um dano, veja-se o caso de um desastre ambiental, não retira do bem jurídico uma “correspondência” com os deveres do homem.

Mais do que o vilipêndio contra a “possibilidade de gozo comum”, como bem salienta Figueiredo Dias⁴⁸⁹, o que caracteriza a afetação do bem jurídico coletivo é uma violação daqueles valores comunitários essenciais já assentados na sociedade hodierna, em que o homem-pessoa possui uma responsabilidade de cuidado e também de dever para com outras-pessoas ou outras-espécies. Isso em razão de que só o homem-pessoa e do homem-pessoa se pode exigir responsabilidade para com os outros e para com as demais espécies. Só o ser humano é capaz de zelar pela vivência comum na sociedade de risco. Com isso não se pugna pelo desbragado incremento do campo de atuação do direito penal, mas, em contraponto, se luta pelo adensamento e vivificação de situações e valores que cristalizam eventos de concreto pôr em perigo ou de cuidado de perigo. E não se esqueça, mais claras estarão essas situações, se tiverem um referente constitucional, como o meio ambiente, por exemplo.

Em razão de tudo o que foi exposto é que se depreende uma obrigação. Uma obrigação de tentar erigir uma concepção que, ao fim e ao cabo, almeja limitar a incriminação em direito penal⁴⁹⁰ para aqueles casos em que há uma mútua referência constitucional.⁴⁹¹ Uma relação não de identidade, “mas de analogia

⁴⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. p. 138-139. E aqui releva muito citar Figueiredo Dias em outro texto, no qual refere a relevância do bem ambiental, para muito além de uma perspectiva de uma teoria pessoal do bem jurídico. DIAS, Jorge de Figueiredo. “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”. *RDE*, ano 4, n. 1, 1978. p. 8 e ss.

⁴⁹⁰ Atentemos para os exemplos trazidos por Figueiredo Dias, como o homicídio a pedido da vítima, propaganda do suicídio, interrupção voluntária da gravidez, poluição ou cultivo para consumo de drogas. Como afirma o jurista, “Baste aqui a afirmação apodíctica de que atrás de todas estas incriminações é possível divisar a existência de um bem jurídico-penal no sentido que acabou de estabelecer-se (o que não tem de significar, sem mais, concordância com a existência de incriminação respectiva.: cf. *Infra*, Parágrafo 35 e ss). O que sucede é apenas que relativamente a certas destas incriminações não estará tanto em causa a preexistência ou não de um bem jurídico, quanto o grau de antecipação de sua protecção e, conseqüentemente, o momento a partir do qual o direito penal deve sentir-se legitimado para intervir em seu favor. E com isto se toca um ponto verdadeiramente essencial de toda esta problemática”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. p. 116-117. E como consequências dessa visão de bem jurídico, Figueiredo Dias aponta a impossibilidade de incriminação de “puras violações morais”, como a homossexualidade ou a prostituição, de proposições (ou imposições de fins) meramente ideológicas, de violações de valores de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal, para encerrar, corretamente, afirmando que “toda norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais para tanto competentes.” *Ibid.*, p. 120.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 122.

material, fundada numa essencial correspondência de sentido e - do ponto de vista da sua tutela - de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro de obrigatória referência e, ao mesmo, tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado.”⁴⁹²

Ainda assim, impõe-se ir avante. Mas não se deve esquecer de que uma concepção assim, como pondera Figueiredo Dias, não dispensa o critério da “necessidade” ou “carência” de tutela penal, pelo qual a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que essa seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.⁴⁹³ Como também não dispensa a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, sob a forma da proibição do excesso, tendo em vista que o direito penal utiliza os meios mais onerosos para a proteção dos direitos e das liberdades das pessoas, de modo que ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não penal, se revelem “insuficientes” (grifo nosso) ou *inadequados*.⁴⁹⁴

Mais relevante, ainda, a assertiva que faz Figueiredo Dias de que tal concepção traz uma proposição político-criminal fundamental: “a de que, para um *eficaz* (grifo nosso) domínio do fenómeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o **menos possível**; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade. A esta proposição se dá o nome de *princípio da não-intervenção moderada* de forma que do âmbito deste conceito têm de ser expurgados todos os comportamentos que *não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos* claramente definidos; ou que, ainda quando a acarretem, possam razoavelmente ser *contidos ou controlados por meios não penais* de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica.”⁴⁹⁵

Em que pese tudo o que foi dito, é preciso cruzar o Rubicão. E o Rubicão é o

⁴⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora: 2004. p. 114.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 124.

funcionalismo mais radicalizado, seja ele sistêmico, material ou final, que sustenta e imbrica uma certa noção. Uma noção que prevê a intervenção penal para assegurar o “funcionamento” das condições normativas essenciais da sociedade. Isto é, o atingimento de fins, que, por vezes, extrapolam os fins do próprio direito penal, para atingir fins de cariz político e administrativo ou sistêmico, embora travestidos de jurídicos. Uma noção que se perverte num apoucamento axiológico e que faz uso contumaz das ideias de eficiência e eficácia como sinônimos. Ou ainda se poderia afirmar, buscando empréstimo no pensamento de Hassemer, uma ideia que ressalta a violência como uma experiência cotidiana⁴⁹⁶, na qual a insegurança cidadã aparece, cada vez mais, como um bem jurídico, de forma que o direito penal e o processo penal deveriam adaptar-se à exigência de uma luta eficaz.⁴⁹⁷ A característica desse direito eficiente seria o aumento do número de fatos típicos e o asseveramento das penas, bem como a criação de novos bens jurídicos de cariz coletivo, tudo através da técnica dos delitos de perigo abstrato⁴⁹⁸, tudo isso com custos elevados e com a relativização de princípios valiosos.⁴⁹⁹

Buscar uma via alternativa não significa pugnar pelo anarquismo metodológico, mas, sim, erigir uma concepção também com profundidade, em nossa opinião. Uma concepção em que o fundamental não está na regra ou na norma, mas, sim, no bem jurídico.⁵⁰⁰

Isso em razão de que toda a fulgurante polêmica entre criminalização e descriminalização representa, sob certo aspecto, uma disputa histórica, que culmina, em cada caso, na construção do bem jurídico.

E tal noção deveria estar presente na psique não só do operador ou aplicador ou intérprete do direito, mormente o juiz, mas fundamentalmente na consciência do

⁴⁹⁶ HASSEMER, Winfried. “El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’.” *Estudios Penales y Criminológicos XV*, Santiago de Compostela, p. 183, 1990-1991.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 184.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 191.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 197.

⁵⁰⁰ COSTA, José Francisco de Costa. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 168. E assim julgamos nos afastar daquelas críticas de Tobias Barreto, acerca dos “Metafísicos do Direito”, “que encontram não sei que delícia na discussão de problemas insolúveis”, pois não estamos a tratar de “bolhas de sabão teóricas”, mas de conceitos fortes, duros e concretos. BARRETO, Tobias. *Fundamento do direito de punir: estudos de direito*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163.

legislador. A fragilidade de determinados tipos penais ressumbra a partir de opções legislativas inapropriadas e, não raro, oportunistas. Daí a seriedade de se erigir um pensamento que limita o legislador e o intérprete à razoabilidade. Um pensamento que há de estabelecer certos limites de criminalização e descriminalização ao legislador.⁵⁰¹ Um pensamento capaz de sensibilizar o próprio legislador e o aplicador da lei.

E aí surgem os tipos “ineficientes”, isto é, impróprios, não legítimos, incapazes de alcançar uma possibilidade mais concreta de repetida aplicação. Basta observar, por exemplo, um sem número de delitos e contravenções penais do sistema jurídico brasileiro que são casos expressivos de ineficiência.⁵⁰²

Assim, só haverá efetiva e verdadeira legitimidade e justiça em direito penal se o que estiver em disputa for de fato um bem jurídico. Onde se estiver a tratar de meros comportamentos imorais ou desviados, de condutas que não extrapolem o âmbito do próprio autor ou do espectro de proteção do bem jurídico, de atos que não condigam, de qualquer modo, com uma situação de cuidado de perigo, haverá significativa margem de ineficiência penal, mormente quando houver um desapego à própria Constituição.

De outra parte, pugnar pela restrição efetiva do campo de abrangência penal não significa deixar de apontar a necessidade de criminalização de certas condutas

⁵⁰¹ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59.

⁵⁰² Apenas para referir os casos mais gritantes. Veja-se o caso do delito do art. 229 do Código Penal: “Manter Casa de Prostituição”, hoje definido como “manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, com redação dada pela Lei 12.015/09, fato praticado em todas as cidades do País, em locais conhecidos e reconhecidos, com a completa aquiescência das autoridades. A 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu como não recepcionado pela Constituição Federal o referido delito do art. 229 do CP. No caso, duas mulheres haviam sido condenadas por manter casa de prostituição em pequena localidade do interior. (Ac. 698383932). No mesmo sentido o acórdão nº 699160826 da 5ª Câmara Criminal do TJRS. *Mutatio libelli* com aditamento (nulidade e inconstitucionalidade) Ac. 70000936716, 5ª Câmara Criminal, TJRS. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. In www.tj.rs.jus.br, acesso em 13.12.2007. E, mais além desses casos, poder-se-ia referir como paradigmas de ineficiência e também de ineficácia, o caso da “vadiagem”, contravenção prevista no art. 59 do Decreto-Lei 3688/41: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita”, com pena de 15 dias a 3 meses. Ou ainda a contravenção de embriaguez: “Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”, pena de 15 dias a 3 meses. Desnecessário seria apontar a inutilidade e aplicabilidade prática muito seletiva de tais contravenções na realidade judicial, sob pena de se encarcerar muitos desempregados. Muito excepcionalmente, vê-se alguém enquadrado em tais contravenções. Tudo isso para não falar na famosa contravenção de “jogo do bicho” (art. 58 do Decreto-Lei 3.688/1941, com pena de prisão simples de 4 meses a 1 ano e multa), espécie de loteria praticada em todos os recantos do país, em

que afetam bens coletivos, transindividuais ou difusos. O que se há de almejar é a circunscrição do direito penal para a proteção dos bens jurídicos de maior envergadura, em casos de necessidade comprovada.

A partir daí, poder-se-á falar em um moderno e “eficiente” direito penal. Uma “eficiência” erigida de modo restritivo, como será exposto, a fim de não banalizar e empobrecer o conteúdo próprio da ciência penal, o que lhe dará evidente qualidade e relevo.

De outra parte, a circunscrição do direito penal à proteção subsidiária e efetiva dos bens jurídicos, em casos de real necessidade, fortifica a própria legitimidade da ciência criminal. Uma aplicação que se há de constatar concretamente naquelas situações de real proteção do bem jurídico. E legitimidade haverá aí, pois uma decisão legislativa ou judicial que opte pela proteção proporcional e subsidiária do bem jurídico, ainda mais aquele com relevo constitucional, em casos de necessidade, estará muito próxima daquilo que se poderia depreender como justiça. E assim, o problema de saber como deve um Estado ser configurado para viabilizar o conhecimento do direito justo deixa de ser uma questão de mera crítica da Constituição, para se converter em elemento de uma dogmática construtiva, nos limites intransponíveis do texto constitucional, dado o seu valor democrático.⁵⁰³ Ademais, o

Direito Penal, devido às sanções que historicamente o caracterizam (e, hoje, a pena de prisão acima de tudo) não se apresenta como um simples factor de organização da vida em sociedade em torno de fins ou valores específicos (tais como um projecto concreto de sociedade ou a realização de quaisquer objectivos políticos).⁵⁰⁴

Poder-se-ia dizer: mas é difícil medir esse critério. De fato, muito há que não se pode medir. Mas há o que se pode sentir. E sentir, de forma muito próxima entre aquilo que é o comum dos homens, que uma lei injusta é aquela que não permite ou

razão de sua ampla popularidade.

⁵⁰³ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 43.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 47.

não realiza a ideia de direito.⁵⁰⁵

E é aí que se começa a aquilatar um pensamento que imbrica numa unidade de sentido, o fundamento, a função e a finalidade do direito penal. Um pensamento que vê na proteção proporcional, subsidiária e necessária daqueles interesses, objetos ou bens relevantes e valiosos, uma função primordial e uma expressão de justiça.

Ou, como diz Sergio Moccia, é preciso um sistema penal que privilegie uma perspectiva de redução da área de intervenção penal, com o respeito aos ditames da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da subsidiariedade, da legalidade e da ofensividade. Assim, será possível evitar talvez o perigo de propagação da ilusão repressiva de caráter emergencial⁵⁰⁶ e se assistirá oxalá à oportunidade de uma política de despenalização válida e plena de legitimação.⁵⁰⁷ E mais, assim não se estará “coisificando” a pessoa. O fato deve ser ofensivo ao bem jurídico, e não útil para outro objetivo.⁵⁰⁸

Uma proteção que, permeada por tais critérios de moderação, equilíbrio e circunscrição, ganhará contornos de legitimidade maior, galgando aquela noção fundamental de justiça. E a realização dessa justiça, expressa por essa noção ponderada e serena, alcançará uma verdadeira paz jurídica. Isto é, a paz jurídica haverá de se alcançar também com a legitimidade de uma decisão justa em direito penal. Assim, não é a eficiência funcional que leva à Justiça, mas é a decisão justa, democrática, sob a égide de um processo penal garantista, que conduz à paz jurídica. Trata-se de uma espécie de força espiral centrífuga, que não leva à Justiça, mas que é alcançada por ela. Não é a eficiência que conduz o ordenamento jurídico à justiça, mas é a decisão tida como justa, num contexto de unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal, que acaba por estabelecer uma ciência penal mais legítima. Uma decisão, seja ela legislativa ou judicial, capaz

⁵⁰⁵ NEVES, António Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo”. In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 44.

⁵⁰⁶ MOCCIA, Sergio. “L’Illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell’Italia degli anni novanta.” *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, ano 5, n. 1, p. 91-92, genn./apr. 1998.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 100.

de zelar pela proteção subsidiária e proporcional dos bens jurídicos mais relevantes, em casos de absoluta necessidade (e assim se retorna à Beccaria, no instante em que afirmava ser legítima só a pena necessária). Até em razão de que o que possibilita a legitimação é a decisão assumida como justa pela comunidade.⁵⁰⁹

Sob essa ótica, o arranque dessa noção a partir da ideia de bem jurídico permite uma construção decente e honesta. Isso em razão de que o direito há de solver os problemas concretos e terríveis que se colocam à sua frente. Problemas que seriam empobrecidos por uma visão neopositivista. Uma percepção que, muitas vezes, confunde o tipo legal com o seu cerne. Uma concepção que não separa texto e norma.

Não se deve confundir, em nenhuma hipótese, o tipo penal com o seu *substratum*, o objeto de proteção. É imperioso que se continue a estabelecer uma diferenciação entre bem jurídico e tipo penal⁵¹⁰, o que não se fez, por exemplo, nos casos já referidos da posse de arma de fogo e do porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal. Importa, sim, é a relação da pessoa com o objeto de valoração.

E assim se deu um passo importante, um passo que permitirá erigir uma noção relevante, mas uma noção que carece de algo mais. Carece de uma ainda maior e intensiva densidade. Mas isso se alcançará apenas com a elevação de uma ideia matriz, capaz de expor um elemento que norteia a criminalização e descriminalização em direito penal.

E qual é tal ideia matriz? É justamente a noção de que o rompimento da relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo é o elemento catalizador primordial para a existência do crime e para o desenvolvimento da ciência penal.⁵¹¹

4.1 Da possibilidade e necessidade de se entender a eficiência a partir da concepção matricial onto-antropológica de cuidado de perigo de Faria Costa

⁵⁰⁹ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 171.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 185.

⁵¹¹ Inegável é que aqui nos estribamos em COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de*

Se a ideia que se quer deve partir da noção de bem jurídico, impõe-se também que ela se estruture de forma robusta. Uma estrutura matriz que norteie o processo de criminalização/descriminalização. É preciso, como lembra Gomes Canotilho, voltar “às raízes ônticas do Direito Penal”.⁵¹²

Uma estrutura que alcance uma tal forma modelar que seja capaz de atingir aquilo que se pretende de forma altaneira, e não aquela ideia utilitarista. Uma estrutura que permita a existência de uma função, a proteção subsidiária dos bens jurídicos em casos de extrema necessidade, sempre com respeito à Constituição, mas também de uma finalidade, a justiça que leva até a paz jurídica. Uma estrutura, por fim, que permita alcançar tudo isso, preservando garantias de forma eficiente.

Conforme o que foi referido antes, uma ideia que não é fácil, mas uma ideia que estimula uma viragem em direito penal, uma ideia que congregue uma dimensão ética, uma dimensão antropológico existencial e uma dimensão mundanal, própria do ser-pessoa.⁵¹³ Uma ideia incapaz de esquecer que “o mais nobre é sempre o mais difícil”⁵¹⁴ e que “sempre há que reconhecer aos homens, entre outros, o direito ao erro, o direito ao seu próprio erro”.⁵¹⁵ Uma ideia, enfim, que reconheça uma função ao direito penal, mas também algumas vertentes decorrentes dessa função.

Conforme antes referido, não é pueril a discussão acerca do que deve ser a eficiência em direito penal. Ainda mais quando o homem atual concebeu a eficiência como algo relevante. Aqui, portanto, se vislumbra uma condição mundanal para a emergência da noção de eficiência.

direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 20.

⁵¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Justiça constitucional e justiça penal.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, ano 14, n 58, p. 156, 152-194. E importante é aqui referir a lição de João Maurício Adeodato, de que “ontologia não é objetologia estática, não significa descrever objetos para o todo e sempre”. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 207.

⁵¹³ Sobre os critérios para a emergência do direito, há de se atentar mais uma vez para NEVES, António Castanheira. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito.” In: _____. *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2, p. 837-871.

⁵¹⁴ NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002. p. 75.

Além disso, percebe-se também a relevância da eficiência nos textos constitucionais e processuais, como os casos já referidos da Constituição brasileira e do Código de Processo Penal português. E aqui há de se reparar numa condição antropológico-existencial para a emergência da eficiência.

Porém, é preciso também verificar que o direito é direito para o homem-pessoa, de modo que uma noção legítima de eficiência deveria levar em conta o ser-pessoa, com seus direitos e deveres. Ou seja, uma dimensão ética. Portanto, cumpre a nós tratar tal tema de forma elevada, pois o homem atual aquilatou a eficiência com um patamar de relevo que não se pode desprezar. Ela, a eficiência, é importante para o homem atual, para o ser-pessoa do presente. Assim, como afirmou, certa feita, Baptista Machado, parece um destino do homem essa permeabilidade da consciência a certa verdade ou valor em cada época histórica, o que se depreende como “um facto radical e irradicável”.⁵¹⁶

Não tratar desse tema com um novo entono seria aceitar a degradação da ideia de direito a um simples meio técnico de organização das massas – simples técnicas destituídas de qualquer verdade subjetiva, para seguir o mesmo Baptista Machado.⁵¹⁷

E aí se impõe referir a concepção matricial onto-antropológica de cuidado de perigo de Faria Costa.⁵¹⁸

⁵¹⁵ NEVES, António Castanheira. “Justiça e o Direito”. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 242.

⁵¹⁶ MACHADO, J. Baptista. “Antropologia, existencialismo e direito.” *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano 11, p. 62, 1960.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 74. Assim, há de ser repudiado aquele neopositivismo antes apontado. Relevante aqui a assertiva de Baptista Machado, acerca da crítica que se há de fazer contra o positivismo e contra o jusnaturalismo dogmático: “Repudiam-se, pois, tanto a atitude do positivismo como a de um jusnaturalismo dogmático. O primeiro, refugiando-se na auto-suficiência da ideia burguesa de segurança, expõe o homem ao perigo de renunciar à sua liberdade e de a perder, de se alienar totalmente, pois, ao fluxo aleatório de forças impessoais, porque lhe retira todo o estímulo de realização daquela liberdade possível que insere na história a iniciativa do espírito e a humanista - a faz uma história humana. O segundo, aferrando-se farisaicamente a um dogmatismo estreito e afirmando-se orgulhosamente na posse de critérios estimativos firmes, imutáveis e indiscutíveis que o libertam da angústia de buscar e de perguntar, pende a transformar-se numa doutrina estritamente conservadora – como aliás a história o comprova - , a eternizar o *status quo* ou, no dizer de LARENZ, a ‘dar como eternos e de validade universal princípios próprios duma concepção temporalmente ancorada’”. *Ibid.*, p. 84.

⁵¹⁸ Como salienta FARIA COSTA, o direito penal tem um sistema, um fundamento (encontrado na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado de perigo), uma função (proteção de bens jurídicos com dignidade penal e com ela, agregadas, a garantia, a segurança e a coesão) e uma finalidade (a realização da justiça para um ordenamento de paz). COSTA, José Francisco

Uma concepção que parte do ilícito-típico como ofensa a interesses objetivos e não a mera violação de deveres ou dispositivos legais e que entende o cuidado como elemento fundamental da convivencialidade humana. Uma noção que recorda Heidegger, citado por Ernildo Stein: “o estar-no-mundo possui a marca ontológica do cuidado”.⁵¹⁹ Um cuidado do eu para consigo mesmo e também um cuidado com os outros, pois só aí, apenas nessa relação única e magnífica para consigo e para com os outros, é que se encontram, como refere Faria Costa, “*a segurança, a ausência de cuidado, a carência de perigo*”.⁵²⁰

Uma concepção que permeia todo o ordenamento jurídico penal e repele uma paupérrima e simplória instrumentalização e simbologização do direito penal. Uma concepção que impõe um imperativo da prudência científica.⁵²¹ Não das ciências naturais, o que o direito não é, mas uma prudência da ciência normativa. Uma concepção que eleva, mais e mais, a pessoa humana e que vislumbra que a criatura humana, como mera substância, também existe no isolamento, enquanto que a pessoa, ao contrário, só existe ‘entre’ as criaturas humanas, razão por que o direito nunca vale para uma criatura humana isolada, mas apenas para uma relação entre criaturas humanas, ou destas últimas com as coisas – numa palavra, para pessoas. De forma que as criaturas humanas só se personalizam se reconhecem as outras como pessoas. Assim o ontológico aqui é preservar as relações entre as pessoas humanas. Eis o indisponível do direito. A criatura humana como pessoa deve conduzir o conteúdo e o proceder jurídico.⁵²²

E, assim, não se trata mais de conceber a eficiência como um critério de otimização da riqueza ou do sistema, mas, sim, de entendê-la dentro de um contexto, dentro de uma unidade de sentido. Uma unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal. O fundamento da relação onto-

de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 19 e ss.

⁵¹⁹ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “ser e tempo” (Martin Heidegger)*. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 87.

⁵²⁰ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 319. Na mesma linha o pensamento de D’AVILA, Fabio. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵²¹ KAUFMANN, Arthur. “Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 93, p. 183-208, p. 193 e ss. 2002.

⁵²² *Ibid.*, p. 183-208, p. 203 e p. 206-207.

antropológica de cuidado de perigo, a função de proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos mais relevantes e a finalidade de realização da justiça e da paz jurídica. E, assim, transforma-se a eficiência, como dito. Agora, como um critério de otimização da legitimidade em direito penal, não mais conduzido por um princípio de promoção da riqueza, mas, sim, de otimização da justiça e de limitação da criminalização e da punibilidade.

E aqui é importante referir que essa relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo encontra sua *ratio essendi* justamente na mediação do já referido bem jurídico.⁵²³

É justamente na mediação do bem jurídico que está o epicentro desse pensamento. É na relação de cuidado do eu para com o outro que se estrutura essa criação. Uma criação que se desdobra posteriormente no tipo penal.

Como diz Faria Costa, os homens sempre puniram institucionalmente os comportamentos que se afastavam da regra ou com ela se cruzavam.⁵²⁴ Sempre foi, através do direito penal, que as sociedades organizadas distribuíram as penas. Por isso, a noção de *ubi societas, ibi crimen*.⁵²⁵ Isto é, foi pelo direito penal que distribuíram um “mal”⁵²⁶, não obstante a generosidade de pretensos fins. O crime, dentro dessa

⁵²³ Assim também para Fabio D’Avila em *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 160.

⁵²⁴ COSTA, José Francisco de Faria. “Habeas Corpus.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 69.

⁵²⁵ Na lição de Faria Costa: “Se a comunidade de homens só atingiu esse estatuto - isto é – só ascendeu à qualificação sociológica de comunidade de homens – através de uma norma de proibição – a proibição do incesto, observação antropológica veiculada de vários quadrantes mas sobretudo sustentada por Levi-Strauss – quer isso significar que o direito penal, enquanto conjunto de normas de proibição, é conatural ao nosso mais profundo modo-de-ser com os outros. O que implica, por outro lado, que se tenha também que ver o crime como uma realidade conatural ao nosso modo-de-ser. Observação ou verificação proposicional que se coaduna ou compagina, sem resto, com a ideia – agora de tonalidade positivista – de que cada ‘sociedade’ está sempre ligada a um determinado tipo de criminalidade ou ainda – talvez de maneira menos impressiva mas nem por isso eivada de menor significado – *ubi societas, ibi jus*. Sendo certo que neste *jus* está, por direito próprio e em lugar fundamental, o próprio direito penal. O que nos permite dizer em sentido translato mas absolutamente legítimo: *ubi societas, ibi crimen*.” COSTA, José Francisco de Costa. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 15.

⁵²⁶ COSTA, José Francisco de Faria. “Um olhar doloroso sobre o direito penal.” In *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 77-78. Entretanto, tal expressão de Faria Costa não deve ser tomada no vazio, posto que assevera tratar-se de um mal da pena secularizado ou mais além: “Com efeito, como compreender um instrumento essencial de realização da nossa vida social que quer evitar o mal do crime - porque o crime, não o esqueçamos, é também um mal - levando a cabo o mal da pena?”. *Ibid.*, p. 78. Porém, pondera: “É óbvio que só a sustentação, por meio de fins ou

ótica, há de ser visto não apenas como o conjunto dos comportamentos legalmente proibidos por uma lei certa, escrita e anterior à prática dos factos (o chamado princípio da legalidade - *nullum crimen sine lege*); em relação ao crime, nessa visão, urge salientar que esses mesmos comportamentos provocaram uma violação de um bem jurídico. Isto é: essas precisas condutas que a lei proíbe determinaram, no caso concreto, uma violação, uma limitação, uma restrição de um direito fundamental de uma outra pessoa (a vítima). O que implica que, sociologicamente, o mal do crime se não deva, nesta ótica, ver, em exclusivo, como a pura violação de um bem jurídico-penal, mas antes como manifestação vivencial de alguém (no caso o infrator) que, de modo voluntário, provoca no 'outro' dor, sofrimento ou mesmo nadificação. Em suma: que provoca na vítima um mal existencialmente vivido, porque existencialmente sofrido."⁵²⁷

Mas como prescrever essa relação de cuidado de perigo? Essa relação que se poderia afirmar como baseada numa axiologia do cuidado, e não numa axiologia do progresso, para seguir a afirmação de Boaventura de Sousa Santos.⁵²⁸

Prima facie, impõe-se esclarecer a relevância dessa concepção matricial de cuidado de perigo.⁵²⁹ É relevante por ser redutora. Redutora como limitadora do espectro de incidência do campo penal. É impossível negar que a ideia de cuidado de perigo limita o direito penal.⁵³⁰ E que deve limitá-lo – e aqui podemos nos estribar

finalidades relevantes de um ponto de vista ético, pode fazer com que o mal da pena tenha uma justificação ou uma legitimidade ético-social e, portanto, torne racionalmente aceitável a aplicação de uma pena. Pensar de outro modo seria qualquer coisa de absurdo e eticamente insustentável. Ou seja: seria conceber que o Estado detinha o poder de punir e o usava arbitrariamente e sem qualquer sentido ou lógica material. Seria a aceitação da mais pura irracionalidade ainda que coberta pela formulação de regras."..."Como já se deixou atrás insinuado, o mal da pena, para não ser unicamente expressão de um puro aumento ou acréscimo ao mal do crime, tem de se justificar como um bem". Ibid., p. 78 e 82.

⁵²⁷ COSTA, José Francisco de Faria. "Um olhar doloroso sobre o direito penal." In *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 78.

⁵²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*: um discurso sobre as ciências revisitado. Porto: Afrontamento, 2003. p. 43-44.

⁵²⁹ Sem "esquecer nunca que o acto de cuidar é muito próprio do homem. É, na verdade, o étimo comum que fundamenta além do direito, inclusive a medicina. Em ambos os saberes a relação de cuidado, a relação onto-antropológica de cuidado de perigo está presente." COSTA, José Francisco de Faria. "O fim da vida e o direito penal." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 144.

⁵³⁰ Faria Costa afirma: "Por isso se vê a fundamentação e a defesa de um espaço livre de direito (*Rechtsfreiraum*) como um corolário da ideia de que a regulamentação jurídica se deve circunscrever ao essencial e, em caso algum, ao acessório da condição humana. Porém, jamais se poderá perder de vista a valoração de que a essencialidade pressuposta haverá de ter sempre uma irredutível dimensão ético-social, pois, se o essencial é determinado pela incondicionalidade de uma autônoma manifestação do ser-diferente, aí não deve penetrar a luz reguladora do direito. Mais do que uma mera construção teórico-explicativa, uma tal forma de perceber o sentido das coisas antolha-se-nos como afirmação de um pressuposto de fragmentação mas, de igual modo, como salutar barreira para a dignificação do próprio

em Mantovani - até

a formulação de tipos penais de modo a assegurar não apenas a não inversão do ónus da prova (como em certos tipos de suspeição) mas pelo menos e em princípio a efectiva *materialidade e ofensividade* do facto: através de crimes de dano, de perigo concreto ou, onde for necessário, de perigo abstracto, mas não de perigo presumido.⁵³¹

E, assim, limitando o direito penal, via de regra, ela aumenta a liberdade, pois permite que outras esferas se responsabilizem por suas “exatas funções” de atuar no campo social para a redução do crime. Dessa forma, realizar-se-á a vida histórica de cada um, vida histórica essa que tem por missão última a realização da liberdade.⁵³²

Poder-se-á afirmar que não, que, ao contrário, ela expande o direito penal

direito. A decepção que acompanha a banalização que a intensa actividade legiferante introduz na consciência colectiva tem de ser compensada pela caracterização de outras formas de perceber, legitimar e criar o jurídico”. COSTA, José Francisco de Faria. “O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 21. Não nos parece desprezível a ideia de um âmbito livre de regulação penal, ainda mais quando se percebe que o direito criminal se deslegitima à olhos vistos, em razão de que muitos o querem como o substituto de agências sociais e estatais. Por isso, não podemos concordar com HIRSCH ao afirmar que tal ideia teria escassa relevância em direito penal ou ainda que tal ideia seria uma forma de fugir dos autênticos problemas da doutrina penal. “El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica.” *Doctrina Penal*, Buenos Aires, jul./sept. 1987. O que nos parece é que o direito penal se reservaria aos casos mais graves, quando de fato houvesse uma efetiva malversação da ideia de cuidado de perigo. Importa aqui lembrar Arthur Kaufmann, ao referir que o âmbito de livre regulação jurídica é aquela doutrina que entende que certas áreas devem ficar sem regulação, porque tal não seria adequada ou necessária. (Ibid., p. 397) Assim, uma coisa é o âmbito livre de regulação jurídica, outra é um espaço livre de legislação ou regulação penal (Hirsch. Ibid., p. 402). Segundo Kaufmann, âmbitos de livre regulação jurídica são âmbitos juridicamente relevantes, valorativamente diferentes, não são neutrais, irrelevantes ou indiferentes (Maurach, Festschrift, p. 336, 1972.) etc. Na verdade, não se trata de deixar de enfrentar nódulos problemáticos de relevo acentuado, mas, sim, de compreender que alguns dos problemas que hoje se atiram no colo do direito penal não são problemas de direito penal, mas, sim, de má gestão do Estado, seja na esfera social (como o uso de drogas, um problema gravíssimo de saúde pública), seja na esfera econômica (como a apropriação indébita previdenciária, que evidencia a fragilidade administrativa do Estado, que traveste o agente do Ministério Público em fiscal de contas), tudo a afrontar uma ideia legítima.

⁵³¹ MANTOVANI, Ferrando. “Sobre a exigência perene da codificação.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 2, p. 151, abr./jun. 1995.

⁵³² MACHADO, J. Baptista. “Antropologia, existencialismo e direito.” *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano 11, p.74-75 e ss., 1960. E aqui se retorna a tão antiga e invencível discussão acerca da liberdade e autonomia do homem. Uma liberdade e autonomia que tornam o ser-pessoa capaz de decidir, de penar, de sofrer, de ser responsável e culpado. E, assim, ainda na senda de Baptista Machado, p. 95-132, 1965. “[...] a nossa humanidade não é um dom gratuito e um privilégio assegurado, mas antes a sua subsistência nos obriga a empenhar-nos num esforço penoso e responsável: o homem tem que decidir, tem que assumir a iniciativa, tem que se arriscar” (p. 112). Daí a busca necessária por uma “raiz ontológica profunda” (Ibid., p. 119), a fim de buscar ultrapassar, com sucesso e segurança, o atual relativismo.

para aqueles casos de perigo abstrato. Pois é justamente o contrário. Ao definir a expressão e o alcance do cuidado de perigo, tal definição se autolimita, sem, porém, atingir uma finitude imobilizante. A partir dessa visão, a responsabilidade só surge quando o homem pisa a linha, a linha que demarca a afetação ao equilíbrio, decorrente de sermos seres em perigo, seres em cuidado-de-perigo que só existem porque são responsáveis perante si mesmos e perante os outros.⁵³³

Prova disso é a circunscrição que deve haver na interface entre a mundividência constitucional e o microcosmo penal.⁵³⁴

A ordem constitucional e a ordem penal são fragmentárias. A ordem constitucional não protege todos os bens jurídicos. Não há uma determinação expressa de ampla criminalização. O direito penal não pode ficar acorrentado e subjugado pela ordem constitucional⁵³⁵,

[...] a Constituição desenvolve, neste particular como em tantos outros, uma função sistemática e uma função de orientação que ninguém ousa contestar; mas daí admitir, como o faz alguma doutrina italiana, que só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional, é coisa que consideramos como manifestamente errada.⁵³⁶

Entender o contrário seria querer dar aos bens jurídicos uma natureza estática e inerte, o que não se coaduna com a realidade onto-antropológica do direito penal.

⁵³³ COSTA, José Francisco de Faria. "A linha. algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de 'técnica' e de 'bio-ética'". In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 35.

⁵³⁴ E importa referir que a praxis pretoriana em *terra brasilis* desconsidera essa mútua relação que deve haver entre a ordem constitucional e a ordem penal. Observe-se, por exemplo, no Brasil, o caso de uma denúncia criminal por porte ilegal de arma de fogo contra um sujeito que tentou o suicídio em sua própria casa, em razão do abandono da esposa (AC 70001945070, 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Amílton Bueno de Carvalho) ou ainda o furto de três painéis e a condenação em um ano de reclusão (AC 70013630520, 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Aramis Nassif, TJRS). Ambos os casos foram reformados pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acessado em www.tj.rs.jus.br, em 10.08.2008. Por óbvio que, em tais situações, as condutas não possuem ofensividade. Mais além, a punição penal padeceria de uma evidente ineficiência, pois a punição não manteria ou reconstruiria uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo, senão que implicaria um asseveramento penal em desfavor desse epicentro valorativo de onde brota propriamente a significância penal.

⁵³⁵ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 189.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 199.

Com isso, não se quer apontar uma desconsideração pelas prescrições constitucionais.⁵³⁷ Ao contrário, quer-se fortalecer justamente aquelas noções expressas e claras de incriminação constitucional (por exemplo, a criminalização da pessoa jurídica, no Brasil, conforme o art. 225, parágrafo 3º, da Carta Constitucional de 1988). Por via reversa, também só se pode afirmar, como bem faz Figueiredo Dias, em referência já expressa, que não existem imposições constitucionais implícitas de incriminação. E, para lá de tudo isso, não se esquece também de que o bem jurídico protegido pelo tipo penal não pode ofender ou fustigar a Constituição. O fato é que “toda e qualquer norma incriminadora, independentemente do respeito formal que constitucionalmente a cubra, não pode desrespeitar os princípios materiais da Lei Fundamental.”⁵³⁸ E, assim, se percebe um duplo efeito da Constituição,

[...] o de ser, em primeiro lugar, o limite material intransponível de qualquer norma incriminadora, mesmo que formalmente correcta e de, em segundo lugar, por isso mesmo, desencadear um esforço de interpretação e aprofundamento que muito têm feito desenvolver a disciplina que todos cultivamos.⁵³⁹

Para tanto, basta revolver os pontos de clivagem já apontados como os crimes de perigo abstrato e a responsabilidade objetiva, além daqueles que se espraiam pelo processo penal, como as penas antecipadas decorrentes de prisões cautelares e as restrições à intimidade, próprias das interceptações telefônicas e

⁵³⁷ Negar a essencialidade e necessidade da relação entre Constituição e direito penal é querer repudiar o mais óbvio. Ter-se-ia que negar a relevante expressão “Constituição penal”, que apela para uma ideia material de Constituição. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 2, p. 10 e ss. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1336 e ss. E, mais além, querer repelir a forte ligação, mas não absoluta, entre direito penal e Constituição é aceitar um paradigma como o brasileiro, de um País de modernidade tardia, que padece, conforme já referimos, da “baixa aplicação” do texto constitucional pelos operadores do direito. Sobre esse ponto: STRECK, Lenio Luiz. “Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004. Veja-se, por exemplo, o caso, hoje já extirpado do Código Penal, de extinção da punibilidade do réu pelo casamento da vítima com terceira pessoa (antigo 107, VIII, do CP), no caso de alguns delitos sexuais. Uma forma de “congelar” a mulher no imaginário do jurista. *Ibid.*, p. 318.

⁵³⁸ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 363.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 363.

bancárias.

Desse modo, a relação matricial de cuidado de perigo define e amolda a intervenção penal para aqueles casos mais excepcionais. Ela reduz a expansão atual da ciência penal. Ela salienta o caráter fragmentário da ciência penal, moldando-o à realidade da vida, ao altiplano que é defender a intervenção penal apenas para aqueles casos mais relevantes, a fim de se proteger, com um agir subsidiário, o bem jurídico.

E essa noção não apenas apregoa a bondade da ideia de bem jurídico, como a qualifica, vendo nela aquilo que se definiria como o mínimo ético dos valores comunitários assumidos.⁵⁴⁰ Como assinala Faria Costa,

A tutela de todos os bens jurídico-penais manifesta-se precisamente como o limite do âmbito do mínimo ético. Assumir-se a representação de um mínimo ético para o direito penal não é, nem de longe nem de perto, querer que o direito penal tutele ou defenda qualquer vector ou segmento de moralidade. É antes dizer que os bens jurídico-penais que se defendem são o património mínimo ético-social que permite que nos assumamos como comunidade de homens e mulheres historicamente situada. Mas também nada menos. O que, por conseguinte - quando olhamos para esse nada menos -, faz com que se possa e deva - sublinhe-se - continuar a afirmar que o direito penal se insere nessa linha de limite em que o mínimo ético é fronteira intransponível.⁵⁴¹

É, por conseguinte, o esgarçamento ou a ruptura da relação onto-antropológica de cuidado de perigo que constitui o “elemento ou segmento fundante para a existência do crime. E esse momento de ruptura, de fractura de convulsão no cuidado genésico só se refaz com a pena. A aplicação da pena, nesta compreensão fundante, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo ”.⁵⁴²

O fato é que, de forma inapelável, somos seres de cuidado. Seres fragilíssimos e

⁵⁴⁰ COSTA, José Francisco de Faria. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 223.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 223.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 224.

carentes. Seres que necessitam do outro como pessoa. Na lição de Faria Costa, “o ‘eu’, por isso, para ‘ser’, exige o cuidado do ‘outro’. Mas, se há cuidado, é porque há um magma, uma turbulência que nos faz frágeis. Fragilidade do ‘eu’ para consigo próprio. Fragilidade do ‘eu’ para com o ‘outro’. Fragilidade do ‘eu’ para com o mundo. E essa fragilidade assume dimensão de ruptura quando há um crime. Aí se dá o desnudamento que exige a compensação de uma pena para que o equilíbrio se refaça. Porque também, só desse jeito, ‘eu’ posso ver, olhar e amar o ‘outro’. Porque, se não houver pena, é impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo. A pena, se quisermos, assume, assim, o papel de reposição, da reprimenda e, por conseguinte, *da eficácia de um bem*. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um bem.”⁵⁴³ Ou como diz Ost, “punir é também recordar”.⁵⁴⁴

E, dessa forma, é na manutenção e na recomposição da relação de cuidado de perigo que está o elemento fulcral capaz de trazer à baila a pena criminal, é

[...] no lugar passado do rompimento da primeira relação de cuidado-de-perigo que está a causa, o cerne de tudo. É, por conseguinte, a partir deste enquadramento, que é ilógico ou incompreensível aplicar-se uma pena dizendo que se o faz na mira de que os outros não pratiquem crimes ou com o fito de repor a validade contra-fáctica da norma. Uma tal projecção teórica admite a possibilidade da punição de inocentes e admite, mesmo que se ponha limite a prática de um facto censurável (punível com culpa), uma medida concreta da pena que ultrapasse, efectivamente, o limite da culpa.⁵⁴⁵

No dealbar dessa construção surge um direito a uma pena justa. Direito a uma pena justa que, para Faria Costa, decorre “da primeira relação de cuidado-de-perigo que nada tem de dialéctico e se entrega antes à espessura do ser que é, em sentido onto-antropológico. A exigência de ‘minha’ identidade de ser-com-os-outros pressupõe que ela também só se efective se ‘eu’, ao ter violado aquela específica e fundante relação de cuidado-de-perigo, reivindique, na total autonomia de ser aberto

⁵⁴³ COSTA, José Francisco de Faria. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁵⁴⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001. p. 128.

⁵⁴⁵ COSTA, op. cit., p. 227.

e em projecto, o direito a uma pena justa.⁵⁴⁶ A ser pessoa responsável.”⁵⁴⁷

Isto é, a relação matricial de cuidado-de-perigo se refaz, em concreto, com a aplicação de uma pena justa. E, em abstrato, com a previsão de uma pena justa, por parte do legislador. E, para além de tudo, importa asseverar que tal pena só haverá de ser imposta ou prevista em virtude da ofensa de um bem jurídico protegido de forma subsidiária.

E, assim, é possível um conceito com legitimidade em direito penal que parte e arranca da ideia de bem jurídico. Um conceito que, de forma expressa e cristalina, impõe a redução do campo de luta do direito penal. Um conceito que apregoa uma redução ética e ponderada da intervenção penal para aqueles casos mais graves e impactantes, quando outros estratos do ordenamento jurídico não forem mais capazes de intervir a fim de proteger o bem jurídico. *Um conceito que vislumbra a finalidade penal como a realização da justiça e a busca da paz jurídica, por intermédio da manutenção, da conservação, do refazimento e da reconstrução da relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo.*

Daí a relevância dessa interface entre a ideia de eficiência e a relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo. O fato é que essa bondosa concepção dá ao direito penal a necessária serenidade que permite o enfrentamento ante a *ratio calculatrix*, o pensamento que nunca para, que nunca chega a meditar. A serenidade que penetra tal pensamento edifica uma visão redutora do espaço penal.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Direito a uma pena justa tem alguns pressupostos: indisponível, natureza de direito humano fundamental, o sentido está na prossecução do bem da pena (no bem que a execução da pena pode fazer), a plenitude da realização se atinge com o cumprimento integral da pena. Para Faria Costa, a concretização do bem da pena se dá na execução, dando-se ao condenado condições para a socialização. *Ibid.*, p. 233.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁴⁸ Inegável que aqui nos embasamos em Heidegger, especialmente no seu discurso em homenagem ao centenário da morte do maestro Conradim Kreutzer. Como salienta Heidegger, há dois tipos de pensamento, o pensamento que calcula e a reflexão que medita. No atual estágio, “o homem é, assim, transposto para uma outra realidade. Esta revolução radical da visão do mundo é consumada na filosofia moderna. Daí resulta uma posição totalmente nova do homem no mundo e em relação ao mundo. O mundo aparece agora como um objecto sobre o qual o pensamento que calcula investe, nada mais devendo poder resistir aos seus ataques.”, de forma que “a evolução da técnica decorrerá cada vez mais rapidamente e não será possível detê-la em parte alguma. Em todos os domínios da existência as forças dos equipamentos técnicos e dos autómatos apertarão cada vez mais o cerco.” Assim, “o pensamento que medita exige de nós que não fiquemos unilateralmente presos a uma representação, que não continuemos a correr em sentido único na direcção de uma representação.” E prossegue Heidegger, afirmando que devemos dizer, simultaneamente, o ‘sim’ e o ‘não’ aos objectos

E, de modo mais direto e significativo, a serenidade desse pensamento é que permite a sua interface com a eficiência. E, de maneira mais precisa, a conexão entre o pensamento onto-antropológico do cuidado de perigo, o bem jurídico e a eficiência. Na prática, a responsabilidade só surge quando o homem pisa a linha, isto é, quando aquela relação é abalada de fato, pois o “nosso modo-de-ser onto-antropológico é o de sermos seres em perigo, seres em cuidado-de-perigo que só existem porque são responsáveis perante si mesmos e perante os outros”.⁵⁴⁹

É o pensamento onto-antropológico do cuidado de perigo que permite trabalhar, legítima e democraticamente, a noção de eficiência para a seara penal, pois ele reduz o espectro penal, permitindo o dizer o sim e o dizer o não para a eficiência em direito penal. O não, para uma eficiência utilitarista e economicista, própria da razão calculadora. E o sim, para aquela finalidade eficiente que busca a justiça e a paz, por intermédio da conservação e do refazimento daquela relação fundamental onto-antropológica de cuidado de perigo. E o sim, também se impõe apontar, para aquela ideia de eficiência que limita a criminalização e a punibilidade em direito penal.

4.2 O direito penal a partir da pena

Erigir uma noção de direito penal unicamente a partir da pena por certo implicaria uma fragilização de conteúdo. E assim se impõe que tal noção não se ligue unicamente, de forma reta e singular, com a pena. Aceitar que se adote uma noção estribada na pena tão somente ou que tenha a pena como norte solitário é ceder à tentação utilitarista pura do direito penal e para a problemática ideia de

técnicos. E o dizer o sim e o não ao mesmo tempo é o que se define como “serenidade”. Assim, finaliza o filósofo: “A serenidade em relação às coisas e a abertura ao segredo são inseparáveis. Concedem-nos a possibilidade de estarmos no mundo de um modo completamente diferente. A serenidade em relação às coisas e a abertura ao mistério dão-nos a perspectiva de um novo enraizamento. Que um dia poderá mesmo conseguir recordar, de uma nova forma, o velho enraizamento, que agora se desvanece rapidamente. Por isso, o importante é manter desperta a reflexão”. HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 09-27.

⁵⁴⁹ COSTA, José Francisco de Faria. “A linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de ‘técnica’ e de ‘bio-ética’.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 35.

prevenção geral negativa.⁵⁵⁰

O direito penal possui duas estruturas com carácter de fundamentalidade: a pena e o crime.⁵⁵¹ Por isso, impõe-se equilibrar essa relação, a fim de que a ciência penal se coloque numa situação mais qualificada.

Não se recorda, nessa via, que o direito deve ser a integração do homem na comunidade segundo uma dialética de liberdade. É preciso combater a estatização do direito, “pela qual ele tende sempre a identificar-se com o Estado, e o jurídico a confundir-se com o político, como que acabou por renunciar à sua autonomia e a prestar-se a ser um eficaz instrumento da realização de fins exclusivamente ideológico-políticos, pondo-se por inteiro ao seu serviço”.⁵⁵² Conectar o direito penal tão somente com a pena é um meio inegável de atingimento de fins político-ideológicos, próprios de uma cosmovisão que tende para a ideia de “Lei e Ordem”.

Partir-se da ideia de pena para desvelar o que é a justiça se revela complexo. E, mais do que complexo, revela-se potencialmente “perigoso” para as garantias do cidadão. Uma concepção com tal magnitude, haverá por certo de indagar se a pena foi eficiente para diminuir, por exemplo, o número de delitos e de potenciais criminosos. E, assim, o critério para a criminalização de uma conduta não será a relevância de um desvalor de um resultado ou a impactação efetiva sobre o bem jurídico em decorrência da conduta, mas sim a possibilidade e a eficiência de se diminuir, aqui e ali, os índices de criminalidade. E, sob esse aspecto, ao se falar em

⁵⁵⁰ Sem esquecer a crítica de PIRES, Álvaro, de que os ideais morais do Direito penal estão degradados pelas teorias das penas. PIRES, Álvaro. “La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 13, jan./fev. 2004. E mais, pois, ao colocar a pena no epicentro da questão criminal, sem o ilícito-típico, se estaria absorvendo boa parte do pensamento de Jakobs, para quem o sistema deve estar estribado nos fins das penas, ou seja, numa forma de determinação da finalidade preventiva fundada nas ciências sociais. E, ademais, todos os conceitos da lei seriam produzidos pelo legislador, sem ligação entre direito e realidade pré-jurídica. Segundo HIRSCH, que defende a diferenciação de delito de ação perigosa e delito de resultado perigoso ao invés de delito de perigo abstrato e delito de perigo concreto, a concepção de Jakobs encontrou repúdio maciço na Alemanha, já que a pena se deve legitimar pela proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*. HIRSCH, Hans Joachim. “Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 74, jan./fev. 2006.

⁵⁵¹ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 14.

⁵⁵² NEVES, António Castanheira. “O papel do jurista no nosso tempo”. In: _____. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 28.

lançar mão do direito penal para reduzir os delitos, não se estará a falar de eficiência, mas de eficácia, pois, por esse prisma, a redução dos delitos seria o fim ou a missão do direito penal. Eficiência seria alcançar isso com maiores penas e menores garantias, especialmente com certos meios invasivos de prova e com a expansão das prisões cautelares como pretende um direito penal do inimigo ou um direito de terceira velocidade.

E mais, uma visão assim terá, como norte constante e fim específico, a ideia de prevenção geral negativa, com a inevitável desqualificação do valor da pessoa humana na realidade pretoriana. Eis o problema. Trazer, mais uma vez, a ideia de eficiência a partir da pena. Isto é: utilizar a pena contra alguns, a fim de intimidar terceiros para que não venham a cometer os delitos.

Conforme antes foi dito, não se ignora que, vez por outra, poderá ocorrer uma prevenção geral negativa, o que se dará de forma imanente à pena, mormente naqueles delitos do direito penal secundário. Porém, com isso, não se quer dizer que o fim da pena é a intimidação.

Bem ao contrário, conforme dissemos. A pena é uma sanção. Uma sanção que não pode reduzir a condição do homem, mas afirmá-la. Uma sanção que estabelece não apenas a reconstrução e o reequilíbrio de uma relação onto-antropológica, mas afirma o homem-mulher como ser-pessoa.

E, assim, para nós o princípio da retribuição não é o reviver de um primitivismo irracional. Não é um talião reacionário e decadente. Mas, antes disso, é em verdade o “ pilar da mundividência e vivência ética que percorre todo nosso pensamento jurídico. Ou que o princípio da retribuição pode, legitimamente, buscar as suas raízes ou algumas de suas raízes na Ilustração. Ou, finalmente, que a retribuição é a expressão mais lídima das ideias fortes e estruturantes de responsabilidade e igualdade”.⁵⁵³

⁵⁵³ COSTA, José Francisco de Faria. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 209. Como esquecer, aqui, da lição de Bettiol, acerca da ideia de retribuição como algo central em nossa cultura, como expressão de um sentimento de justiça. In BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Parte Generale, Palermo: Priulla, 1950. p. 507-510.

Disso não podemos discordar. Pois, assim, se recoloca o homem-mulher, o ser-pessoa, na sua exata dimensão e altivez, num patamar de convivencialidade comum aos nossos tempos, como um ser responsável e soberano, tornando-o impassível de conduções político-criminais desprovidas de carga axiológica.

Aceita-se, em decorrência disso, uma ideia de retribuição moderada que tenha como eixo central não a vingança ou o talião, mas um “reencontro necessário do ‘eu’ (que é ‘nós’) consigo” – e, por isso, a pena “não é a pura manifestação de um mal mas um bem porque necessário (enquanto pedaço da memória, enquanto chamamento e olhar para factos passados) ao livre desenvolvimento da personalidade”.⁵⁵⁴

Uma ideia de retribuição moderada, necessária, proporcional, excepcional, subsidiária e eficiente, incapaz de desconsiderar o rol de garantias próprias de um sistema penal garantista e democrático, mas, ainda assim, uma retribuição, capaz de manter a pessoa humana com toda a sua dignidade.

E, sob essa ótica, não se repele a existência de eventual prevenção atinente à pena criminal, mas não se a vislumbra, seja positiva ou negativa, como um fim próprio. Como também não se rechaça uma ideia ressocializadora, que tem um carácter de dever estatal, mas não de fim de pena. E, diga-se, um dever estatal de oportunidade, não de imposição ou de inocuização psíquica do condenado. Isso tudo permite manter o ser como pessoa, sem deixar de olhar para o amanhã, sem esquecer que o “poder judicial tem, de maneira premente, que olhar para o passado”.⁵⁵⁵

E importa dizer que, assim, não se está a defender uma ampliação do espectro penal. Bem ao contrário. O que se almeja é recolocar o ser-pessoa num patamar superior, que respeite a fragmentariedade cultural do nosso viver atual, as experiências e opções pessoais, bem como que não atraia para o campo penal aqueles atos que não se alastram para além do âmbito do autor ou do espectro do tipo penal.

⁵⁵⁴ COSTA, José Francisco de Faria. “O direito penal e o tempo.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 183.

⁵⁵⁵ COSTA, José Francisco de Faria. “Em redor do nomos.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 197.

E, acima de tudo, uma visão assim não desconsidera que a história da pena de prisão tem sido trágica e altamente criminógena, especialmente para aqueles setores mais proletarizados. Na lição de Faria Costa, não se pode esquecer de que a pena de prisão se mostra

nos dias de hoje e já de há muito tempo, talvez desde sempre, incapaz de responder os anseios mais profundos da política criminal que envolve a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade (a chamada pena de prisão). Ela é criminógena, dificilmente ressocializa e, por conseqüência, também de forma muito escassa cumpre os desideratos da chamada prevenção especial [...]. E todavia a pena de prisão continua a ser, para o bem e para o mal, a verdadeira pena principal dos sistemas penais europeus.⁵⁵⁶

E completa, asseverando que não haveria perdão nem misericórdia se, um dia sequer, o direito penal faltasse, não aparecesse, mesmo que pelos motivos mais nobres.⁵⁵⁷

E, assim, não se refuta a ideia de perdão ou de desculpa em direito penal. Ao contrário, a possibilidade do perdão e da desculpa não excluem a ideia de Justiça. Aliás, o grande ato de Justiça, vez por outra, poderá estar concretizado no perdão. No perdão concedido não pela vítima, o que seria exigir demais, mas no perdão aplicado pelo Estado, como forma de restabelecer o equilíbrio daquela situação onto-antropológica de cuidado de perigo.⁵⁵⁸ O que se nos antolha que o

⁵⁵⁶ COSTA, José Francisco de Faria. "Um olhar doloroso sobre o direito penal." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 86.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 90. E aqui se deve perguntar: será que todo assassino merece ser punido? Não se quer aqui afirmar a obrigatoriedade de um princípio da diversão ou consenso em tais casos, pois que tais situações, via de regra, exigem um julgamento, e não um acordo ou composição. Mas pensemos no caso de C. A. L. F., que não se recordou de levar o filho até o berçário ao sair para o trabalho, deixando-o dentro do carro por cinco horas, sob o sol, em razão de sofrer grave situação de estresse. O bebê morreu ao sofrer queimaduras de primeiro e segundo grau, tendo o pai entrado em estado de choque ao tentar socorrer a criança. Ou ainda no caso de L.R.S., que recebeu o perdão judicial em julgamento da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por ter ocasionado o homicídio culposo de trânsito de seu próprio tio. Ambos os casos relatados na Revista *Visão Jurídica*, edição 3, São Paulo, p. 30-32, 2008.

⁵⁵⁸ E, por isso, aqui é de se aceitar claramente intitutos como os da anistia, da graça e do indulto, não como beneplácitos desprovidos de valor e instigadores da impunidade, mas como exemplos da afirmação inexorável da dignidade da pessoa humana, aquela única que é capaz do perdão e de, com ele, projetar um restabelecimento do equilíbrio da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Afastar as anistias, os indultos e as graças em direito penal é como impedir o desligamento do passado, um impedimento daquela condição que torna o ser-pessoa justamente pessoa, oferecendo o perdão e construindo um futuro que não se desapega da ideia de tolerância. Um futuro que permite olhar para adiante. Ou como diz Paul Ricoeur, o perdão dá um futuro à memória. RICOEUR, Paul. *O justo ou a*

dever de desculpar, referido por Fernanda Palma, talvez seja uma via de saída, vez por outra, para a manutenção, reconstrução ou refazimento da ideia de cuidado de perigo.⁵⁵⁹

Não há dúvida de que buscar prospectar uma ideia sólida de direito penal só a partir da pena empobrece sobremaneira a nossa ciência normativa. E mais, fragiliza uma noção de eficiência que, muitas vezes, se pretende forte. Por isso, há de ser repelida tal visão, uma visão que parece desconsiderar que os melhores meios para combater o crime estão para além do direito penal. Mecanismos sociais, educacionais, preventivos e de fiscalização muito mais “eficazes” para o atingimento dos fins de diminuição da criminalidade.

4.3 O direito penal a partir do ilícito-típico e de seu especial desvalor de resultado

A partir da crítica anterior, acerca de uma visão do direito penal estribada apenas na pena criminal, há de se formular algo que vá para além disso.

Assim, se a justiça e a paz jurídicas não de ser atingidas pela manutenção ou reconstrução da relação de cuidado de perigo violada ou ameaçada por uma conduta que atenta contra um bem jurídico, e aqui se diz atentar no sentido de lesionar ou colocar em perigo, impõe-se afirmar que, no cerne, no eixo central da questão criminal, está a ideia do “desvalor de resultado do ilícito-típico”.⁵⁶⁰

essência da justiça. Lisboa: Editora Piaget, 1995. p. 183. Sobre um perdão como uma forma de punição simbólica: SANGUINÉ, Odone: “O Direito Penal começa a reconhecer sanções simbólicas também no plano jurídico, isto é, medidas de clemência, de mera abstenção ou renúncia de pena (por exemplo: a ‘dispense de peine’ francesa; a ‘absolute discharge’ inglesa; a ‘absehen von Strafe’ alemã; a admoestação portuguesa; o perdão judicial brasileiro. São sanções de conteúdo apenas moral”. Sem esquecer que hoje, nos delitos praticados pelo usuário de drogas, é possível também a admoestação no direito brasileiro (art. 28 da Lei 11.343/06). SANGUINÉ, Odone. “Função simbólica da pena.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 1, p. 83, jan./mar. 1995.

⁵⁵⁹ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁵⁶⁰ E aqui, mais uma vez, seguimos a ideia de Faria Costa. COSTA, José Francisco de Faria. “Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial.” In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL. *Anais...* Lisboa: Universidade Lusíada, 2000. p. 23.

É a partir do ilícito-típico e de seu resultado que se pode colmatar, de forma clara, a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, esse retrato denso da realidade com dignidade penal. E, muito além disso, é preciso observar que, para o preenchimento devido daquilo que se define como tipicidade, não bastará a assunção dos requisitos tradicionais e da ofensividade, mas, e agora se estará a afirmar algo complexo, haverá de estar presente também essa ideia antes exposta.

Poderá surpreender essa afirmativa. Mas como? O fulcro da questão não é a reconstrução ou a manutenção da relação onto-antropológica do cuidado de perigo? Sim. Mas também é verdade que esse desequilíbrio só se dará em caso de dano ou perigo ao bem jurídico com relevância penal. Tem-se aqui uma eficiência às avessas, isto é, uma conduta que, com o desvalor do seu resultado, rompeu o equilíbrio da relação onto-antropológica de cuidado de perigo e, por conseguinte, é passível de sofrer a consequência jurídico-penal. Trata-se, poder-se-ia afirmar, de um desvalor de cuidado, ou melhor, de falta de cuidado que ocasionou um resultado, um resultado de dano ou de perigo. Uma espécie de desvalor de resultado eficiente para a conturbação da relação primeva de cuidado de perigo.

Um desvalor de resultado que abalou a relação de cuidado de perigo e que deverá se curvar à necessária reconstrução ou manutenção dessa mesma relação, como forma de garantir a justiça e a paz jurídica legítima e democrática.

Por isso, afirma-se que essa visão operará como um pêndulo, num primeiro instante, num extremo, com uma estabilização em concreto ou em abstrato da relação primordial de cuidado de perigo. Num segundo instante, cambiante, operará numa espécie de reversão, acusando o desvalor de um resultado para o ilícito-típico, de forma a demonstrar o malefício ao bem jurídico. Por fim, num extremo oposto, o equilíbrio estará, mais uma vez, restabelecido pela reconstrução ou refazimento daquela primeva relação cindida ou ameaçada, por intermédio da pena ou do perdão.

E aí se impõe afirmar que se poderá aceitar falar em eficiência correlata à pena, mas apenas naquele instante que a pena for efetivamente uma sanção, capaz

de manter ou refazer o equilíbrio da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, num caso específico, concreto, como meio de fazer justiça. Portanto, não se aceita aqui a visualização do homem como um objeto, pois jamais se deverá admitir o direito penal como instrumento da violação da dignidade da pessoa humana. Dignidade da pessoa humana, é bem de se ver, que admitirá, inclusive a aplicação de uma pena criminal, desde que essa mesma pessoa não seja uma coisa, um objeto.

Também importa ressaltar que, ao afirmar o que antes se afirmou, não se estará a considerar como uma categoria irrelevante o desvalor da ação. De forma alguma. Contudo, o que não se pode aceitar, é congregar, numa mesma visão, elementos subjetivos e objetivos unicamente num desvalor de ação.⁵⁶¹

Aqui concordamos com Fabio D'Avila, ao afirmar que, somente através de ambos, desvalor da ação e desvalor do resultado, o ilícito-típico será compreendido em toda a sua complexidade.⁵⁶²

E, dessa forma, será possível observar uma ideia de eficiência em direito penal. Uma eficiência capaz de se alcançar sem a fragilização de todas as garantias conquistadas ao longo dos tempos, aquelas finalidades fundamentais, como a justiça e a paz jurídica.

4.4 A eficiência como vertente necessária da função de proteção subsidiária dos bens jurídicos

Conforme antes se disse, a função primordial do direito penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos com dignidade penal quando sofrem ataques ou

⁵⁶¹ Sobre o desvalor da ação e do resultado, com teor muito próximo, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 44 e ss. Ainda, sobre o tema: ZIELINSKI, Diethart. "El resultado en el concepto final de ilícito". *Doctrina Penal*, año 11, n. 42, p. 283-313. abr./jun. 1988.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 44.

ameaças de grande impactação.⁵⁶³

E essa ideia, embora não seja unânime, é apreciada, em grande medida, pela dogmática penal moderna, conforme também já foi asseverado.

Contudo, essa ideia de proteção subsidiária dos bens jurídicos com dignidade penal não se esgota aí. Daí decorrem outras vertentes que possuem uma relevância nada desprezível.

Vertentes como a garantia, que permite ao cidadão vislumbrar o direito penal como um bloco de resistência àquela tendência inexorável do Estado de malversar os direitos fundamentais a fim de suprir os reclamos da sociedade. A garantia dá ao cidadão a oportunidade de saber quais são as condutas proibidas em direito penal. E assim é possível distinguir o que é e o que não é permitido, o que agride e o que não agride a legislação penal. E, acima de tudo, a vertente da garantia atua como um dique contra o abuso de poder por parte do Estado. Um dique que dá ao direito penal aquela característica fundamental de ordem de liberdade e de ordem democrática.

Mas “paredes meias com a garantia anda a segurança”, como expressa Faria Costa.⁵⁶⁴ A segurança do ordenamento jurídico.⁵⁶⁵ A segurança, que advém da justiça, que é proteger um bem jurídico, a segurança que dá ao cidadão, destinatário das normas, aquela serenidade de poder viver, de bem viver. A segurança, que permite que o “eu” se relacione com o outro e que o aceite. E que aceite também a intervenção do

⁵⁶³ Observe-se que há casos em que a ideia de proteção do bem jurídico está inclusive positivada, como no caso português, o art. 40º do Código Penal.

⁵⁶⁴ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 p. 24.

⁵⁶⁵ Dando à segurança uma abertura ainda maior, qualificando-a não como uma vertente da função primordial do direito penal, mas efetivamente como um bem, encontra-se Alcácer Guirao, para quem, “a segurança é um bem merecedor de protecção, já que o uso e desfrute dos interesses dos cidadãos só pode realizar-se se existe um certo nível de segurança nas suas expectativas”. GUIRAO, Rafael Alcácer. “Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico?.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra ano 15, n. 4, p. 528, out./dez. 2005. Também, para HefendeHL, a segurança coletiva é um exemplo de bem jurídico coletivo. HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-14. p. 1, 2002. Disponível em: <<http://criminnet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007. Já, para Sergio Moccia, “la sicurezza è solo una funzione sociale: dunque il superamento del rischio è destinato ad essere solo simbolico”. MOCCIA, Sergio. “Legalità e flessibilità dell’intervento penale.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 135, jan./mar. 2003.

Estado, não para solapar, fustigar, agredir ou menosprezar aquela função de proteção do bem jurídico e os próprios direitos fundamentais, mas que compreenda a intervenção como metódica democrática de manutenção de direitos e valores comunitários essenciais. Uma segurança que permita o conviver de maneira serena em sociedade, com a consciência de que o Estado, limitado para não usurpar, bem ao contrário, proteja aqueles pedaços da realidade com dignidade penal.

Ainda há, seguindo, mais uma vez, o pensamento de Faria Costa, a vertente da coesão.⁵⁶⁶ Coesão, que permite ao autônomo direito penal a atuação como ente agregador desse *multiversum*, que é o ordenamento jurídico. Uma coesão que vai além da proteção fundamental da vida, da liberdade, da integridade física, do patrimônio, mas que alcança também aqueles valores coletivos essenciais, como alguns bens jurídicos supraindividuais com dignidade penal, como, por exemplo, o meio ambiente. Uma coesão sem a qual se vê enfraquecida a ciência penal.

Mas, para além dessas vertentes, há uma outra. Uma vertente que se nos antolha também como prefacial e de grande significado. Uma vertente capaz de tornar o direito penal mais legítimo e digno, justamente por ser mais circunscrito e objetivo. A vertente da eficiência. Da eficiência a partir de uma unidade de sentido entre uma fundamentação, uma função e uma finalidade onto-antropológicas.⁵⁶⁷

A eficiência não ainda como um valor a ser defendido, isto é, como um bem jurídico autônomo capaz de criminalizar aquela conduta que contra ele se dirige ou que o coloca em risco. Mas a eficiência como uma vertente da proteção subsidiária do bem jurídico com dignidade penal.

⁵⁶⁶ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25.

⁵⁶⁷ Para Baratta, no prefácio à obra de Moccia, o direito penal da atualidade viola os princípios garantistas da Constituição e viola também um princípio de eficiência, em razão de uma lógica de emergência. Para Moccia, garantia e eficiência não devem ser vistas como categorias excludentes: "Garanzia ed efficienza, infatti, nello stato sociale di diritto, lungi dal porsi antitetivamente, rappresentano, congiunte, degli elementi essenziali di riferimento a cui dev'essere informato il perseguimento delle legittime istanze di controllo sociale" [...]. "La tendenza alla depenalizzazione ha avuto un'ampia dimensione tra i Paesi europei; è per lo meno dai contributi di Franz von Liszt che è andata maturando nell'ambito della cultura giuridica l'acquisizione del ruolo di marginalità del diritto penale e, contestualmente, della valorizzazione di altri strumenti di controllo meno costosi sotto ogni profilo e, in definitiva, più efficaci." MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 1 e 21.

Não uma eficiência economicista ou funcional num sentido sistêmico, mas uma eficiência capaz de tolher, ainda mais, o espraiamento e a expansão desproporcional e desarrazoada da ciência penal contemporânea.

Uma eficiência que leve o programa da proteção dos bens jurídicos⁵⁶⁸ mais relevantes com dignidade penal de forma subsidiária, excepcional, fragmentária, àquele grau capaz de afastar a tentação de tudo proteger de maneira meramente formal. Uma eficiência limitadora do direito penal e exponencialmente engrandecedora da liberdade do ser-pessoa.

O que se quer dizer com isso? É que, para cumprir a sua função primordial, o direito penal deverá atuar de maneira mais objetiva e mais circunscrita, afastando de si a tentação de manter ainda, no seu raio de ação, aquelas meras contravenções e contrafações da esfera administrativa, os comportamentos que não extravasem o âmbito do próprio autor, as condutas internas, os comportamentos moralmente minoritários, as meras intenções destituídas de consequências, os meros descumprimentos de mandamentos de caráter administrativo etc.

Ou seja, limitar o direito penal significa torná-lo mais eficiente. Mais eficiente, no sentido de mais circunscrito, mais ponderado, mais objetivo, mais preocupado com as agressões e ameaças efetivamente relevantes. Mais eficiente, por ser capaz de circunscrever o âmbito de abrangência do direito penal àquelas situações efetivamente intoleráveis, quando outras esferas do direito, sejam administrativas, tributárias, cíveis ou de ordenação social não forem capazes de resolver o problema. O que não quer dizer apenas uma ideia de subsidiariedade, mas, ultrapassando essa noção, uma ideia de diversidade, isto é, uma ideia de proteção fragmentada.

E, mais eficiente, por atuar dentro daquela tópica de respeitabilidade das

⁵⁶⁸ “Temos para nós que uma correcta e ajustada compreensão do que seja a prossecução da protecção de bens jurídicos arrasta, inexoravelmente, consigo as funções de garantia, de segurança e de coesão. Mas isto é só um dos lados da realidade. Urge ver e analisar o outro lado. Estas funções, aparentemente laterais ou acessórias, só ganham ressonância prática, no momento histórico presente, se se pensar um direito penal a partir da ideia de fragmentação em que cada fragmento da incriminação só tem sentido se estiver sustentado no pressuposto de, desse jeito, se estar a proteger um determinado bem jurídico.” COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 25.

garantias individuais, como a presunção de inocência, a intimidade, o devido processo, a ampla defesa, o contraditório, o *nemo tenetur* e a vedação da prova ilícita. Tudo sempre de forma proporcional, adequada e razoável. É um erro pensar que a vertente da eficiência – ao menos essa de que se trata – , em direito penal, é geradora de uma expansão punitiva e de um esfumaçamento de garantias. A limitação do direito penal e o equilíbrio do processo penal é que os tornarão mais eficientes. Uma limitação no sentido de refrear a ânsia de punição de condutas meramente preparatórias, de meras condutas desprovidas de significados, de supostos perigos ocorrentes apenas na psiquê do legislador, enfim, daquelas preocupações, por vezes bem pueris, que percorrem algum *leitmotiv* atual das ciências penais, decorrente das “incertezas” da sociedade de risco.

Assim ocorrendo, não há dúvida de que se estará diante de um direito penal mais limitado em seu tamanho, mas também mais ousado e, por conseguinte, mais legítimo, mais respeitado, mais digno e mais capaz de atingir aquela finalidade essencial de realização da justiça e da conseqüente paz social.

4.5 A busca da justiça e da paz jurídica como finalidades de um direito penal eficiente

Se, há pouco, dissemos que a finalidade de um direito penal legítimo deve ser o alcançamento da justiça e da paz jurídica, então, uma explicação se impõe.⁵⁶⁹ Por certo que se indagará: que justiça? Que paz jurídica? E aí se impõe uma pausa, capaz de explicitar o que tais ideias significam para nós.

⁵⁶⁹ É relevante que uma ideia de justiça e paz também se percebe no instante em que se trata do tema da chamada Justiça Transicional. Segundo Kai Ambos, “experience, shows that the quest for Justice often conflicts with the mostly official efforts towards peace. Indeed, TJ aims at ensuring Justice and peace at the same time but refraining from criminal prosecution and/or punishment seems sometimes necessary to facilitate a peaceful transition (par 3), the issuing of an amnesty being the most important technique of exemption from criminal prosecution (par 5). In any case, whether the absence of criminal prosecution contributes to reconciliation depends on the framing of this concept and the circumstances of each case (par 4). AMBOS, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice: A systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: _____; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Ed.). *Building a future on peace and justice. studies on transitional justice, peace and development The Nuremberg Declaration On Peace and Justice*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 19.

Uma pausa que sirva como reflexão sobre esse problema de monta da ciência penal, mas não só dela, sempre dentro de um contexto de pensamento que tem a pessoa humana na sua centralidade.

O fato inegável é que a ligação entre justiça e direito e a ideia de paz jurídica não é de agora e nem de ontem, mas acompanha a humanidade e os ordenamentos jurídicos já há muito tempo.⁵⁷⁰ Na lição de Karl Larenz, a filosofia ocidental está sempre a tratar desses dois pontos de vista, a paz jurídica e a justiça, pontos esses que, para ele, são também os fins últimos do direito.⁵⁷¹

Há, dessa forma, um contato frutífero e constante entre direito e justiça. Aí se percebe uma relação de constância e permanência, um permanente diálogo entre direito e justiça, como afirmou também Castanheira Neves.⁵⁷²

Um diálogo que vem de antes dos romanos, para quem o *ius* e o *justum* eram a mesma coisa. O direito deveria corresponder à natureza, à equidade e à justiça.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Para uma síntese de muitos conceitos e concepções de justiça, leia-se KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵⁷¹ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 41-42. Para Larenz, a paz e o direito aparecem juntos, pois o direito traz a paz, e a paz é o pressuposto do desenvolvimento do direito. *Ibid.*, p. 43. A ideia de paz não traz apenas a noção de ausência de guerra ou de neutralização, mas também de relevância do direito na relação entre os homens. Já a justiça, assinala Larenz, que “está na boca de todo o mundo”, também adquiriu uma variedade de conceitos. Dentre as várias noções de justiça, refere Larenz, há como que um traço comum, pois se elas não definem propriamente justiça, podem servir de ponto de partida para a sua definição. Assim, para Perelman, justiça é atribuir um tratamento igualitário para aqueles que estão em condições iguais. Para Henkel, justiça é dar a cada um o que é seu e tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Engisch fala das tradicionais ideias de igualdade, proporcionalidade e equivalência. Já Rawls admite que homens com ideais diferentes de justiça podem estar de acordo em que as instituições são justas, se ao atribuir os direitos e os deveres fundamentais, não se estabelece uma diferença arbitrária entre os homens e se as regras produzem um equilíbrio significativo entre as pretensões concorrentes para o bem da vida social. (p. 46/48/49). E assim Larenz traz a ideia de equilíbrio e moderação. Uma ideia que é recorrente quando se está a tratar desse tema. E assim, a paz jurídica e a justiça estariam estabelecidas numa relação dialética e se condicionariam reciprocamente. *Ibid.*, p. 51. Também, colocando a paz como a finalidade do ato de julgar, veja-se RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Editora Piaget, 1995. p. 167.

⁵⁷² NEVES, António Castanheira. Justiça e o direito. In: _____. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 254.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 255. Também importantes as referências de Faria Costa acerca da confluência entre certeza do direito, segurança jurídica e equidade para a edificação de uma ideia de justiça, bem como a consideração acerca da evolução da ideia de paz jurídica. Seja aquela paz jurídica dos gregos, uma paz como um estágio, capaz de atingir novos valores, seja a paz dos romanos, tão elevada que poderia ser alcançada pelas armas ou ainda a paz dos germânicos, possível pelo consenso. COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 146-147. E, de forma mais pormenorizada, também de COSTA, José Francisco de Faria “A caução de bem viver. um subsídio para o Estudo da evolução da prevenção criminal”, *Separata de: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v.

O problema entre justiça e direito também se colocou na Idade Média. E, inserido esse tema naquele contexto, encontrou-se a solução numa resposta tomista: o direito é *objectum justitiae, res justa, quid justum est* (S.T.I., 2ª, art. 1º). Ou, como já citamos, em Santo Tomás de Aquino:

A força da lei depende do nível da sua justiça. E tratando-se de coisas humanas, a sua justiça está em proporção com a sua conformidade à norma da razão. Pois bem, a primeira norma da razão é a lei natural [...]. Por conseguinte, toda lei humana terá o carácter de lei na medida em que se deduza da lei da natureza; e se se afasta em qualquer ponto da lei natural já não será lei, mas corrupção das leis” (S.T.I., 2ª, 95, art. 2º).⁵⁷⁴

Também e de forma relevante, assim se deu com o iluminismo, por intermédio da busca de uma justiça humana autônoma, o que fez com que não desaparecesse

21, 1980. Não se pode esquecer de que inclusive na representação simbólica de justiça, havia diferença entre gregos e romanos, por exemplo. Os gregos “colocavam a balança com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa *Diké*, filha de *Zeus* e *Themis*. Na mão direita, segurava uma espada, tendo os olhos abertos e estando em pé dizia o justo quando os dois pratos estivessem em perfeito equilíbrio. Daí surge a noção de igualdade, de isonomia expressa pelo equilíbrio entre os dois pratos da balança. A espada simbolizava a força para que a determinação da deusa *Diké* fosse efetivamente cumprida. Já os romanos colocavam a balança, que tinha os dois pratos, mas não o fiel, nas duas mãos da deusa *Iustitia*. Ela dizia o direito quando os dois pratos estivessem perfeitamente equilibrados. A deusa romana tinha os olhos vendados e expressava a força e o dever para o cumprimento da sua decisão por intermédio da firmeza com a qual segurava a balança e equilibrava os pratos, sem o auxílio do fiel. A partir do momento em que a deusa *Diké* tinha os olhos abertos, verifica-se que a visão era o sentido mais importante para os gregos. Isso justifica o emprego da seguinte classificação: ‘filosofia grega’. Esse povo estava mais vinculado à teoria e à criação de conceitos que pudessem ser aplicados a diversas situações. Não estavam muito preocupados com a situação concreta. Os romanos, pelo contrário, quando vedavam os olhos da deusa *Iustitia*, priorizavam a audição. Quer dizer, importava é saber ouvir e atender o pedido, independente de quem o formula. Com a maior importância sendo dada à audição, simbolizam a preocupação com a prática e o caso concreto. Não pretendiam teorizar, ou seja, construir soluções que pudessem simplesmente ser reproduzidas, mas buscar a solução mais adequada e justa em cada caso, preservando a igualdade das partes envolvidas”. ENGELMANN, Wilson. *Princípio da Igualdade*. São Leopoldo: Editora Sinodal, 2008. p. 18-19.

⁵⁷⁴ NEVES, António Castanheira. “Justiça e o direito.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 256. E não se pode esquecer também de SANTO AGOSTINHO e sua máxima: “Odeia o delito, mas ama o delinqüente”, sem deixar de lado a suas afirmações sobre justiça e humanização das penas, tais como “Sin justicia en gran escala no puede gobernar-se, ni aun puede subsistir una republica. Desde el instante en que el poder se indispone con La justicia, son concebibles los más siniestros planes o las determinaciones más tiránicas de los detentadores Del mismo. Por ser virtud comprensiva de todas las demás y otorgadora de lo suyo a cada cual, sin fraude ni gracia. La ausencia de ella en sus administradores abre el boquete a todos los excesos”...”Asimismo, siendo justo el Jefe de un Estado, no debe proceder con extremado rigor en el castigo de la delincuencia”. RIOCEREZO, Jose Maria Lopez. “San Agustín, precursor de la ciencia criminal moderna.” *Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales*, t. 8, fasc 1, p. 49, enero/abr. 1955. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

a ideia de vinculação do direito com a ética e com uma intenção de justiça.⁵⁷⁵

Só com o positivismo, posteriormente, é que o direito se afastou da ideia de justiça. Basta ver a crítica de Hans Kelsen aos conceitos de justiça:

Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque eles são constantemente confundidos no pensamento político e na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência de permitir que o Direito positivo afigure-se como justo. Em vista dessa tendência, o esforço para tratar o Direito e a justiça como dois problemas diferentes incorre na suspeita de dispensar a exigência de que o Direito positivo deva ser justo. Mas a Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de ser dado Direito justo ou não como a questão mais fundamental do que constitui a justiça. A Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente.⁵⁷⁶

O que se pretende, portanto, é explicitar que tais concepções são prementes e pungentes ao direito. O direito não pode viver sem a busca constante, trabalhosa, difícil e penosa dessas ideias de justiça e paz jurídica, sob pena de perder a sua própria legitimidade.

Conforme se viu, a legitimidade de um direito penal muito provém de uma lei justa ou de uma decisão justa, afirmadora de um processo e de instituições democráticas. A autoridade da lei depende de sua justiça ou, pelo menos, de sua habilidade em garantir a justiça, como aduziu John Finnis.⁵⁷⁷

E assim é que se encontra uma autêntica legitimidade. Uma legitimidade que se fortalece com a justiça e que se otimiza numa unidade de sentido entre o

⁵⁷⁵ NEVES, António Castanheira. “Justiça e o direito.” In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 257.

⁵⁷⁶ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 261-262. Sem esquecer ainda a passagem em que Kelsen, de certa forma, não deixa de acreditar numa certa ideia de justiça: “não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim, uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.” *Ibid.*, p. 25.

⁵⁷⁷ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 255.

fundamento de recomposição da situação onto-antropológica de cuidado de perigo, a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos penais e a finalidade de busca da Justiça e da paz jurídica. É no adensamento entre esses relevantes caracteres do pensamento onto-antropológico desenvolvido por Faria Costa que se poderá detectar uma otimização da legitimidade em direito penal.

Ou seja, quanto mais uma decisão é tida como justa - como justa não apenas em sentido material, mas também em sentido substancial - , mais essa decisão se fortalece, pois, dentro dessa unidade de sentido antes referida, ela haverá de ser uma decisão voltada para a proteção subsidiária de um bem jurídico relevante do ponto de vista penal e para o refazimento ou manutenção daquela situação onto-antropológica de cuidado de perigo, o fator preponderante para a intervenção penal.

E antes que se diga que, por ora, se está a andar em círculos, quando o que se está a fazer é apenas clarificar uma concepção, urge que se aponte, afinal, o que viria a ser essa finalidade de alcance da justiça e da paz jurídica que acabaria por tornar a ciência penal mais legítima.

Também não se deve esperar, e a isso não nos propusemos, um conceito fechado de justiça. Não. Como disse Ronald Dworkin, talvez não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça.⁵⁷⁸

É bem mais difícil conceituar o que seria justiça, do que aplicá-la no caso concreto, como operador do direito. Não que seja fácil essa tarefa. Mas é uma tarefa concreta, que enfrenta os problemas reais e terríveis da seara criminal. Essa é a tarefa do jurista. Como salientou Karl Larenz, “la tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos”⁵⁷⁹, pois

la paz jurídica no está asegurada, si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho

⁵⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 92.

⁵⁷⁹ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 19.

con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia.⁵⁸⁰

Assim, é ali, nos autos do processo, em meio ao bramido dos dramas humanos, que se aponta, como mais relevante, a realização da justiça. E assim entendemos também, por uma questão primordial de empenhamento acadêmico.

E uma afirmação assim não é privilégio nosso. Como salienta Castanheira Neves,

Sempre que se pretenda enunciar o princípio da justiça numa qualquer fórmula ou critério que o objectivasse em absoluto e uma vez por todas, sempre se teria de concluir que apenas estaríamos na presença de um princípio só formal, perante uma fórmula vazia, se não mesmo perante uma *petitio principii*. É o que na linha de um pensamento e de uma crítica que vem muito de trás – já o haviam dito Kant, Simmel, entre outros – se propuseram demonstrar recentemente, de modo sistemático Kelsen e Perelman.⁵⁸¹ Não se nos peça, pois, que demonstremos racionalmente (em termos de pura racionalidade) a justiça, ou o sentido da justiça e a intenção normativa que lhe corresponde. Apenas se nos pergunte se a justiça tem sentido para nós homens, na compreensão significativa de nós próprios – e homens nesta nossa coexistência, agora neste tempo, a enfrentar aqui os nossos problemas.⁵⁸²

A definição, ou a conceituação de justiça, se é que seria possível encontrá-la, não é, por conseguinte, o objeto do presente trabalho. Porém, ainda que não se pretenda conceituar ou titular o que são a justiça e a paz jurídica, não se pode esquecer de que essa é uma preocupação constante do pensamento jurídico. Uma preocupação que sabe que o afastamento dessas ideias pode perverter as mais sólidas concepções de um sistema racional e democrático.

Com razão, Faria Costa quando afirma que

⁵⁸⁰ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 51.

⁵⁸¹ NEVES, António Castanheira. “Justiça e o direito.” In: _____. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 269.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 272.

A interpretação que pressupomos, a interpretação que o direito penal exige tem de ter um enquadramento em uma solução justa' [...] [...] não a solução que não cumpra as leis e as regras de as aplicar. Mas antes a solução que cumprindo as leis se afirma como um acto de pacificação, se mostra no seu tempo como uma solução justa. ⁵⁸³

E, então, mais uma vez, importa demonstrar que, por trás ou sob a capa das mais variadas noções, há uma recorrência de entendimentos. E a recorrência se dá em razão de que, em variadas e relevantes concepções de justiça e de paz jurídica, se pode encontrar as ideias de pessoa humana, equilíbrio, moderação, equidade, prudência e medianidade.

Ora, desde a ideia de John Rawls, de Justiça como equidade⁵⁸⁴, passando por um direito como integridade, de Ronald Dworkin⁵⁸⁵, ou ainda por John Finnis e a sua concepção da pessoa como elemento primeiro da ideia de justiça⁵⁸⁶, o que se depreende é uma certa circularidade para com os conceitos de prudência, moderação, equidade, proporcionalidade etc.

E a nós nos parece que não devemos nos afastar, no todo, dessas ideias de equidade, prudência, ponderação e medianidade para fazer a justiça e alcançar a paz jurídica.

Se a nossa concepção está estribada na ideia de cuidado de perigo, de cuidado de perigo essencialmente centrado na pessoa, não há como escapar dessas concepções e inclusive de uma mesótes aristotélica.

Se vemos o direito, essencialmente o direito penal, como elemento da nossa humana condição social, não se pode repelir ou rejeitar, de plano, as ideias de Aristóteles. Se a pessoa é um valor supremo, se o homem é portador de um valor

⁵⁸³ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 137.

⁵⁸⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

⁵⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 482 e ss.

⁵⁸⁶ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 61.

absoluto, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe⁵⁸⁷, a justiça, que é toda a virtude somada⁵⁸⁸, estará no equilíbrio, na mediania⁵⁸⁹, no proporcional, na prudência.

Por isso, impossível é, para nós, o afastamento dessa ideia de justo.

O justo, nesse sentido é, portanto, o proporcional, e o injusto é aquilo que transgride a proporção. O injusto pode, assim, incorrer no excesso ou na deficiência (no demasiado muito ou no demasiado pouco), o que é realmente o que percebemos na prática, pois quando a injustiça é feita, aquele que a faz (o agente) detém o excessivo do bem em pauta, e a vítima da injustiça detém o deficiente ou insuficiente desse bem.⁵⁹⁰

O correto, o justo, portanto, é essa equidade, essa proporção, essa mediania, essa prudência na criação e aplicação do direito, sempre dentro de um parâmetro constitucional e dos princípios fundamentais do direito penal. Uma ponderação e uma mediania que evitem o excesso e a deficiência.⁵⁹¹

Embora se tenha procurado estabelecer um norte para uma concepção de justiça e paz jurídica que se pretende alcançar, é bem possível que, tal qual Trasímaco⁵⁹², se entendam por insuficientes as noções aqui trazidas.

Ocorre que, para nós, *o criar e o aplicar as leis com ponderação, com equidade, com prudência, com mediania, sempre nos limites dos princípios*

⁵⁸⁷ NEVES, António Castanheira. "A Justiça e o Direito". *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 280.

⁵⁸⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007. p. 148.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁹¹ E aí é irrefutável que estamos a trabalhar dentro de um pensamento aristotélico, arrimado na prudência e na temperança. *Ibid.*, p. 177. Sem esquecer que temperança, na frase socrática, é um freio aos prazeres e às paixões. PLATÃO. *A República*. São Paulo: Atena, [194-?]. p. 164. (Biblioteca Clássica).

⁵⁹² Como se lê na obra de Platão, Trasímaco critica Sócrates por não apresentar, de forma cabal, um conceito de justiça: "Se realmente desejas entender o que é a justiça, não te limites a levantar questões e refutar espetacularmente as respostas que se lhes dão – pois bem sabes que é mais fácil fazer perguntas que achar-lhes resposta – mas responde-me tu mesmo e dize-me o que entendes por justiça, e não me venhas defini-la como obrigatória, ou vantajosa, ou proveitosa, ou lucrativa, ou conveniente; mas, seja qual for a tua definição, formula-a clara e precisa; e não tomarei a sério tua resposta, se me saís com baboseiras das tuas". *Ibid.*, p. 25.

fundamentais do direito penal, como a legalidade, a culpabilidade, a intervenção mínima, a ofensividade, bem como dentro daqueles marcos estabelecidos pela Lei Maior, apresentam-se como características fundamentais para a justiça e a paz jurídica.

E, assim, a justiça e a paz jurídica se ligam de forma indissociável, como autênticas finalidades de um sistema de pensamento que tem, na pessoa humana, o seu magma e, na manutenção da vivificação da relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo de Faria Costa, o seu fundamento.

4.6 A eficiência em direito penal como otimização da legitimidade num contexto de unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal

Se a eficiência pode ser vista como uma forma de otimização da legitimidade a partir de uma unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal, o que defendemos, então, é a afirmação do fortalecimento de uma ideia de ciência penal que mantém antigas e tradicionais conquistas, mas que está aberta para o futuro. Mas não só isso. É também a afirmação dessa noção de eficiência como valor limitador da criminalização e da punição em direito penal. Assim, ao mesmo tempo em que se mantém e se fortalece uma ideia que possui um fundamento digno, que exalta a noção de pessoa como centralidade, justamente no instante histórico em que o homem é um objeto, a relação onto-antropológica de cuidado de perigo referida por Faria Costa sustenta a proteção subsidiária dos bens jurídicos individuais e supraindividuais. E, por fim, busca alcançar, como ponto de chegada, a paz jurídica e a justiça.

Mas falemos, de forma bem clara, de dois exemplos que elucidam o que estamos a afirmar.

Veja-se o caso da punição penal do usuário de substâncias entorpecentes. Do ponto de vista da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, a conduta do

usuário revela uma ausência de cuidado. Uma ausência de cuidado para com sua saúde, com sua integridade, uma ausência de cuidado, entretanto, que não transborda e que não ultrapassa o âmbito do próprio autor. Uma ausência de cuidado que, por conseguinte, não alcança dignidade e eficiência penal. Não se trata, portanto, de repelir aquela conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, que pune criminalmente o usuário de drogas, embasando-se no fato de que a punição aqui seria injusta. Não. No caso em apreço, não há um descuido com o outro e tampouco uma afetação ao bem jurídico “saúde pública”. Há, assim, na criação desse tipo penal, uma desarmonia entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal, de forma que a sua legitimidade se enfraquece sobremaneira.

O contrário se dá, por exemplo, quando se trata de um homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro. Há ali um exemplo forte de ausência de zelo pelo outro, uma ausência de cuidado, há o esfacelamento dessa relação onto-antropológica, como também a destruição de um bem jurídico, a vida. E, para além disso, há, também aí, um exemplo de conduta que afeta, da forma mais grave a paz jurídica e que reclama, de forma inegável, a busca pela pena criminal, como forma de realização de justiça, que seja ponderada e razoável. Há aí um equilíbrio, uma harmonia entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal. Uma harmonia que retrata a eficiência do direito penal nessa situação.

A eficiência é, assim, uma forma de otimização da legitimidade do direito penal no instante em que significa uma evidente harmonia entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal no instante da criação e da aplicação desse mesmo direito.

E é isso que não se vê em geral, seja na elaboração das leis penais, seja na aplicação dessas mesmas leis. Via de regra, o que se percebe é uma espécie de neopositivismo conservador, que simplesmente atenta para o aspecto formal das leis penais, esquecendo a necessidade de indagações fundamentais: está a se reafirmar uma relação onto-antropológica afetada pelo delito? Qual o bem jurídico violado ou colocado em perigo nesse caso concreto ou por essa norma? A paz jurídica e a justiça estão a ser feitas nesse caso? Não se pergunta acerca da eficiência que pensamos, não se pergunta da legitimidade e eficiência da criminalização ou

punição de uma determinada conduta.

Ponderar sobre tais questões é que importa cada vez mais. A solução dos casos penais não exige mais apenas um reconhecimento da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade, mas também que haja um fundamento, uma função legítima e uma finalidade concreta, para que, de fato, haja legitimidade e eficiência da criminalização ou da punição penal.

Não pensar assim seria o mesmo que se deixar abater nesse momento terrível em que a ideia de pessoa humana decai, seria desconsiderar que o direito impacta o agora e o amanhã, quer se queira, quer não se queira, nesse instante histórico em que o direito penal parece estar na encruzilhada entre um funcionalismo mais dilatado e duro e um garantismo mais constricto e frágil.

E assim, também, não se decai para uma ideia de eficiência que almeja apenas reduzir delitos ou maximizar a riqueza, uma ideia em que não encontramos possibilidade de legitimação.

Pode não ser tudo, mas já é um caminho para a manutenção de garantias de um autêntico Estado Democrático de Direito, com os pés no presente e os olhos no hoje e no amanhã.

4.7 Para uma densificação de conceitos. A eficiência como mais um critério limitador da criminalização/descriminalização e da punição/não punição em direito penal, a partir da teoria onto-antropológica de Faria Costa

Se, como afirmamos, a eficiência pode ocasionar uma otimização da legitimidade em direito penal, a partir desse encontro transversal entre fundamento, função e finalidade, no equilíbrio da proteção subsidiária que se deve fazer dos bens jurídicos mais relevantes, para manter intocado ou recomposto um fundamento onto-antropológico, para com isso chegar à justiça e à paz, é transcendental que essa questão seja profundada.

A construção da eficiência, como critério limitador da criminalização e da punibilidade, exige um esforço de densificação, que não é pequeno. E, não é insignificante, pois impõe a visualização dessa categoria num patamar de realce e relevo que permeia toda a figura da doutrina geral do crime.

Sem esquecer que, cada trajeto que se constrói na ciência jurídico-penal, está tocado pelo momento histórico. Momento esse que se modifica e avança ou recua, conforme os embates históricos. E, nesse entrelaço constante, é que se coloca a questão da eficiência. Ela foi trazida por esse momento. Foram os tempos atuais, como antes afirmamos, que jogaram a eficiência para dentro do direito penal. Não foi uma *elucubração nefelibata*⁵⁹³, de que falou Faria Costa, mas, sim, o esforço para a aplicação de mais um critério de legitimação/deslegitimação que repercute sobre a realidade da vida humana e sobre os direitos das pessoas.

E, mais, essa abertura para a *eficiência onto-antropológica* permite uma nova pergunta acerca da legitimidade de determinadas criminalizações ou descriminalizações, sempre à luz de um fundamento claro, uma função específica e uma finalidade direta.⁵⁹⁴

⁵⁹³ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 180.

⁵⁹⁴ E, assim, seguimos na linha de Faria Costa, como forma de estruturar essa eficiência a partir de uma base muito sólida e, em nossa visão, verdadeiramente medular para o atual momento histórico das ciências penais. Poder-se-á dizer que, esse novo critério de legitimação, erigido a partir desse pensamento onto-antropológico, seria complexo e difícil. Ainda que fosse assim, isso faria parte da ciência penal. Mas, em que pese uma certa complexidade, essa eficiência é trazida a partir das categorias senhoriais desse sistema onto-antropológico. Portanto, vem bem calçada, vem forte, em que pese a mudança e a novidade que traga consigo. A grande e notável questão que se coloca é a construção de uma ideia de eficiência que não pode desprezar, desde o instante da criminalização até o momento da punição (por isso, afeta tanto o legislador quanto o “intérprete e operador” do Direito), aquelas questões pungentes do direito penal: seu fundamento, sua função e sua finalidade. Só a partir da indagação da existência de um fundamento, do cumprimento de uma função e do atingimento de uma finalidade, é que se pode afirmar, de maneira mais elevada, se esta ou aquela norma penal é eficiente, seja *in abstracto* ou *in concreto*, na prática forense. Como disse Faria Costa: “O direito penal, tal como qualquer outro ramo do *multiversum* jurídico, nunca deixou de se transformar...Na verdade, sempre os conteúdos se alteraram e alterarão ao longo dos tempos, da mesma forma que não ficaram nem ficarão estáticos os modos de perspectivar e compreender o direito. Dir-se-á mesmo que qualquer modificação em um daqueles pólos referenciais (isto é, qualquer alteração sobre o conteúdo e o modo de o perceber) arrasta ou implica – por certo, a maior parte das vezes não imediatamente – uma mudança no outro termo. É, pois, este constante fluir que tem que ser percebido, não como algo degenerativo que torne a ciência do direito penal insuscetível de apreensão e captação metódicas mas, ao invés, como um dado em relação ao qual devem ser afeiçoados os instrumentos de análise e compreensão. A mutabilidade em si mesma e, fundamentalmente, os seus níveis de variação, devem ser apercebidos como uma outra qualquer qualidade, certamente específica, que reivindica para si um modo de olhar diferente. Porém, para que o mutável, a variação, se não dissolva em formulações incoerentes e sem conteúdo prático, urge que a repensemos através do horizonte que a legitimidade lhe empresta. Utilizando uma formulação extraordinariamente simples, diremos que ao operar-se a variação, a atitude do espírito mais curial estará em perguntar pela legitimidade da variação. Por outras

Assim, não nos parece que uma categoria como a da eficiência se possa considerar apenas num tópico ou numa categoria conceitual da teoria do crime, mas, sim, que seja percebida em verdade como um critério. Um critério firme para nortear uma *criminalização/descriminalização* ou também *punição/não punição* em direito penal.⁵⁹⁵ É bem verdade, não um critério único, mas mais um critério capaz de propiciar um avanço da legitimidade em direito penal.⁵⁹⁶

Pensemos propriamente no instante da criminalização. Não poderia se apartar, por aqui, da ideia de bem jurídico, seja coletivo ou individual. Da mesma forma, também não se poderia desprezar, de antemão, a ideia acerca da fragilização da relação de cuidado de perigo, como também não se apresentaria como eficiente, uma criminalização sem um traçado de justiça que buscasse a paz jurídica.

palavras ainda: há que questionar as razões – institucionais, de ponderação valorativa, de dogmática definição rigorosa, de técnica legislativa – que levaram o legislador, por exemplo, a criar uma nova incriminação, como há, do mesmo passo, que sopesar a nova incriminação no quadro das valorações sistemáticas e intencionais em que se estrutura o ordenamento penal. *Por outro lado, é este permanente desenvolvimento da complexidade – temos para nós que o pensamento europeu, mormente o pensamento jurídico europeu, estrutura-se e gere-se racionalmente em termos de 'modelos' (racionalidades) complexos e com um grau cada vez mais intenso de complexidade, o que não quer dizer, obviamente, obscuridade ou ausência de rigor – que se envolve em regras de raciocinar que diminuem o grau daquela complexidade, mas que despertam novas complexidades, o que leva a que o pensamento jurídico-penal, porque intencionalmente vocacionado para a solução justa, se reveja na procura também constante de novas formulações teóricas". O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 179-180.

⁵⁹⁵ E aqui não se pode esquecer de Robert Alexy, ao afirmar que os critérios de valoração são de múltiplo tipo, podendo entrar em colisão, oportunidade em que deverá se firmar entre tais critérios uma relação. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos Fundamentales*. Madrid: 1993, Centro de Estudios Constitucionales, p. 143.

⁵⁹⁶ Por certo que com essa afirmação se poderia recordar da *dignidade penal*, também uma categoria que acaba permeando, em muitos instantes, a teoria do crime. Segundo Figueiredo Dias, que a coloca como uma figura da punibilidade, "Começará logo decerto por afirmar-se que a ideia de dignidade penal tanto no seu significado dogmático, como político-criminal, é inadequada para ser posta como fundamento de uma só categoria integrante da doutrina geral do crime. O que ela constitui, sim – dir-se-á – é um critério ou princípio regulativo cujo significado não pode reduzir-se a uma só daquelas categorias, antes necessariamente se estende a todas elas: pois torna-se evidente, logo à partida da construção, que só pode ser crime o comportamento que se revele digno de punição; o que significa que a dignidade penal é princípio regulativo de todas as categorias - antes de tudo do ilícito-típico, mas também da culpa e da punibilidade – e, como tal, critério ubíquo e imanente à totalidade da doutrina geral do crime e do sistema repressivo. Mas o argumento não procede em definitivo. Decerto que a dignidade penal é um requisito conatural ao crime como um todo e, por isso, princípio regulativo de toda a construção e de todo o sistema; tal como o é, por exemplo, a exigibilidade, ligada à velha máxima ad *impossibilia nemo tenetur*. E todavia: com a exigibilidade, sendo princípio regulativo de todas as categorias constitutivas do crime, nomeadamente a do tipo do ilícito, não deixa de precipitar-se de forma específica e autónoma, enquanto princípio normativo ou decisório, na categoria da culpa jurídico-penal; assim também se deve aceitar que a ideia da dignidade penal, sem prejuízo da sua apregoada ubíquidade e imanência, se assuma como elemento fundamentador e compreensivo *par excellence* da categoria dos pressupostos de punibilidade". DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 620-621. O mesmo, em nosso entender, não se dá com a eficiência, um critério que pode migrar tanto da punibilidade quanto para a criminalização.

E, assim, pode-se imaginar o reflexo dessa construção sobre a legitimidade de inúmeras contravenções penais, por exemplo, ainda no plano estrito da criminalização.⁵⁹⁷ Seria eficiente impor essa série sem fim de criminalizações, sem uma base de legitimidade aceitável ?

Casos que se alastram desde a indignidade penal das condutas até a mais completa ineficiência de sua criminalização, já que ausente ou irrelevante a ofensa ao bem jurídico, inócua a afetação para a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, bem como injusta e irrelevante para a paz social a previsão do ilícito-típico.

E, importa, aqui, trazer à tona alguns casos precisos e claros de como a categoria criterial da eficiência pode repercutir exatamente sobre a realidade jurídico-penal do atual momento histórico.

Vejamos, por exemplo, o problema da *vadiagem*, prevista no art. 59 do Decreto-lei nº 3688/41.⁵⁹⁸ Qual a eficiência, por exemplo, de uma incriminação como aquela que trata da “vadiagem”? Em que pese a aparente futilidade do dispositivo em comento, ele vem sendo utilizado para a imposição de *transações penais*⁵⁹⁹ contra a população de rua, como forma de adotar uma política de tolerância zero e de “higienização social” em determinadas cidades brasileiras. Contudo, uma criminalização assim não se sustenta, nem de longe e nem de perto, em razão de sua clara ineficiência.

Inicialmente, importa ressaltar que a afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo impõe necessariamente uma perda de densidade. E, respeitosamente, isso se não dá. O espectro de afetação da conduta descrita no

⁵⁹⁷ Não podemos esquecer a percepção de Faria Costa, de que “É precisamente, uma tal situação de tensão, em que o cuidado-de-perigo se afirma como cuidado-de-perigo do ‘eu’, mas em que também já despontam sinais, não só de cuidados-de-perigos desencadeados pela tecnologia, como também sinais de cuidado-de-perigo para com os ‘outros’, que faz irromper, no espaço da específica normatividade do direito penal, a nova figura dogmática do ilícito típico, qual seja: a contravenção.” COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 365.

⁵⁹⁸ Assim dispõe o art. 59: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita: Pena – Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses”.

⁵⁹⁹ A transação penal, conforme já foi explicado, é a aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos, em audiência preliminar, antes do processo, conforme o art. 88 da Lei 9.099/95.

ilícito-típico, em momento algum, arranha qualquer relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Assim, ainda no plano do tipo, não se pode aceitar, em casos como este, sem afetação a não ser no âmbito do próprio autor, alguma repercussão sobre o fundamento do direito penal.⁶⁰⁰

Não é possível verificar nenhuma afetação sobre a relação onto-antropológica de cuidado de perigo nesse caso, não apenas pelo fato da conduta descrita não desbordar para além do âmbito do autor, como em razão da inocorrência de falta de cuidado para com os outros.

Isso para não referir o carácter “censitário” da descrição típica, própria de outro período histórico, desbragado da atualidade e da realidade, em que o possuidor de bens poderia “vadiar”, mas o despossuído não, em razão da sua incapacidade de subsistência.⁶⁰¹

Ou seja, ainda se está a usar um ilícito-típico sem nenhuma capacidade de recolocação histórica, como forma de gerir o imaginário social, afastando das cidades e de locais turísticos dentro das cidades a população marginal, por intermédio de um ilícito-típico absolutamente ilegítimo.

Como uma relação sujeita à adequação aos distintos momentos históricos, a relação de cuidado de perigo acaba afastando, por completo, qualquer legitimidade dessa incriminação, em decorrência de sua ineficiência.

⁶⁰⁰ Como diz Faria Costa: “A relação de cuidado-de-perigo é matricial relativamente à dimensão primeira de todo o ordenamento penal. Agora ao nível da pura normatividade jurídico-penal incriminadora, mas não só, deparamo-nos ou somos surpreendidos por especificações (refracções), mais ou menos directas, dessa realidade ontológica ao nível dos diferentes ilícitos típicos que o direito penal constrói. E constrói, através da ‘técnica’ da tipicidade e segundo o chamamento dos valores históricos dominantes – de que o tipo legal faz parte como valor instrumental –, realizando, desse jeito, a pluralidade de tipos legais de crime que protegem ou tutelam, tanto quanto possível em regime de identidade, outros tantos bens jurídico-penais”. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 392-393. Sem esquecer nunca que uma violação de cuidado para com os outros não deixa de ser, ao fim e ao cabo, uma ruptura com o cuidado que temos para com o nosso existir individual e coletivo. Também aí, leia-se Faria Costa. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 384-385.

⁶⁰¹ A verdade é que o Direito penal nunca deixou de se transformar, para ir incorporando, ao longo dos tempos, novos valores e critérios, adequados aos diferentes momentos históricos. Mas mudou não só para incorporar novos critérios e valores, mas também para afastar velhas concepções, próprias de outras eras, em razão da perda de densidade e significação.

E o que afirmar em relação à pretensa violação do bem jurídico? Não se observa aqui nenhuma afetação ou ofensa a qualquer bem jurídico com significância penal. Onde estaria a afetação, nos dias atuais, ao mínimo ético jurídico-penal que a sociedade valora em determinados momentos históricos? Não há afetação, não há ofensa, não há qualquer dano ou perigo ao bem jurídico em virtude daquela conduta.

E, assim, perde a sua própria função o direito penal, tendo em vista que, no raio de ação da conduta contravencional, não se vislumbra afetação ao bem jurídico. Não se pode aquilatar qualquer eficiência nessa incriminação, não apenas pela ausência de abalo da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, como também pela inocorrência de qualquer ofensa ao bem jurídico.

Ou seja, para além de inexistir um fundamento para tal incriminação, inexistente uma função a cumprir por parte dessa contravenção penal, absolutamente moralista e elitista, sob o ponto de vista ideológico.

Por maior o esforço, por mais robusto que seja o objetivo de incriminação, o fato é que não se pode construir, do ponto de vista jurídico, qualquer sustentação jurídica que demonstre a relevância de um bem jurídico-penal protegido por essa conduta.

E, como se não fosse pouco, é fundamental a pergunta acerca da finalidade pretendida por tal incriminação. E, aqui, mais uma vez, fica ainda mais vigorosa a ineficiência da tipificação, tendo em vista a ausência de persecução de qualquer elemento de justiça. Bem ao contrário, a incriminação desborda para uma concepção moralista, que legitima a vadiagem do potentado e criminaliza a ausência de iniciativa do despossuído. Qual a legitimidade de uma conduta que não alcança, nem em abstrato, uma ideia de justiça e de paz? Não há legitimidade para um ilícito-típico sem finalidade a alcançar, como no caso presente.

Onde está o equilíbrio daquela tríade essencial entre função, fundamento e finalidade? Não há equilíbrio, mas a completa ausência de fundamento, função e finalidade dessa incriminação. E, nessa trilha, a mais absoluta ineficiência da incriminação, no instante em que não recompõe uma relação onto-antropológica,

não protege bem jurídico algum e não alcança a justiça e a paz. Aquele equilíbrio que advém da congruência dessa tríade aqui não se perfaz. E, ao não se perfazer, não possui eficiência penal, decorrente justamente dessa unidade de sentido fundamental. E assim se afasta também, de forma ainda mais forte, a legitimidade penal dessa incriminação.

É possível observar que essa concepção de eficiência se densifica na confluência dessa tríade, na unidade de sentido entre função, finalidade e fundamento do direito penal. E, se densifica, pois repercute de forma cabal, na prática corrente do mundo do direito penal e dos direitos fundamentais dos cidadãos. E se densifica em razão de que a eficiência passa a ser um dos critérios reitores da legitimidade em direito penal.

Outro exemplo claro de ausência de eficiência e que retira legitimidade do direito penal, é a conduta típica do art. 49 da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). O dito dispositivo assevera que é crime “*destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente*”. O ilícito-típico ainda dispõe que sendo o crime culposos, a pena será de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”.

É inegável que, num plano mais alto, verifica-se com essa conduta um malferimento àquela relação de cuidado de perigo, no instante em que se não percebe o zelo, o apreço, a consideração, com o ambiente alheio, seja ele público ou privado. A conduta de lesar, maltratar, destruir ou danificar o ambiente revela um desprezo pela relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Mais além, revela um desprezo justamente por esquecer que, no atual contexto, há um dever próprio de zelar pela questão ambiental, como patrimônio de todos e de cada um. E revela um desdém pela consideração de que essa relação fundamental de cuidado de perigo nos impõe esse dever, enquanto pessoas, o dever para com a proteção do meio ambiente. Como antes foi referido, só o ser humano é capaz de destruir e proteger o ambiente, devendo entendê-lo como um direito vital e um dever também fundamental.

Entretanto, o malferimento ou abalo dessa relação, que se pode dar também na temática ambiental, há de se observar sem a exigência de uma concepção asfixiante. Afinal, uma situação é desprezar o cuidado com plantas de ornamentação e outra, bem diferente, é aquela situação em que o desprezo por regras de segurança ambientais ocasiona danos manifestos ou perigos relevantes. Por certo que tais situações não são comparáveis e exigem como dever, um aprofundamento da discussão para visualizar a legitimidade e a eficiência da descrição típica.⁶⁰²

Por isso, a necessidade de aprofundar a análise para além da questão atinente ao fundamento do direito penal. Daí a imposição de enveredar pelo problema do bem jurídico. No caso em discussão, há, de fato, uma ofensa ao bem jurídico penal ambiental?

Em nossa visão, não se consegue observar uma ofensa ao bem jurídico, embora o tipo de ilícito refira uma ocorrência de dano, lesão ou destruição de plantas de ornamentação. Se, de fato, houve uma ofensa, ela não adquire, pela ausência de expressividade maior do objeto jurídico, significância penal.

O desequilíbrio da relação onto-antropológica, nesse ponto, não chega a afetar um bem jurídico com significância penal, tendo em vista que se apresentaria como uma conduta, de largada, desprovida de dignidade penal.⁶⁰³ Além disso,

⁶⁰² E não se pode esquecer a repercussão do que estamos a dizer para a esfera da realidade pretoriana. Não é raro que, no Brasil, decisões repilam a aplicação da insignificância na esfera ambiental. Basta ver, por exemplo, as seguintes decisões do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: "O princípio da insignificância não encontra fértil seara em matéria ambiental, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano, cuja relevância não pode ser mensurada, lesiona o ecossistema, pertence a coletividade" (Apelação Crime 200572000023090/SC, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 27.08.2008); "Inaplicável o princípio da insignificância em face do bem jurídico tutelado, o meio ambiente (Apelação Crime 200370040012600/PR, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Tadaaqui Hirose, j. 29.08.2007)". É bem verdade que, em casos extremos, esse mesmo Tribunal já acabou por aplicar a insignificância, avançando contra as suas próprias construções jurídicas: "Tratando especificamente da proteção ambiental, é possível a aplicação do princípio da insignificância diante do assim compreendido caráter instrumental do Direito penal, sopesando-se, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, para que a alegada lesão possa ser considerada insignificante, não basta que a pouca valia esteja no juízo subjetivo do julgador. É preciso que fique demonstrada no caso concreto. (Apelação Crime 200671000010358/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Tadaaqui Hirose, j. em 20.11.2007). Todos acessos em www.trf4.jus.br, em 17.9.2010. Contudo, é inegável a insustentabilidade da tese da inaplicabilidade da insignificância em matéria ambiental, mercê de seu caráter instrumental, que não encontra freios nessa ou naquela seara, mas aplica-se sempre em que se verificar uma situação adequada, como naqueles casos de mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do ato, inexpressividade do dano ou perigo, por exemplo.

⁶⁰³ E, mais uma vez, é impossível deixar de considerar a opinião de Figueiredo Dias acerca da

importa observar que, sob o espectro da ofensividade penal, uma conduta assim está longe de alcançar um patamar mínimo de significação, em que pese a previsão legal, desprovida de maior envergadura. Não que a conduta não cause uma espécie de dano ou até uma afetação contra o ambiente, mas não uma afetação com dignidade penal. Trata-se, pois, de uma conduta que teria uma característica própria de ilícito civil ou administrativo, ou ainda, em casos outros, de uma contra-ordenação, mas não de um delito.

Mas, se, ainda assim, a questão fosse colocada num plano tal, que se afirmasse a relevância da ofensa ao bem jurídico, isto é, caso houvesse uma função a cumprir, a de proteger um bem jurídico penal, nesse caso, haveria uma finalidade aceitável nessa punição? Ou melhor, a finalidade de alcançamento da justiça e da paz estaria presente, em concreto?

Por mais que a interpretação fosse esticada no sentido do acolhimento da relevância do bem jurídico, por mais que se dilatasse a significância do desprezo pelo mínimo ético-social protegido, ainda assim, a tipificação careceria de uma efetiva preocupação com o alcançamento da justiça. Uma previsão assim, por certo, acabaria por padecer de ausência de dignidade penal, num contexto global, pois não seria razoável e proporcional uma punição desse quilate. Do ponto de vista que

dignidade penal: “Para além destas hipóteses, porém, pode dizer-se que hoje uma parte significativa das doutrinas e das jurisprudências aceitam que, em geral, não é merecedora de pena a lesão insignificante de um bem jurídico-penal em si mesmo carente de protecção penal. Mas elas dividem-se significativamente quando procuram determinar qual o fundamento deste efeito excludente da punição e a que nível categorial que, também quanto a esta questão, não poderá conceder-se razão a uma qualquer resposta unilateral, devendo pelo contrário aquela resposta diversificar-se em função de uma certa tipologia de situações. Assim, decerto que muitas vezes – porventura as mais das vezes – a insignificância da lesão do (ou do perigo para o) bem jurídico-penal ou o ínfimo desvalor social da acção lesiva ou perigosa estarão conaturalmente ligados a uma ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito, sendo este por conseguinte mais um caso – concretizador ou não da cláusula da adequação social – em que a valoração global da conduta se reflectirá retrospectivamente no sentido da negação da tipicidade por ausência de ilícito material. Como, no outro extremo, não deve excluir-se a *priori* a possível existência de hipóteses em que a ilicitude típica, a culpa e a punibilidade devam ser afirmadas, recaindo os reflexos do princípio bagatelar exclusivamente no domínio da consequência jurídica e, por conseguinte, da pena e da sua medida, sob a forma de atenuação especial ou da dispensa de pena (art. 72º-74º; infra Tomo II); numa palavra, no domínio da carência de pena (infra, § 14 e ss.). Insistimos, porém, em que a generalidade dos casos de actuação do princípio da insignificância ou bagatelar de tipo de ilícito e o tipo de culpa devem ser afirmados, mas deve ser negada a dignidade penal do facto como um todo, na nossa acepção, e, consequentemente, a sua punibilidade.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 625.

vincula justiça com uma ideia mínima de proporção e razoabilidade, a conduta careceria de dignidade para a criminalização e, muito menos, para a punibilidade. Não haveria justiça e equilíbrio numa punição assim.

Portanto, carece por completo de eficiência essa descrição típica. Trata-se de um ilícito-típico completamente instável do ponto de vista do equilíbrio entre fundamento, função e finalidade do direito penal. Uma instabilidade que afasta, de forma absoluta, a eficiência da conduta prevista no ilícito-típico. E, ao carecer de dignidade e de eficiência, padece também da ausência de legitimidade penal, impondo a necessidade premente de uma nova leitura acerca desse ilícito-típico.

Aqui, mais uma vez, é possível detectar que a eficiência se impõe como um critério de relevo, que congregando fundamento, função e finalidade, acaba por permitir uma abordagem ainda mais segura e precisa acerca legitimidade das incriminações em direito penal.

Uma situação é aquela que permite uma abordagem sobre legitimidade penal apenas à luz de um critério fixo e invariável. Outra, bem diferente, como é visto no caso presente, é aquela situação em que um critério de medição da legitimidade está calcado na confluência de um fundamento sólido, uma função clara e uma finalidade ponderada e equilibrada.

É aí que a eficiência se sobressai como critério adicional para a medição da legitimidade de uma incriminação ou de uma punição na esfera penal. Os dois exemplos referidos apontam, de forma bem clara, para a possibilidade de trazer a eficiência para a planície de luta que permite o dizer o sim e o dizer o não para as incriminações e punições em direito penal.

Mas, não paremos por aí. Pensemos ainda num outro ilícito-típico da Lei de Contravenções Penais, a chamada “embriaguez” (art. 62), isto é, “apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”, cuja pena é de 15 dias a três meses, ou multa.

Por certo que a embriaguez pública, causadora de “escândalo” ou que coloque em “perigo” a segurança própria ou alheia afeta uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Aliás, nesse tópico, a própria conduta descrita no tipo fala na existência de perigo. Contudo, aqui se impõe uma diferenciação.

Uma coisa é a embriaguez pública que causa um perigo para a própria pessoa ou para terceiros. Outra, bem diferente, é aquela situação que, tão somente, causa um “escândalo”, um ato que contraria normas, convenções, etc. Nesse caso, não se pode negar, não se consegue verificar uma afetação dessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo, tendo em vista que a conduta não abala essa relação primeva e fundacional, mas apenas contraria preceitos convencionais de comportamento, sem maiores consequências. Ademais, esse ato abala de maneira mais forte o próprio ébrio, mas não os terceiros. O ato, nesse caso, não cria um perigo, não fragiliza aquela relação de cuidado que se deve estabelecer, não revela um desprezo com um cuidado que se deve ter, mormente para com os outros. Desse modo, de largada, aqui, não haveria legitimidade dessa conduta típica. Ao menos nessa parte.

Contudo, na segunda parte do dispositivo, quando se descreve uma causação de perigo para a segurança própria ou de terceiros, não se pode negar a ocorrência de uma malversação dessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Aí o que se dá é um descuido, um desprezo, uma ausência de zelo por si e pelo outro. Uma falta de cuidado com o eu próprio e com o outro. Portanto, inegavelmente, aquela relação primeva que dá o fundamento para o direito penal se vê afetada. Embora se pudesse objetar que o ato de embriagar-se, colocando em risco a própria segurança, seria um ato que não extravasaria o âmbito do próprio autor, essa questão, neste momento, afeta, ao menos em nosso sentir, a relação de cuidado de perigo.

Mas, a partir disso, impõe-se indagar acerca da função desse tipo de ilícito. Há, de fato, um bem jurídico a proteger? De partida, a proteção que haveria seria aos chamados “bons costumes”, bastando observar a situação topológica do tipo penal em comento. Mas, de fato, haverá uma violação desses “bons costumes”? Nem se indague aqui o que seriam os “maus costumes”, pois seria adentrar numa

discussão mais de índole criminológica ou de política criminal. A verdade é que a resolução do problema nem exige esse aprofundamento. Não se pode negar, nos tempos atuais, a conduta de embriagar-se e que não ofenda bens jurídicos, seja por intermédio de um dano ou de um cuidado de perigo concreto ou abstrato, não é ponderada como uma ação com dignidade penal. No presente momento, também não se pode afirmar que a conduta de estar embriagado e causar “escândalo”, cause ofensa contra um bem jurídico com dignidade penal. Não se deu aí nenhuma ofensa contra qualquer bem jurídico penal, posto que não se depreende qualquer afetação aquele mínimo ético social que o caracteriza. Não que a conduta não mereça reprovação ou condenação social, mas ela não alcança significação penal, no momento em que não afeta, de maneira alguma, um bem jurídico com dignidade penal.

De outra parte, a conduta de embriagar-se e, com isso, causar perigo para si ou para terceiros, de forma diferente, pode afetar não os bons costumes, mas verdadeiramente, a integridade própria ou de terceiros. Aqui, ao contrário, múltiplos bens jurídicos podem estar a ser protegidos pela norma, tais como a vida, a integridade física, a liberdade, etc. Ainda assim, importa observar, como outrora referimos, que o direito penal não deve punir uma conduta que não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como no caso das autolesões. O direito penal não deve punir a tentativa de suicídio, a autolesão, que ocorrem por si, com o consentimento do suposto ofendido. É claro, só as punirá se elas forem praticadas para a obtenção de vantagens indevidas.⁶⁰⁴ Porém, no caso em comento, o perigo se dá pela embriaguez, de forma que punir um cidadão, por haver se embriagado, quando o perigo causado reflete sobre si mesmo, isso é avançar sobre a integridade física e a autonomia da pessoa. Punir um ébrio que causa perigo para si e apenas para si é o mesmo que institucionalizar uma forma de criminalização e punição da autolesão em direito penal. Não há eficiência nessa punição, pois não se observa qualquer ofensa contra esse pretense bem jurídico.

Porém, não se pode negar, a questão muda de figura quando se fala, por exemplo, na embriaguez pública que causa perigo a segurança de terceiros. Basta

⁶⁰⁴ Como exemplo, pode-se recordar a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, capitulada no art. 171, V, do Código Penal brasileiro, cuja pena é de 1 a 5 anos e multa.

observar, por exemplo, a conduta de um ciclista que, por estar ébrio, ameaça a integridade física do seu filho, conduzido no cesto ou cadeirinha, na frente ou atrás da bicicleta. Para esse fato, não se pode impor o Código de Trânsito Brasileiro, que se aplica apenas aos veículos automotores, conforme o art. 291.⁶⁰⁵ Conforme se afirmou, há aí a afetação de uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo. E, não se pode negar, também há uma ofensa ao bem jurídico segurança do trânsito, ainda que de ciclistas, como também à própria integridade física da criança, que se vê ameaçada em razão da conduta perigosa. Repete-se, a descrição típica fala em causação de um perigo para a segurança alheia e não apenas em embriaguez. Portanto, trata-se de uma conduta que descreve uma situação de um “concreto por em perigo”. Assim, não nos parece que essa conduta seja desprezível, pois pode estar colocando em risco e em perigo um bem valioso, concernente na integridade física ou até na vida humana. Há, aqui, uma função a cumprir. Há, aqui, uma ideia de eficiência no cumprimento dessa função.

E, além disso, é preciso também avançar para mais além, com o propósito de verificar se há, em tais condutas, uma finalidade adequada capaz de fazer justiça e alcançar a paz jurídica. Por certo que não seria ponderado e prudente punir uma conduta que não ultrapassa o âmbito do próprio autor e não lhe traz nenhum benefício. Da mesma forma, a causação de um escândalo decorrente de embriaguez pública, por si só, não impõe uma afetação relevante da paz jurídica. De outra banda, a causação de um perigo decorrente de uma embriaguez pública, que acarrete apenas afetação para o próprio ébrio, também não impõe uma efetiva aplicação da justiça ou da paz jurídica, nem se apresenta como uma medida ponderada e proporcional. Não há, aí, maior afetação para a paz pública.

Diferente é a situação em que se vislumbra a causação de um perigo para terceiros, em decorrência da embriaguez pública. Aí, por certo, para além da

⁶⁰⁵ Art. 291, do Código de Trânsito Brasileiro: “Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995, no que couber”. E essa questão é mais interessante na Europa, em determinadas cidades em que o uso de ciclovias é difundido, como Göttingen, Alemanha, em que tais problemas são mais usuais. De outra parte, também é assim no Brasil, em determinadas cidades, em que tais situações, por ausência de percepção das autoridades, acabam não sendo tipificadas, apesar da existência de um “concreto por em perigo”.

afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo e da ofensa ao bem jurídico ou a diversos bens jurídicas, percebe-se também que a criminalização e, em determinadas situações, inclusive a punição, apresentam-se como expressões lícitas de uma noção de justiça e paz social. Por certo que, em matéria de punibilidade, não se poderá nunca esquecer da dignidade penal da conduta e da necessidade de tutela penal. Entretanto, essa é uma previsão típica, nesse ponto determinado, que apresenta eficiência, pois está calçada em um fundamento, ela objetiva atingir uma função e realizar a justiça ou a paz jurídica. Portanto, nessa última parte e, apenas nessa, possui eficiência essa conduta típica contravençional. Nos demais casos, seja pela ausência de um fundamento claro, seja pela incoerência de uma função definida, seja pela ausência de dignidade penal da conduta, a referida incriminação não encontra nenhuma eficiência sustentável, à luz de um conceito onto-antropológico.

Mais uma vez, pode-se observar que se está a tratar de um critério de legitimação objetivo, capaz de trazer mais segurança jurídica na avaliação das incriminações e no instante da punibilidade. Esse caso, por conseguinte, em nossa visão, demonstra o valor operatório da eficiência como critério de otimização da legitimidade em direito penal, posto que procura no plano abstrato da conduta típica, bem como no plano concreto da punibilidade, verificar a ocorrência de um efetivo fundamento, de uma função e de uma finalidade direta.

Da mesma forma, altamente polêmica é a eficiência e a legitimidade da incriminação típica do chamado “jogo do bicho”, uma conhecida “loteria popular”, disseminada em todos os recantos do País.

Como é sabido, essa “loteria popular” se espalhou pelo País, integrando-se na realidade, com o beneplácito e leniência das autoridades.⁶⁰⁶ Com o passar do

⁶⁰⁶ E aqui é relevante voltar um pouco no tempo, para verificar o quão enrustada no tecido social está essa questão. Segundo afirmava José Duarte: “O ‘jogo do bicho’ dentro de poucos anos se generalizou a uma impressionante expansão, tornou-se hábito e, sem distinção de classe, idade, sexo, posição social, nacionalidade, de norte a sul do país, se desenvolveu, empolgou, enraizou-se. Porque entrara nos nossos costumes, toda legislação que surgiu para combatê-lo tornou-se ineficaz. As campanhas periódicas, que se fazem no Distrito Federal, atingem, apenas, uma parcela mínima dos bicheiros, não abrange um só comprador e, raríssimamente, têm alcançado os banqueiros. É a mais bradante desigualdade que conhecemos, um trabalho puramente unilateral. Fomos encontrar em cidade de Minas Gerais, próxima desta capital, o jogo franco, com a contribuição diária dos banqueiros, com uma

tempo, a incriminação típica acabou por atingir, fundamentalmente, a “arraia-miúda”, os desvalidos, meros “apontadores” e “operários” do referido jogo. Raras foram as vezes em que se conseguiu incriminar os ditos “banqueiros do jogo do bicho”.

De outra parte, sempre houve uma grande divisão acerca da legalização ou não dessa atividade, inclinando-se as autoridades por não enfrentar o problema, em que pesem as alegações constantes de pretensas ligações entre “bicheiros”, contraventores e traficantes de drogas e de armas.⁶⁰⁷

Contudo, o que aqui se está a fazer a avaliar, do ponto de vista dogmático, é a eficiência dessa conduta. O mérito político criminal da incriminação típica, não se deve esquecer, necessitaria uma evidente incursão sociológica e antropológica, o que aqui não se propõe.

Porém, para o propósito que se pretende, a afirmação da eficiência como um critério a mais de legitimação do direito penal, a partir do seu fundamento, função e legitimidade, o problema desse ilícito-típico é extraordinário, pois revela problemas que não são de pouca monta.

Extraordinário, pois, num primeiro momento, de forma surpreendente, em nossa visão, revela uma afetação da relação onto-antropológica de cuidado de

soma prefixada, entregue à polícia que, por informe do próprio delegado, aplicava o dinheiro no tratamento compulsório da sífilis, no baixo meretrício. Estados houve, no Norte, que estipularam uma taxa sobre as *poules* das apostas”...“No Distrito Federal orçam por milhares as pessoas que vivem do bicho como vendedores e somente a espaços, sem conseguir êxito completo, singularmente, em determinadas zonas ou ruas, alguns infelizes que tiveram a desfortuna de ser os visados, naquele dia, pela turma incumbida da diligência”. DUARTE, José. *Comentários à lei de contravenções penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 263-265.

⁶⁰⁷ Como afirma Sérgio de Oliveira Médici, “as informações procedentes do Rio de Janeiro constantemente denunciam o relacionamento de bicheiros com traficantes e contrabandistas, numa perigosa rede de difícil combate pela Polícia e pela Justiça. Em outros locais, embora em menor escala, também se registra a união dos contraventores do bicho com autores de outros crimes. Às vezes, ocorrem verdadeiras batalhas entre banqueiros, especialmente quando da disputa pelo domínio exclusivo de lucrativos pontos da grande cidade. Não são poucas as mortes violentas que esses combates provocam. A vida e a integridade física de muita gente totalmente desvinculada da prática contravencional é colocada em risco nessas verdadeiras guerras entre facções de banqueiros.”...” “Apesar da evidência desses aspectos, há intensa movimentação de defensores do jogo junto a parlamentares no sentido de conseguir a apresentação e posterior aprovação da lei que torne a atividade lícita. Levantamos sérias objeções à idéia da legalização do jogo do bicho, porque não eliminará as quadrilhas que vivem de sua exploração nem reduzirá a criminalidade que gira em torno dela”. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções penais*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 1991. p. 205-206.

perigo. É inegável que há, aí, um certo descuido com o outro, com a sua higidez pessoal, há uma despreocupação com a situação do outro, que está a “jogar”. Mas aí se haverá de perguntar: não se joga também em outras loterias, algumas estatais? Não se pratica apostas em corridas de cavalo? Embora esse jogo seja proibido no Brasil, não é segredo que há um sem número de outras loterias oficiais e apostas em corridas de cavalo, partidas de futebol, etc.

Por isso, a relevância de se apontar o grau de impactação contra essa relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Uma afetação que se pode enfrentar seja pelo direito penal, seja, como em Portugal, pela categoria das contra-ordenações, seja por outras esferas.

Não seria o caso de que essa e as demais figuras que foram apontadas, por suas reduzidas impactações contra aquela relação de cuidado de perigo, fossem transportadas para a esfera de um regime de contra-ordenações? Mas, afirmar-se-á: no Brasil não vige um sistema assim e tal discussão é estéril. Ocorre que, entretanto, isso não afasta a necessidade de enfrentamento do tema à luz do que já se fez em outros Países.

Por isso, de partida, já fica abalada a eficiência desse ilícito-típico, muito contestada pela doutrina.

De outra parte, sob o ponto de vista do bem jurídico, o tipo de contravenção alcança, talvez, uma certa impactação, ao menos em nosso sentir. É que tanto se pode ver uma certa afetação dos “costumes”, com a repercussão sobre o mínimo ético-social das famílias, que se vêem afetadas pelos comportamentos daqueles que se perdem a jogar, como também a reverberação sobre o patrimônio da pessoa e da família do apostador, que estaria a dispende recursos que se deveriam destinar para o sustento familiar e para atividades produtivas.

Em que pese uma construção desse patamar, o fato é que, na prática, não se pode comprovar que os gastos com essa loteria sejam superiores aos gastos com loteriais oficiais, que acabam por arrecadar muito mais. De outra parte, o “jogo”, numa perspectiva mais ampla, faz parte também da realidade humana desde priscas

eras, como forma de distração e manutenção de um espaço alternativo de descompressão social.

O que cabe, por aqui, importa repetir, não é a discussão antro-po-social acerca dessa atividade, mas sim a construção típica atual, que prevê o “jogo-do-bicho” como contravenção penal.⁶⁰⁸

Do ponto de vista dogmático, essa construção se encontra em absoluto caráter de esclerose penal. Não apenas em razão da incapacidade de reverberação na prática penal, como também pela carência de dignidade penal dessa incriminação.

Num primeiro momento, não se pode negar que a exploração de jogo de azar sem a devida regulamentação, por si só, revela uma ausência de cuidado para com o outro. Uma ausência de cuidado para com o patrimônio do outro e para com os costumes. Mas isso se dá, em nossa opinião, com aquele que dirige, realiza e explora a dita loteria. Não com aquele que realiza outros atos, como “anotar” as apostas e repassar os recursos, o mero apontador. Por que não? Justamente pela aceitabilidade ético-social dessa conduta, que não é repelida e, tampouco, rechaçada, na realidade social. Do mesmo modo, não nos parece que haja qualquer afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo por parte daquele que realiza apostas, visando à obtenção de prêmio, para si ou para terceiros. Punir o “apostador” seria quase o mesmo que punir o “usuário de drogas”. Como dissemos, diferente é punir o “explorador”, o “banqueiro” do dito jogo, que se locupleta, efetivamente, da afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, posto que, pela prática do jogo de azar, instiga a dilapidação do patrimônio e a fortificação de condutas sem relevância ético-social.

De outra parte, o bem jurídico protegido possui escassa repercussão acerca do mínimo ético-social. É inegável que essa conduta encontraria maior legitimidade

⁶⁰⁸ Assim dispõe o Art. 58. do Decreto-Lei 3688/41: “Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis. Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.”

para o seu enfrentamento por intermédio de uma contra ordenação, mas não de um tipo penal, mesmo no caso do explorador do jogo.

Contudo, ante a inexistência dessa figura jurídica no Brasil, é de se afirmar que a manutenção da criminalização da conduta do explorador ainda se faz necessária, a fim de que o direito penal cumpra uma função de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Há aí, uma efetiva função a cumprir. A mínima proteção do patrimônio alheio, a partir de uma ideia de confiança, que o jogo de azar não consegue preservar. E, em nossa opinião, para além disso, a preservação de um costume que é bom, a preservação e a instigação de atividades produtivas.

O mesmo não se dá, contudo, no caso dos apostadores e dos meros “apontadores”, isto é, aqueles que anotam as apostas. Esses são meros instrumentos, que não decidem, de fato, sobre o jogo em si. Não exploram ou realizam o jogo, mas são explorados por ele. Portanto, uma conduta assim, por mais difícil que seja tal afirmação, ela não ofende um bem jurídico, não é digna de tutela penal. Muito menos aquela conduta do apostador, que pretende ganhar dinheiro. Aí também não se consegue observar qualquer ofensa ao bem jurídico. Não há ofensividade da conduta.

Por fim, tanto a conduta do apostador quanto aquela conduta do mero “apontador” não seriam dignas de tutela penal num campo de pensamento mais amplo. Numa visão ponderada, não seria justo e, tampouco, alcançaria a paz social a punição dessas condutas. De há muito tempo essas condutas se realizam e a paz social não se vê afetada. Não há, aí, qualquer interferência sobre a realização ontológico-antropológica de cuidado de perigo e, tampouco, uma interferência sobre o bem jurídico. E isso tudo reforça o caráter de injustiça, desproporção, desequilíbrio, ausência de serenidade naquela previsão típica de punição de meros “apontadores” e usuários. E, para além de não fazer justiça, são vistas como desproporcionais e incapazes de alcançar uma mínima paz social.

Claro, aí não se enquadra a conduta do explorador do jogo do bicho. Aí, para além da revelação de um desprezo para com o outro, ao instigar o jogo de azar sem regulamentação estatal, acaba por afrontar certos bens jurídicos, ainda que sem

grande expressão, bem como reclama uma certa consequência penal, em razão da finalidade de justiça e de paz social. De forma que há a necessidade de aplicação ou previsão de uma ideia de justiça. Ora, imagine-se aquele indivíduo, explorador de uma loja de apostas oficiais, que paga seus tributos, cumpre as leis, compete no mercado de forma lícita e honesta.⁶⁰⁹ Como tolerar a conduta de um explorador do “jogo do bicho” que não paga tributos, descumpra leis, ofende bens jurídicos e compete com um mercado lícito, mas de forma ilícita. Por certo que a punição de uma conduta assim não seria injusta e, tampouco, significaria qualquer malversação da paz social. Bem ao contrário, seria vista como uma forma de reafirmação da paz social, pela valorização do papel do Estado, no combate contra uma competição desleal. Agora, sim, é possível perceber o amálgama que conecta fundamento, função e finalidade de direito penal numa construção típica.

De outra parte, também podem ser apontadas condutas que, beneficiando o réu ou suspeito, carecem de eficiência penal, no instante em que afetam uma relação onto-antropológica, descumprem uma função de proteção do bem jurídico e não alcançam uma ideia de justiça e paz social.

Vejamos, por exemplo, o disposto no art. 213 do Código Penal, alterado pela Lei 12.015 de 2009. Até essa data, o Código Penal previa, em tipos penais diferentes, o estupro (art. 213 - constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal) e o atentado violento ao pudor (art. 214 - constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a realizar ato libidinoso diverso da conjunção carnal), apenando-os com a mesma sanção de 6 a 10 anos de privação de liberdade. A Lei, acima referida, acabou por congrega as duas condutas numa só.⁶¹⁰

Assim, havia muitas situações em que o criminoso, para além de estupro a vítima, praticando a conjunção carnal, acabava por praticar outros atos libinosos,

⁶⁰⁹ Na prática, não é raro que as apostas no “jogo-do-bicho” ocorram inclusive nas casas lotéricas tradicionais.

⁶¹⁰ Assim, ficou prevista a conduta: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena – Reclusão de 6 a 10 anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

como o sexo oral e anal. Acabava, pois, condenado pelos dois delitos. Agora, como resultado dessa alteração legislativa, todos aqueles já condenados estão a ser beneficiados, pois as duas condutas foram enquadradas num só tipo penal, de forma que as penas desses delitos sexuais estão a ser reduzidas.⁶¹¹

Essa questão vem trazendo uma viva controvérsia na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, inclinando-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o atual art. 213 do Código Penal está a tratar de uma única conduta criminosa, que pode ser praticada de diferentes formas, seja pela conjunção carnal, seja por outros atos libidinosos.⁶¹² Em que pese algumas decisões divergentes do Superior Tribunal de Justiça⁶¹³, a realidade é que a legislação vem sendo aplicada retroativamente, com o propósito de beneficiar os réus de delitos sexuais, que acabam tendo as penas reduzidas, em razão da unificação das condutas e penas.

Trata-se, pois, de uma situação em que há uma afetação dessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo. O grave, entretanto, é que esse malferimento contra a primeira relação onto-antropológica de cuidado de perigo é, aqui, portador de uma força descomunal. Não apenas se demonstra, com tal conduta, o desrespeito pelo outro, seja a mulher violada ou sofredora de violência sexual, seja o homem vítima de ato libidinoso. Trata-se, pois, de uma situação singular, na qual o legislador, sob o pretexto de aumentar o rigor, acabou por beneficiar os condenados. Do ponto de vista da relação onto-antropológica do cuidado de perigo, é inegável que, tanto a conjunção carnal forçada quanto à prática de outro ato libinoso demonstram uma ausência total de cuidado com o outro. Bem ao contrário, são condutas que demonstram o absoluto desprezo pela liberdade e pela dignidade do

⁶¹¹ Assim decidiu o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal: “[...] Habeas Corpus. 2. Estupro e atentado violento ao pudor. Superveniência da Lei 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 3. Ordem Concedida. (STF - 2ª T, HC 102.199, 24.09.2010).”. Em www.stf.jus.br, em 26.11.2010.

⁶¹² Assim os Habeas Corpus 86.110/SP e 99.259/SP, relatados pelo Min. Cezar Peluso. Em www.stf.jus.br, em 26.11.2010.

⁶¹³ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça se observa uma vívida divergência. Por um lado, há decisões que entenderam se tratar de um novo tipo penal que unificou os antigos estupro e atentado violento ao pudor numa única conduta, o que acarreta, por certo, eventual redução de pena para os já condenados (HC 144.870; Rel. Min. Og Fernandes). Por outro lado, há decisão do mesmo Tribunal afirmando que se trata de um tipo misto cumulativo, de forma que, praticando a conjunção carnal e outro ato libinoso, o sujeito estaria incorrendo em dois delitos, em concurso material, com o somatório de penas, tal como ocorria antes (HC 104.724, Rel. Min. Felix Fischer). Tudo em www.stj.jus.br, acessado em 22.11.2010. Também sobre tais divergências: PUPO, Matheus Silveira. “O novo estupro e a sua interpretação pelos Tribunais Superiores”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 216, nov. 2010.

ser-pessoa. Portanto, do ponto de vista do pensamento que estamos a trabalhar, o novo art. 213 do Código Penal é absolutamente equivocado. A forma de sua construção, contudo, acaba por impor ao magistrado uma interpretação mais benevolente, tal como fez o Supremo Tribunal Federal. Assim, em que pese o erro dessa construção jurídica, a forma como ela está redigida torna impossível outra interpretação a não ser aquela efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, antes referida, quando se trata da aplicação da lei penal no tempo. Isto é, deve-se aplicar a lei mais favorável.

Contudo, o que se pretende é erigir a eficiência como um critério de legitimação do direito penal, seja para descriminalizar, seja para criminalizar condutas.

No caso presente, está evidenciada a malversação dessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo, seja pela conduta “praticar conjunção carnal”, seja pela conduta “praticar outro ato libidinoso”. Em ambas as situações, há um descuido e um desprezo em relação ao ser-pessoa que não se pode tolerar. Imagine-se, por exemplo, uma mulher que é violentada, arrastada para um lugar ermo e, ali, é estuprada. Não satisfeito, após o estupro, o criminoso pratica outros atos libinosos, como o coito anal ou a *felatio*. Considerar ambas as ações, como faz o tipo penal atual, como parte de um só crime, é algo que demonstra uma deficiente preocupação com a proteção ou recomposição da relação onto-antropológica de cuidado de perigo.

Para muito além disso, o tipo penal atual se afirma como uma proteção deficiente dos bens jurídicos liberdade sexual e dignidade pessoal. Se a função do direito penal é proteger os bens jurídicos quando eles sofrem ataques de maior impactação, como aceitar que impactos dessa envergadura contra o bem jurídico sejam “amaciados” por previsões de ilícitos típicos falhas. A previsão legal, tal como ela está descrita, constitui-se quase numa instigação ao agravamento do ilícito, posto que não restringe, no âmbito do tipo, a ofensa contra o bem jurídico e a afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo.

Trata-se, inexoravelmente, de uma situação em que o direito penal está a

falhar de maneira muito clara no cumprimento de sua função de proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

E, aqui, não se pode esquecer daquela ideia de impedimento de uma proteção deficiente, que acabaria por violar uma construção atenta ao princípio da proporcionalidade.⁶¹⁴ No caso em apreço, ao menos a partir da ideia de direito penal que julgamos mais forte, aquela que coloca a pessoa humana na centralidade do seu problema, a atual disposição do art. 213 parece ofender claramente uma ideia de proporcionalidade e, como veremos em seguida, de eficiência. Há, aqui, um bem jurídico relevante a ser defendido. Contudo, a defesa que o tipo penal faz, concretamente, é falha, pois permite que o bem jurídico seja ofendido de forma mais severa, porém sem qualquer capacidade de reação ou prevenção contra ataques mais contundentes. Desse modo, parece irrefutável que tal proteção, nesse contexto, é deficiente e desproporcional.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Lembremos do que afirma Maria Conceição Ferreira da Cunha, quando trata de criminalização e de descriminalização: “Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar de seu desenvolvimento ou numa expressão dessa mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 273 e ss. Também com essa perspectiva, além de Lenio L. Streck e Ingo W. Sarlet, já citados antes, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de leis penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, e STRECK, Maria Luiza Schäffer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

⁶¹⁵ E importa recordar, aqui, o que disse o Min. Gilmar Mendes, acerca do princípio da proporcionalidade, em julgamento do Supremo Tribunal Federal: “Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*) (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16 ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 156). Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional Alemã acabou por consolidar o entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (Cf., a propósito, BverfGE, 39, 1 e s.; 46, 160, (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77, 170, (229 e s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos. (Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 17 e s.) É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação de efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica (Von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, Kommentar zu

Portanto, além da conduta típica não recompor uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo de maneira mais densa, deixa também de proteger um bem jurídico penal de forma mais robusta.

E, como se não bastasse, não parece justo tratar da mesma forma um criminoso que estupra e, por sua vez, aquele criminoso que, além de estuprar, ainda pratica outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal, para além daqueles atos preparatórios. Não é proporcional, não é ponderado, não é razoável, não é adequado tratar da mesma forma esses criminosos. E, a partir dessa premissa, não é proporcional e não é justo um tratamento igualitário. Uma decisão assim não é percebida como justa, como ponderada, de forma que não se afigura também como eficiente aquele tipo penal. Um tipo que não repõe ou reconstrói de forma densa uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo, não protege de maneira forte um bem jurídico de relevo, bem como não é visto como um tipo justo para uma ofensa tão grave. Dessa forma, trata-se de uma previsão de ilícito-típico ineficiente, pois acaba por não manter um fundamento mais denso, bem como não alcança sua função e não atinge uma finalidade. Portanto, pode-se observar aqui a ausência de

Vorbemerkung Art. 1-19, nº 22). Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais (Von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz Kommentar*, cit). Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando-se também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*). (CANARIS, Claus-Wilhelm: *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS, 1989. p. 161 [163]. Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção (RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996. p. 35-36) : a) dever de proibição (*verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. ('Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição da insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação'. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510.

eficiência de um ilícito típico que impõe uma criminalização mais severa, a partir de uma proteção mais robusta do bem jurídico.

Da mesma forma, é altamente discutível a legitimidade e eficiência do disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal⁶¹⁶, quando se trata do delito de homicídio simples (art. 121 do Código Penal: “Matar Alguém”, pena de 6 a 20 anos).⁶¹⁷ Ora, no caso do homicídio, a forma mais densa e possante de agressão contra um bem jurídico, justamente contra o maior deles, o que se tem é uma evidente desproporção. Ainda que o homicídio não tenha sido qualificado, o fato é que a repercussão da ofensa é irreparável.

E, mais, o fato de um sujeito receber uma pena de seis anos, em decorrência de um homicídio, significa que, depois de um ano de cumprimento da pena, caso tenha bom comportamento, poderá progredir para o regime aberto, ocasião em que poderá apenas dormir no estabelecimento penal e trabalhar durante o dia, normalmente.⁶¹⁸

Aqui, mais uma vez, pode-se observar uma campo fértil para a introdução dessa chamada eficiência onto-antropológica, cuja preocupação, ao fim e ao cabo, pode ser resumida no objetivo de colocar a pessoa humana na centralidade do

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de dezembro de 2010.

⁶¹⁶ Assim prevê o art 112 da Lei de Execução penal (Lei 7.210/84): “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

⁶¹⁷ Diferente é a situação do homicídio qualificado, previsto no art. 121, § 2º, do Código Penal, quando o delito se dá mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe, por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Nesses casos a pena é de reclusão, de doze a trinta anos e a progressão de regime se dá, em virtude da lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), após o cumprimento de 2/5 da pena, se o criminoso é primário e 3/5, se é reincidente.

⁶¹⁸ Observe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 118678/RS. *Habeas Corpus* 2008/0229390-3) está uniformizada, no sentido da possibilidade de trabalho externo do condenado, sem a necessidade de cumprimento de 1/6 de pena, já no regime semi-aberto, aquele no qual o indivíduo deveria cumprir a pena em estabelecimento agrícola ou industrial, conforme dispõe o Código Penal, no seu art. 35, §§ 1º e 2º. Aliás, uma sábia decisão do Superior Tribunal de Justiça, mormente em razão do caos penitenciário brasileiro e da repercussão da possibilidade de trabalho sobre a reinserção social do apenado, um fator altamente positivo.

problema penal.

E, é fértil, pois permite uma abordagem que, talvez, escape de um garantismo mais tradicional, cujo cerne é a negativa da expansão e asseveramento do direito penal, o que não julgamos errado, bem pelo contrário. Contudo, no caso do homicídio se está a tratar da maior afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, pois aqui se percebe o absoluto desprezo e cuidado pelo maior bem jurídico penal: a vida humana. Um desprezo total pela figura do outro enquanto carecedor de cuidado e de respeito. Trata-se, pois, de uma situação limite, que merece um cuidado bem mais apurado de ora em diante.

Não se pode negar a absoluta e total afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo decorrente do homicídio doloso simples. Houve, aqui, na realidade, não apenas a ruptura inegável e tremenda da relação fundacional e primeva de cuidado de perigo, bem como uma afetação e uma autêntica “nadição” do bem jurídico vida. Ou seja, aqui o direito penal está claramente embasado num fundamento e imbuído do ímpeto de proteger um bem jurídico relevante de inegável significação. Sejam claros: o maior dos bens jurídicos quando se trata da criminalidade tradicional.

Além disso, ninguém haverá de afirmar a injustiça da punição dessa conduta, no plano da abstração típica. A ideia de ponderação, de equilíbrio, de razoabilidade, impõe-se aqui como a ideia capaz de legitimar a punição dessa conduta. É ponderado, é razoável, é justo punir essa conduta, como regra geral. Nos tempos atuais, algum ordenamento jurídico abriria mão da punição dessa conduta? Nos tempos atuais, alguém poderia qualificar como ilegítima a punição dessa conduta? Por certo que não. Por certo que a realidade atual exige a punição da conduta, com base no fundamento da relação de cuidado de perigo, para a proteção de um bem jurídico fundamental, bem como para que se faça justiça e se alcance a paz social.

O que se deve discutir, na verdade, não é nem a propriedade e razoabilidade da progressão de regime de cumprimento de pena, após obedecidos os ditames de um sexto de pena e bom comportamento (art. 112 da Lei de Execução penal brasileira), mas sim a aplicação desse benefício, nesses patamares, no caso de um

homicídio, ainda que se trate de um homicídio simples, nos mesmos patamares de outros delitos, como o furto, a apropriação indébita, o estelionato (ou burla), delitos sem a mesma impactação. É preciso e justo que se altere aí essa previsão legal, diferenciando claramente os critérios de progressão para os delitos mais graves e outros, sem a afetação dos mesmos bens jurídicos.

Como falamos, essa previsão acaba por beneficiar condenados de crimes graves, que acabam por progredir de regime com o cumprimento de um lapso absolutamente exíguo de pena, apesar da ofensividade da conduta e da sua repercussão irrecuperável.

Por certo que essa norma, quando trata de delitos contra a vida, especialmente o homicídio simples, acaba por gerar uma proteção desqualificada do bem jurídico, bem como acaba por não robustecer a ideia de conformatação ou reafirmação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Ao contrário, o que há é a completa e total fragilização do bem jurídico e da relação primeva onto-antropológica de cuidado de perigo, o que denota uma inegável perda de eficiência da norma, posto que passa a ser vista como injusta, gerando ainda uma perda considerável de legitimidade.

Seria relevante, pois, para um equilíbrio daquela tríade fundamento, função e finalidade, que em casos tais, com a autêntica “nadição” do bem jurídico, houvesse uma mudança, capaz de gerar maior qualificação e eficiência na norma penal. Ou seja, seria relevante que, em casos de homicídio, houvesse uma elevação do patamar mínimo de tempo para progressão de regime. Ou alternativamente, que se reduzisse o período para a progressão dos demais crimes em que não há ofensa contra a vida humana. Tudo isso, não por um apelo de uma ideia retributiva, simplesmente. Não pela afirmação de uma ideia panpenalizadora de direito penal. Mas, sim, pela preservação de uma relação que é o próprio fundamento do direito penal. Uma relação que exige uma diferenciação clara entre as agressões mais expressivas contra os bens jurídicos mais relevantes e as demais ofensas, sem a mesma carga axiológica, sem o mesmo poder destrutivo, sem a mesma possibilidade de não recompor a situação anterior.

Assim, uma norma diferenciada - não tememos afirmar -, seria capaz de se expressar com um fundamento sólido, uma função clara, de proteção do mais relevante dos bens jurídicos, bem como uma medida que se afiguraria como mais justa, já que mais ponderada, mais proporcional, mais adequada e mais razoável no mundo concreto dos fatos.⁶¹⁹

Todas essas questões denotam a necessidade de profundas alterações num ordenamento jurídico que, apesar de alguns avanços, ainda carrega consigo a necessidade premente de um trabalho mais homogêneo, capaz de dotá-lo com uma mais densa carga valorativa, com previsões mais coerentes e proporcionais.

Porém, o que se pode observar é que a realidade atual torna a ideia de um direito penal onto-antropológico absolutamente adaptável ao choques civilizacionais e humanos das sociedades em desenvolvimento. É, pois, uma ideia capaz de dar maior densidade para o ordenamento jurídico, ao carregar consigo aquela necessidade premente de trabalhar sempre com base em um fundamento, uma função e uma finalidade. Com uma possibilidade assim, o que se pode alcançar, de fato, é uma capacidade ainda maior de uma adaptação, sem perda de sentido, de densidade e de humanidade, de um direito penal que deve avançar sem esquecer conquistas e que deve olhar para adiante, sem temores, mas com prudência e equilíbrio.

⁶¹⁹ Importa referir que, atualmente, da forma como está prevista a Lei, no seu art. 112 da Lei de Execução penal brasileira, o tempo previsto de progressão de regime para a furto (art. 155 do CP), para o estelionato (art. 171 do CP), para a lesão corporal grave (art. 129 do CP) é o mesmo do homicídio simples. E, o mais incongruente, o tempo de progressão do tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), mesmo no caso do pequeno traficante que comercializa pequena quantidade de substância entorpecente, é maior do que o tempo para a progressão de regime no caso do homicídio simples. É eficiente um tratamento igualitário para essas questões? Acima de tudo, é justo que a venda de uma determinada quantidade de substância entorpecente seja mais grave do que o homicídio simples? É razoável, é proporcional, é eficiente, é legítimo que a norma penal, ao prever a possibilidade de progressão de regime, trate essas questões dessa forma? Basta observar que o traficante só irá progredir quando cumprir dois quintos da pena, enquanto o homicida poderá progredir após cumprir um sexto da pena, para além do bom comportamento (o que também será exigido para o traficante). Eis um exemplo de ineficiência em direito penal.

4.8 A relação inarredável entre dogmática penal e política criminal num direito penal democrático e justo

A relação entre política criminal⁶²⁰ e dogmática penal é uma das características mais prementes e irrefutáveis do direito penal atual. Se, no passado, o direito penal era considerado a barreira intransponível da política criminal (*das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*), conforme referia Liszt⁶²¹, a verdade é que, nos tempos presentes, essa relação não apenas se aprofundou, mas acarretou uma certa sobreposição delas.

Conforme antes se referiu, assiste razão a Figueiredo Dias quando constata que hoje se vive o tempo da Política Criminal.⁶²² A vitória de Roxin é, em nossa visão, incontestável.⁶²³ A política criminal não apenas se inoculou no seio da dogmática, mas, de certa forma, a dirige, numa posição de sobrançeria. É exatamente assim, pois, que

⁶²⁰ Sobre os conceitos de política criminal, refere ZIPF que FEUERBACH a concebia como “sabiduría legislativa del Estado”. Franz von LISZT (1905, t. 1, 292) define la Política Criminal como ‘conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según n los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas’. Robert von HIPPEL (1925, 534) define la política criminal como ‘consideración de la eficacia del Derecho Penal bajo el criterio de la conveniencia’. Para PETERS (1932, 12 y s), apoyándose en la célebre distinción de SAUER, repetida en forma lematizada, entre ‘Política criminal y Política criminal’ (cfr PETERS I. C. 5), la Política Criminal es el ‘conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado o el Municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos’. MEZGER (1942, 234), ve la Política Criminal en sentido amplio como ‘el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito’. La definición del concepto usual actualmente debe ser aclarada por algunas opiniones, tanto de dogmáticos del Derecho Penal como de criminólogos. SAX (JZ, 1957, 1) ve la Política Criminal como el ‘conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del derecho penal’. SCHRÖDER (en sesión del XLIII, DJT, 1960, E 3), entiende por Política Criminal ‘la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con que el Estado se enfrenta con el delito’. Según JESCHECK (1972, p. 13), la Política criminal se ocupa de la cuestión de ‘cómo constituir del modo más adecuado el Derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad.’ La Política criminal debe ‘ocuparse de la remodelación de las normas juridicopenales (en sentido amplio) y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y ejecución de la pena’ (GÖPPINGER, 1971. 16). Según KAISER, (1972, 31), ‘pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito’. E para o próprio Zipf, em sintética definição: criação e obtenção de critérios diretivos no âmbito da Justiça criminal. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén: Edersa, 1979. p. 2-4. Ainda sobre a relação entre política criminal e dogmática: DONINI, Massimo. “Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico.” *Dei Delitti e Delle Pene*, anno 5, n. 3, p. 37-75, sett./dic. 1998. Edizioni Scientifiche Italiane.

⁶²¹ LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Guttentag, 1905. v. 2, p. 80. (reimpressão por Walter de Gruyter, 1970).

⁶²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 23.

⁶²³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

se procede na atualidade o primado da política criminal sobre a dogmática.⁶²⁴

E isso em nada afeta aquela definição de LISZT, de que a política criminal é a reunião ordenada de princípios por intermédio dos quais deve ser conduzida a luta da ordem jurídica contra o crime.⁶²⁵ A nós parece que a definição permanece viável.

A questão está na dimensão atual desse predomínio da política criminal. É a política criminal que vem expandindo o direito penal, de forma desarrazoada e, por outras vezes, de forma razoável e necessária.

Foi a política criminal que trouxe para a ribalta da questão penal o problema ambiental, o problema da criminalidade econômica, a questão da “ineficiência do direito penal”. Foi a política criminal, alicerçada na criminologia, que buscou soluções para o problema desse desnivelamento da dogmática penal na persecução dos delitos, dessa tendência para a criminalidade da plebe, dos menos aquinhoados. Tudo isso se nos afigura como verdadeiro.

Porém, o que hoje se dá, de certa forma é uma perversão das ideias de Roxin.⁶²⁶ Não uma política criminal que deveria adentrar no seio da dogmática para buscar decisões corretas e reduzir o espectro penal, mas uma política criminal que em algumas situações sufoca e asfixia a dogmática penal e o processo penal, propondo soluções que vão no sentido do espraiamento desbragado do direito penal, com a criação de tipos penais de antecipação, com a protecção de bens jurídicos coletivos sem o devido cuidado e com a perversão de não poucas garantias

⁶²⁴ Também importante aqui: ANDRADE, Manuel da Costa. “Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional Del Delito.” In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española); SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. p. 153-180.

⁶²⁵ LISZT, op. cit., p. 78. Ainda sobre Liszt: GUARNERI, Giuseppe. “Franz Von Liszt e la política criminale.” *La Scuola Positiva, Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, Milano, serie 4, anno 11, fasc. 1, p. 392-405, 1969.

⁶²⁶ E assim acreditamos, pois, em que pese uma posição de relevo da política criminal, para Roxin, não há um modelo de exclusivo consequencialismo para a protecção eficaz do delito, mas uma política criminal valorativa, que busca integrar as garantias formais e processuais. Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”. In: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Rivero y Maria Del Carmen Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 102. Ainda assim, em que pese essa busca valorativa, na prática, o que se percebe, é cada vez mais, uma utilização pervertida da política criminal, com medidas de embrutecimento da Lei Penal.

processuais.⁶²⁷

Pensemos na delação premiada, instituto que instiga a delação de outros supostos criminosos por um dos réus, nos agentes encobertos, no prolongamento sem fim das interceptações telefônicas sob alegações de proporcionalidade, na multiplicação de supostos crimes de perigo, que na verdade, são autênticas antecipações de pena, apenas para citar alguns exemplos.

Em tais situações, lá está a política criminal, manejada essencialmente pelo legislador e pelos grupos de pressão, a levar, de roldão, a dogmática penal e o processo penal com suas garantias tradicionais, tudo em nome de um direito penal do risco inexorável e necessário.

O mais grave, entretanto, é que a dogmática penal e processual penal, que deveria servir de anteparo ou de superego dessa tendência, possui uma fragilíssima capacidade de persuasão, seja para o legislador, seja para a opinião pública.

E assim, no panorama atual, o que se percebe não é a política criminal que limita o direito penal, de forma a buscar as soluções mais ponderadas e equilibradas, mas uma política criminal que coloca o legislador e o magistrado como ponteiros de um processo de instrumentalização sem limites do direito penal e, especialmente, do destinatário do direito penal, o homem-pessoa.

Sob esse aspecto, ao invés de enfrentarmos aquele problema de que falava Roxin, de uma solução dogmaticamente correta, mas político-criminalmente equivocada, o que ainda ocorre, o que enfrentamos, em boa parte das vezes, é uma

⁶²⁷ Nesse sentido MENDOZA BUERGO, para quem “el rasgo que define y caracteriza la política criminal de los últimos años se resumiría en la tendencia a consolidar un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador”. MENDOZA BUERGO, Blanca. “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 2, p. 287, enero-dic. 1999. E não se deve esquecer, é claro, que as características principais da política criminal são influenciadas pela ideologia sócio-política. Nessa linha: MOCCIA, Sergio. “Función sistemática de la política criminal. principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente.” In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española), SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. p. 79.

decisão político-criminalmente “bem-orientada” (orientada no sentido do aumento das penas e da restrição de garantias), mas dogmaticamente pobre e frágil.

Basta ver para isso os casos nos quais nulidades absolutas (aquelas que afetam interesses públicos e que independem de prejuízo) não são reconhecidas sob o argumento *pas de nullité sans grief*, inclusive em decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil ⁶²⁸. E isso se dá, mais ainda, nos casos rumorosos, nos quais a mídia e a opinião pública depositam suas atenções.

Assim, também, por exemplo, no caso do delito de embriaguez ao volante, alterado pela Lei 11.705/08, por intermédio da qual não se exige mais a colocação concreta em perigo de terceiras pessoas para a configuração do delito, mas tão somente a presença de seis decigramas de álcool por litro de sangue, bem como a obrigação de submissão aos testes de alcoolemia, exames clínicos etc, numa completa afronta à Carta Constitucional brasileira, que no seu art. 5º, LVI, garante o direito a não autoincriminação. Ora, trata-se de um delito, por conseguinte, que deixa vestígios. Mas, como comprovar os seis decigramas por litro de sangue senão pela presença de vestígios? E, como verificar os vestígios sem os referidos devidos exames? Se o crime deixa vestígios, conforme o Código de Processo Penal brasileiro, no seu art. 158, impõe-se a realização de perícia para a confirmação da materialidade. Estabeleceu-se aqui um problema de monta, pois se almeja punir um delito que deixa vestígios, obrigando o suspeito a entregar os vestígios. O que se pretendeu com essa política criminal foi apenas reduzir o número de acidentes por intermédio de uma sanção penal mais dura e de um delito de perigo abstrato, o que não é desprezível. Porém, o que não se pode aceitar, num contexto de garantias

⁶²⁸ E há várias decisões nesse sentido: “o Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - *pas de nullité sans grief* - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 03.02.06)”. Tudo em www.stf.jus.br. Isso se dá inclusive nos casos de insuficiência ou deficiência comprovada da defesa. A súmula 523 do Supremo Tribunal Federal dispõe que, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Ou seja, onde na Constituição está escrito “plenitude de defesa” (caso do Tribunal do Júri – art. 5º, XXXVIII, “a”, da CF/88) ou “ampla defesa” (art. 5º, LV, da CF/88), dever-se-ia ler “defesa ampla ou deficiente, em não ocorrendo prejuízo para o réu”. Eis uma perversão de uma garantia constitucional. O malferimento a um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma regra, representando a a ruptura da própria Constituição. Assim, como salienta Lenio Streck, a interpretação conforme a Constituição constitui-se em mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais, o que não ocorre com a adoção pura, simples e não refletida da tese de que “não há nulidade sem prejuízo”. STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 239-247 e p. 280-281.

plenas, é que isso se dê com a malversação dos princípios do *nemo tenetur*, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal.⁶²⁹

Só por isso, mas também por tudo isso, é que se impõe uma rediscussão das relações entre política criminal e dogmática penal.

Entretanto, não se pode deixar de ponderar que o controle do crime, como asseverou Faria Costa, “nunca poderia ser feito, pelo menos de forma eficaz, se sempre aquela tarefa se tivesse bastado com a dogmática jurídico-penal” [...] a dogmática jurídico-penal precisa de ter ao seu dispor os instrumentos que lhe permitam ‘trabalhar’ o direito penal. E estes instrumentos são, por sua vez, os frutos de um estudo empírico do crime (criminologia) e, bem assim, a orientação estratégica do controlo a efectuar (política criminal)”.⁶³⁰

De fato, solta ao seu alvitre, a dogmática penal tenderia de forma inexorável para o conservadorismo e para a rigidez, sem atentar para realidade do mundo da vida e para a solução mais justa das controvérsias.

Porém, como reequilibrar essa balança sem decair numa espécie de reacionarismo dogmatizante, como manter a elevação da dogmática sem solapar as evidentes e inegáveis qualidades da política criminal ou como recolocar a política criminal no seu devido papel.

Impõe-se, por conseguinte, a necessidade de uma compreensão crítica acerca dessa atual perversão da política criminal, a fim de reforçar o papel relevante e inafastável da normatividade para a evitação da expansão indefinida da ciência penal.

⁶²⁹ Sobre o tema, leia-se LOPES, Fábio Mota. “A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal”. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43-58. E aqui não se pode esquecer a posição de Roxin sobre o assunto, criticando a Escola de Frankfurt e asseverando que, diante de condutores ébrios, só se pode reagir com êxito no momento em que ainda nada tenha acontecido, de forma que defende, em tais casos, os delitos de perigo abstrato. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Rivero y Maria Del Carmen Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 91.

⁶³⁰ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 28.

E assim há de se levar em conta a crítica de Fabio D'Avila, referindo-se também a Stratenwerth, em relação às ideias de Roxin: o grande problema atual é definir as fronteiras do que seria, de fato, a política criminal.⁶³¹ E daí decorre sua crítica acerca da excessiva amplitude do conceito de política criminal para a resolução de problemas, com a consequente funcionalização do conceito de crime e a defesa de uma revalorização de um direito penal normativo.⁶³²

Uma posição que é semelhante àquela de Faria Costa, quando dispõe que:

A nova 'ciência do direito penal total' não deve, por isso, conceder primazias absolutas nem aceitar sujeições impostas. Deve, outrossim, buscar uma conjugação de conhecimento que permita, ao direito penal, realizar aquela fundamental tarefa de Estado. De forma ainda mais clara: deve aceitar que o direito penal, a criminologia e a política criminal movem-se e actuam todas no *mesmo* plano ou segmento. A admitir-se qualquer diferenciação ela, em nosso juízo, estaria sempre na primazia do direito penal (dogmática penal) relativamente à criminologia e à política criminal. Primazia que a existir – o que não defendemos – resultaria por mor da disciplina que nos ocupa. Tratamos de direito penal. Tratamos de uma disciplina jurídica. Logo, o privilegiamento outro não pode ser senão aquele que se prende ao tratamento estritamente jurídico da matéria. Àquele

⁶³¹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23. Conforme refere Fabio D'Avila: "Alega Roxin que a 'tensão entre o interesse da persecução e o da liberdade, pelo contrário, é inerente ao conceito de política criminal, que as funções de motivação e garantia desempenhados pelos tipos são dois lados da mesma finalidade político-criminal'. Para além disso, entende que a interpretação do tipo segundo o bem jurídico, o surgimento da ilicitude material e a noção de reprovabilidade no âmbito da culpabilidade – elementos que ascendem ao espaço teórico-sistemático., a partir do pensamento neokantista – consistem em valorações político-criminais. E não só. O princípio de proteção da ordem jurídica – de que o direito não necessita ceder diante do injusto – encontra fundamento em premissas político-criminais. Os conflitos de valor próprios do âmbito da ilicitude são também questões de política criminal, uma vez que acabam por traçar os limites entre o crime e a justificação. A não punição de fatos em que o agente é exposto a sério perigo se dá apenas por critérios de política criminal, nomeadamente a falta de necessidade de prevenção, em razão da irrepetibilidade, e pela baixa culpabilidade. E a teoria do erro e a desistência na tentativa são (devem ser) fundamentadas apenas pela teoria dos fins das penas. Ora, um tal conceito de política criminal que pretenda assumir tantos papéis só pode ser concebido se ultrapassar os estreitos limites daquele com o qual trabalha Liszt. Aqui, se bem vemos, a noção de política criminal ganha substancialmente em significação. Abre-se para os mais variados princípios reitores do direito penal, de modo não só a abranger seus opostos, como afirma expressamente Roxin, ao referir-se às noções de garantia e prevenção sob um *nullum crimen* político-criminal, mas de forma a encontrar nessa mesma dialética a completude de sua feição. Significa dizer, sem rodeios, que os princípios fundamentais de direito penal, que os critérios axiológicos reitores da dogmática penal são agora nada mais que política criminal. Daí, por certo, não se poder falar em conflito, já que todo e qualquer conflito seria antes um 'conflito' político-criminal, próprio de sua dialética. Eis, pois, o alegado equívoco de Stratenwerth." D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 24.

⁶³² *Ibid.*, p. 26-39.

que se liga inexoravelmente à dogmática jurídico-penal.⁶³³

Sem dúvida, deve-se pugnar pelo equilíbrio de uma concepção que não venha a tolher a política criminal e tampouco venha a constranger ou garrotear a dogmática penal.⁶³⁴ Uma concepção que permita à política criminal propor soluções justas sem solapar garantias, uma concepção que permita à dogmática continuar a existir como limite último, sem desconsiderar o fundamento, a função e a finalidade que são próprias do direito penal, uma concepção que permita o lançar mão da política criminal sempre numa espiral libertária, para fora do sistema penal, não para sua expansão, endurecimento e clausura.

Com isso, não se quer pugnar pelo retrocesso ou pela diminuição da política criminal, mas, sim, apontar o risco que há da perversão dessa concepção num sentido punitivista e expansivo: o uso da política criminal por discursos ideológicos mais conservadores. E assim, também, num sentido do reforço de normatividade penal constitucional, própria de uma ciência penal democrática.

⁶³³ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.29/30.

⁶³⁴ Semelhante é a manifestação de ZIPF, de que ambas, dogmática penal e política criminal são independentes, mas se compenetraram em múltiplos aspectos, mais ainda quando uma política criminal almeja defender a pessoa humana e sua dignidade. Relevante também é a ponderação de ZIPF sobre o processo possível de diminuição dos meios punitivos com a conseqüente manutenção e até aumento de eficácia do sistema penal, por intermédio de um princípio de efetividade que aspira a que a regulação imposta alcance o seu fim. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén: Edersa, 1979. p. 38-46.

TERCEIRA PARTE

**A repercussão da ideia de eficiência onto-antropológica sobre a legitimidade
do ilícito-típico de perigo abstrato**

5 A OFENSIVIDADE A PARTIR DA CATEGORIA DE CUIDADO DE PERIGO NOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

A busca pela eficiência no direito penal, mormente naqueles casos de um direito penal de cariz funcional, tem levado a uma certa profusão dos chamados delitos de perigo abstrato.⁶³⁵ Uma eficiência que reduziria a criminalidade por intermédio dos delitos de perigo abstrato.⁶³⁶ E tal profusão acaba por vir acompanhada pela expansão do direito penal e pela criminalização cada vez mais constante de ataques ou ameaças contra bens jurídicos de cariz coletivo. Essa é uma característica premente do atual direito penal do risco.

E assim o discurso da “eficiência” funcional ou econômica acaba por se infiltrar fortemente na ciência penal, de modo a realizar, muitas vezes, proteções desarrazoadas de bens jurídicos, quando outras esferas poderiam ser chamadas à tona, bem como acaba por inverter, muitas vezes, o ônus da prova nos processos penais e, como se não bastasse, vê-se também, em muitas ocasiões, a própria

⁶³⁵ E aqui é preciso ter o devido cuidado, pois como apontou Luís Greco, hoje poucas coisas são mais modernas no Brasil do que apontar os delitos de perigo abstrato como inconstitucionais. Nessa linha, conforme refere GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 90, jul./ago. 2004; QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 112 e 150; BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 67 et seq; MAGALHÃES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 120 et seq. Ângelo Roberto Ilha da Silva admite a legitimidade em certos casos. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. Também GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 14. Também é preciso o devido cuidado para avaliar, com equidistância, a adoção de toda e qualquer ideia alienígena, sob pena de transplantar, para uma realidade peculiar como a brasileira, noções que, ao fim e ao cabo, não possuem nenhum ou muito pouco poder de penetração na realidade jurídico de um País americano em desenvolvimento. Por isso, a necessidade constante e intermitente de estudo, adaptação e aprofundamento dessas ideias.

⁶³⁶ E o equívoco desse discurso “legitimador” dos delitos de perigo abstrato é nítido e evidente. Na lição de Faria Costa: “a antecipação da protecção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de protecção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção, repete-se enfaticamente. A definição jurídico-positiva e incriminadora de certas condutas de pôr-em-perigo visa obstar à prática desses precisos comportamentos. Porém, repare-se, não é por antecipar o campo normativo de protecção que decai a criminalidade. Esta pode diminuir devido a uma multiplicidade de factores mas é seguro que não diminui pela consagração de um tipo legal de crime de perigo. Esta preciosa e clara compreensão oferece-nos, desde logo, uma conclusão, qual seja: a legitimidade da criminalização das conductas de pôr-em-perigo não advém da circunstância de aquela criminalização fazer diminuir a criminalidade”. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 575-576.

violação do princípio da ofensividade penal.

Por isso, é relevante que se entenda a eficiência como um valor a ser considerado no momento da criminalização e no instante de verificação de determinadas condutas e no estabelecimento dos delitos de cuidado de perigo.

E é preciso entender, em primeiro lugar, que aqui não se está a tratar daquela situação de lesão ao bem jurídico, isto é, numa perda objetiva de valor acarretada ao bem jurídico.⁶³⁷

A ofensa ao bem jurídico não se dá apenas com o dano ou a violação, isto é, com a sua nadição ou diminuição, mas também se pode dar pela expressiva categoria do perigo.⁶³⁸

⁶³⁷ JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND; Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 263; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. v. 1, p. 281.

⁶³⁸ E aqui, por conseguinte, são afastadas aquelas concepções como as de Stübel, referida por Mendoza Buergo, acerca da ação perigosa como verdadeira lesão ao direito, mas também para a manutenção da segurança pública, devendo-se apenas afastar da punição penal aquelas ações nas quais a lesão seria apenas improvável ou meramente possível. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 91-95. E, ainda, relevante se torna lembrar o pensamento de Binding, de que a existência do bem jurídico também pode ser atacada pela lesão ou colocação em perigo, instante em que o legislador vê tal colocação em perigo como específico menoscabo ou afetação do bem na tranquilidade da sua existência. A colocação em perigo como perturbação da segurança da existência (*Erschütterung des Daseinsgeweiheit*). Sem esquecer as concepções de Marxen, Wolter, Rodríguez Montané e Mayer, que consideram que Binding interpretaria todos os delitos de perigo, como delitos de perigo concreto. Em sentido contrário, Torío Lopes e Brehm, para quem Binding considera a própria ação, tida por perigosa, como apta para produzir efeitos. *Ibid.*, p. 103-104. E aqui se impõe uma ponderação acerca do pensamento de Kindhäuser. Isso em razão de que o seu pensamento traz avanços e também problemas. Avanços quando o autor expõe, de forma cabal, a crítica, a nosso juízo, adequada, de que a ideia de lesão aos bens jurídicos não serve para fundamentar materialmente os delitos de perigo abstrato. É relevante tal ponderação, pois traz à tona uma forma ofensiva que se não caracteriza apenas pelo dano/violação, tal qual referimos antes. Daí o rechaço à ideia de punição de determinadas condutas não lesivas por supostamente ameaçarem bens jurídicos, o que seria uma incoerência e uma equivocada antecipação da proteção ao bem jurídico. KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt Am Main: Klostermann, 1989, p. 163 e 168. Segundo Kindhäuser, “nos hallamos ante peligros abstractos cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”. “Acercas de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico”, VVAA, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Molina Fernández. Madrid: 1995. p. 184. Mas, em que pese uma ideia forte e louvável, uma ideia que apresenta problemas como uma brecha para a expansão do direito penal ao não explicitar, de forma mais clara, na sua concepção de segura disposição de bens sem perigo, o que seria, de fato, “segurança” e “perigosidade”. Nesse sentido as críticas de Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 136-147. Ainda sobre a noção de delito de perigo abstrato como sinônimo de situação de perigo ao bem jurídico, leia-se ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 199.

É claro que o dano/violação expressa uma categoria, via de regra, mais impactante, mais incisiva, mais dura, porém não se pode negar que o perigo também se apresenta como uma categoria necessária para a verificação da relevância jurídico-penal nos tempos atuais.

Como salienta Faria Costa, deve-se levar em conta a ofensividade a partir de três determinados níveis: dano/violação, concreto pôr em perigo e cuidado de perigo. Aqui estão os pressupostos fundantes dos delitos de perigo abstrato.⁶³⁹

E aqui se deve centrar a atenção no cuidado-de-perigo, em razão de sua especial correlação com a eficiência. “O estabelecimento do perigo como expressão legítima da ofensividade, diferentemente da situação do dano/violação, quando há uma alteração do real verdadeiro, acarreta sim uma alteração do real-construído”.⁶⁴⁰

Dessa forma, conforme antes se asseverou, os delitos de perigo detêm uma especial característica de desvalor de resultado.⁶⁴¹ Com isso, não se está a afirmar que a peculiaridade dessa especial técnica de tipificação seja a prevenção, posto que, como bem salienta Faria Costa, na verdade, o que se dá é uma antecipação, um espriar do espectro de tutela desse bem jurídico, isto é, não uma prevenção do delito, mas um aumento de punibilidade.⁶⁴²

Mas, até que ponto, esse aumento do espectro de punibilidade é legítimo nos tempos atuais, de inegável e incontestável insegurança ontológica? Até que altura é

⁶³⁹ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 644 e ss.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 580 e ss.

⁶⁴¹ E aqui se deve referir o trabalho de D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 94, no qual o autor refere também as obras de RABL, Kurt, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch: 1933, p. 19 e ss, “para o qual em todos os tipos de crime é necessário um resultado, mesmo nas hipóteses de omissão própria e perigo abstrato; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 356, ao propor a existência de um ilícito primário de resultado (das primäre Erfolgsunrecht) no âmbito dos crimes de perigo abstrato; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg: Max-Planck Inst.für Ausländ u. internat. Strafrecht, 1989, p. 83 e ss, que, no seguimento de Wolter, refere-se também a um ‘ilícito primário de resultado’ (das primäre Erfolgsunrecht), fundamentado no desvalor que expressa o ‘risco de lesão ao bem jurídico tutelado’. E, de certa forma, também GALLAS, Wilhelm, ‘Abstrakte und Konkrete Gefährdung’. In: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 181, ao propor a existência de um ‘potencial’ desvalor de resultado ou ‘pôr-em-perigo’ (potentiellen Erfolgs – oder Gefährdungsunwert).”

⁶⁴² COSTA, op. cit., p. 578.

possível legitimizar uma técnica de tipificação que muitos problemas vem trazendo para a moderna dogmática penal? Qual o limite dos delitos de perigo abstrato? E, de forma relevante, qual a relação especial que se estabelece entre os delitos de perigo abstrato e a noção de eficiência antes vista?

Para responder, de forma frontal, a tais questões, impõe-se uma análise tópica, a fim de que, em primeiro lugar, se adense uma consideração acerca do que é, de fato, um delito de perigo abstrato e de como essa conceituação e construção vem sendo trabalhada na doutrina hodiernamente.⁶⁴³ É claro que aqui o tema será enfrentado de forma não extensiva, não apenas por não ser esse o objetivo, o que desviaria o foco do trabalho, mas também em razão de que se pretende, na verdade, verificar a possibilidade de infiltração de uma concepção legítima de eficiência nesse conceito.

5.1 Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado

a) Rabl

Para Rabl, todo delito impõe a existência de um resultado. E um resultado que se apresente como uma alteração real, um efetivo ataque material a um bem jurídico protegido.⁶⁴⁴ E assim, Rabl repele, de forma clara, os delitos de mera atividade. E defende, também, uma possibilidade de afastamento do perigo, por intermédio da produção de prova, no curso do processo.⁶⁴⁵ Não se trata, portanto, de uma inversão da carga probatória, mas, sim, de necessidade de confecção de prova para a verificação do perigo. O problema é que assim se dilui aquilo que poderia ser um conceito de perigo abstrato, confundindo-o com um autêntico perigo concreto.⁶⁴⁶

⁶⁴³ A conceituação que adiante segue procura delimitar os delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado, de desvalor de ação de imprudência e como delitos de “perigosidade” e de risco. As últimas formas de definição provêm da constatação, de nossa parte, de uma certa tendência atual, para referir tais espécies de delitos como próprias da sociedade de risco, bem como para uma sistematização mais adequada do presente trabalho.

⁶⁴⁴ RABL, Kurt Otto: *Der Gefährdungsvorsatz*. Breslau-Neukirch: 1933. p. 19.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁴⁶ GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 69. Berlin: 1991. p. 187, 188 e ss.

b) Schröder

No seguimento de Rabl, Schröder não deixa de sustentar uma visão de delito de perigo abstrato que tem como resultado uma presunção relativa de perigo. Isso em razão de que, em alguns casos, se poderia permitir uma produção de prova para desfazer o perigo presumido.⁶⁴⁷

Mas quais seriam esses casos? Segundo Schröder, seria possível uma prova da ausência do perigo nos casos em que o tipo penal, de forma concreta e determinada, protege um determinado objeto. Já, naqueles casos em que, em jogo, estivesse um interesse coletivo ou se o objeto do crime fosse incerto ou de identificação incerta, como nos casos de comércio de drogas, porte de arma e infrações de trânsito, por exemplo, não haveria possibilidade de contraprova do perigo.⁶⁴⁸

A maior crítica que aqui é aposta pela doutrina é que se estaria diante de uma inversão do *onus probandi*, o que seria inadmissível à luz do princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, ao repassar ao juiz a tarefa de verificar, *in concreto*, a perigosidade, estar-se-iam restabelecendo os delitos de perigo concreto.⁶⁴⁹

c) Wolter

Esse autor constrói várias subdivisões para os delitos de perigo abstrato, por intermédio das quais almeja alcançar um direito penal do risco eficaz.⁶⁵⁰ Nos casos dos “crimes em massa”, como o tráfego de veículos, posse de armas, crimes ambientais, bastaria a formal realização do tipo para a configuração do delito. Já, em casos outros, haveria um autêntico *ilícito primário de resultado* ou ainda *um ilícito de periculosidade*.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, 1969. p. 15.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 16. Com o mesmo teor a leitura de D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 114.

⁶⁴⁹ Sobre a doutrina: Ibid., p. 115. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 340.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, MENDOZA BUERGO, Ibid., p. 170.

⁶⁵¹ WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 356.

Wolter se vale de uma categoria de delitos determinada “crimes de perigo abstrato impróprio”, nos quais a ausência *in concreto* de qualquer perigosidade traria à tona a violação de um direito penal embasado nas ideias de ilicitude e culpabilidade.⁶⁵²

E, seguindo também o que aponta Fabio D’Avila, haveria aqui a ocorrência de um ilícito penal material de resultado ainda nos casos de perigo abstrato, em razão da criação de um risco adequado de lesão ao bem jurídico, o que afastaria os delitos de mera desobediência.⁶⁵³

Por certo que, também aqui, se há de seguir, sem restrições, a ponderação de Fabio D’Avila, acerca das fragilidades da teoria de Wolter, ao equiparar, sem o devido cuidado, um risco de lesão e a produção de um risco de pôr em perigo, bem como a ausência de previsão de categorias como aquelas de perigo abstrato-concreto e de idoneidade.⁶⁵⁴

d) Martin

Para Martin, o risco juridicamente desaprovado de produção de uma lesão é o verdadeiro resultado dos delitos de perigo abstrato.⁶⁵⁵ E, dessa forma, os delitos de perigo abstrato também deveriam proteger bens jurídicos com dignidade penal, e essa abordagem há de ser feita numa análise *ex ante*, de forma a verificar a ocorrência da criação do risco para os ditos bens.⁶⁵⁶

O que se antolha como relevante e original na construção de Martin é a

⁶⁵² WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 278.

⁶⁵³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 137.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 137-138. E também importa aqui recordar Mendoza Buergo, quando aduz que Wolter também relaciona alguns casos de perigo abstrato como fatos de imprudência. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 165.

⁶⁵⁵ MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut Für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 85. Isso ocorreria inclusive naqueles casos de delitos de massa ou nos casos atinentes ao meio ambiente. No primeiro caso, haveria dificuldade em se aceitar que a conduta não seria perigosa e, o segundo, caracterizaria um delito de lesão. *Ibid.*, p. 93 e 96 e ss.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 84.

separação específica que faz entre a ação e o perigo, de forma a erigir a noção de um delito de abstrato pôr em perigo.⁶⁵⁷

Por fim, importa referir que Martin faz uma ressalva acerca da aplicação de tais critérios quando se trata de delitos de bens jurídicos intermediários espiritualizados (*vergeistigtem Zwischenrechtsgut*) ou ainda aqueles delitos de risco sempre presente, como o funcionamento não permitido de instalações nucleares, do parágrafo 327, Abs. 1 do StGB. Em tais situações, ou haveria uma dificuldade de verificação da lesão ou ainda se daria uma impossibilidade de redução da punibilidade, em função dos riscos.⁶⁵⁸

5.2 Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência

a) Cramer

O trabalho de Cramer centra inicialmente sua abordagem na alegada violação do princípio da culpabilidade por parte dos delitos de perigo abstrato.⁶⁵⁹ A partir daí, o autor faz uma diferenciação bem clara entre delitos de dano, delitos de perigo concreto (caracterizados pela probabilidade de dano) e de perigo abstrato (caracterizados pela probabilidade de um concreto pôr em perigo), de forma que a nota diferenciadora dos delitos de cuidado de perigo seria a lesão potencial ou objetiva do bem jurídico, em razão de uma conduta específica.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut Für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 86.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 94, 96 e ss. De ressaltar, ainda, a referência que Martin faz sobre os chamados delitos de idoneidade, dispondo que diferentemente dos demais delitos de perigo abstrato, os delitos de idoneidade são em geral condutas necessárias e desejadas (o manejo de alimentos por exemplo). *Ibid.*, p. 99.

⁶⁵⁹ CRAMER, Peter. *Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*. Tübingen: Mohr, 1962. p. 49. É relevante a ponderação de Cramer quando escreve que não se pode deixar de afastar a punibilidade naquelas situações em que, devido a máximas de experiência, não se alcançaria, com segurança, um resultado danoso. Haveria aqui uma confrontação com o princípio da culpa, em razão da ausência de perigo para o bem jurídico. Tal situação se aplicaria apenas aos delitos contra bens jurídicos individuais, mas não no caso de bens jurídicos coletivos. Leia-se D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 117.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 68. Interessante também aqui a divergência entre Fabio D'Avila e Mendoza Buergo. O primeiro relaciona Cramer em tópico específico, como defensor de uma ideia de perigo abstrato como

A construção teórica de Cramer sofreu severas e elevadas críticas. Desde a perspectiva de Kaufmann, de que assim teríamos delitos de perigo abstrato como “probabilidade de probabilidade, possibilidade de possibilidade, perigo do perigo de lesão a bens jurídicos”, passando por Roxin, de que assim haveria a transformação dos delitos de perigo abstrato em perigo concreto, porém em menor intensidade, até a crítica de Fabio D’Avila, de que assim não se expressaria qualquer desvalor de ofensividade.⁶⁶¹

b) Volz

Segundo Mendoza Buergo, Volz é quem, de fato, toma uma posição decidida no sentido da subjetivação do conceito de perigo abstrato. Segundo Volz, deve-se levar em conta apenas o desvalor da ação para que seja identificado, de forma autêntica, um delito de perigo abstrato. E, assim, conforme refere Mendoza Buergo, Volz estabelece a noção dos delitos de perigo abstrato a partir da contrariedade ao dever ou da infração ao dever de conduta – por levar a cabo uma conduta perigosa – ou ainda pela superação do risco permitido, em razão de uma atuação que supõe um risco já não permitido.⁶⁶² Isto é, a assunção do risco é tida como uma específica lesão de um dever.⁶⁶³

Entretanto, faz bem ver que Volz estabelece situações em que, por sua atuação vigilante, tomando as devidas medidas de assecuramento para evitar o perigo, cuja produção não ocorre, acabaria por afastar o preenchimento do tipo.⁶⁶⁴

A principal objeção que se impôs ao conceito de Volz foi a ausência de clareza⁶⁶⁵ e limpidez conceitual do que, de fato, seria “assunção de risco”. Na verdade,

probabilidade de perigo concreto. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 115-118. A segunda refere Cramer dentre aqueles que entendem os delitos de perigo abstrato como um delito caracterizado mais claramente pelo desvalor da ação, mas ainda numa posição de transição ou intermediária, como tentativa de superação das ideias de perigo abstrato como desvalor de resultado. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 192-203.

⁶⁶¹ D’AVILA, op. cit., p. 117-118.

⁶⁶² MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 204.

⁶⁶³ Ibid., p. 205.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 205.

⁶⁶⁵ MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur*

sua concepção permite uma abertura por demais acentuada, o que não é permitido.

c) Horn

Horn identifica os delitos de perigo abstrato com uma violação de cuidado objetivo, de forma que, em cada situação específica, se deveria verificar, de forma pontual, a violação ou não do dever de cuidado antes referido.⁶⁶⁶ Trata-se, sem dúvida, de uma forma de crime negligente que não atenta para os aspectos subjetivos da conduta.

E é justamente aí que estão centradas as principais críticas contra Horn, de forma que a sua teoria passaria apenas a ser uma mera condição objetiva de punibilidade.⁶⁶⁷

d) Brehm

Assim como Horn, Brehm também considera que o conteúdo material dos delitos de perigo abstrato está na violação do dever de cuidado. Essa violação do dever é vital para a noção de ilicitude, de forma que ela deve ser percebida de forma *ex ante* à conduta, com sentido de lesar o bem que seria protegido pela norma. E, de certa forma, é aqui que Brehm se afasta de Horn, pois assim passa a demonstrar uma preocupação mais sentida com os aspectos subjetivos da quebra do dever de cuidado.⁶⁶⁸

As críticas contra a teoria de Brehm são muitas, desde uma certa fragilidade e rudimentaridade argumentativa até a ausência de uma fundamentação mais densa

Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut Für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 67.

⁶⁶⁶ HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973. p. 22.

⁶⁶⁷ Nesse sentido: MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster;Hamburg: Lit, 1992. p. 209; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 205; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 120.

⁶⁶⁸ BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*. Tübingen: Mohr, 1973. p. 126-127. E aqui, mais uma vez, é importante se reportar a Fabio D'Avila, pois afirma, com razão, que Brehm faz uma relevante distinção entre "interesse concreto" e "interesse abstrato", nos quais seria mais difícil uma abordagem restritiva, de forma que a ilicitude se poderia comparar à simples violação de normas de proibição. D'AVILA, op. cit., p. 121.

da noção de “interesses abstratos”, passando pelo problema do erro, até a questão da consideração da violação do dever de cuidado apenas de forma potencial, ainda que seja um elemento da norma e fundamento da ilicitude.⁶⁶⁹

e) Schünemann

Segundo Schünemann, impõe-se uma diferenciação entre diferentes espécies de delitos de perigo abstrato. Uma delas, caracterizada pelos delitos com um “vergeistigten Zwischenrechtsgut” (bem jurídico-intermédio-espiritualizado), e outra, naqueles casos de delitos “em massa” ou condutas em massa (Massenhandlungen). No primeiro caso, pequenas lesões sem relevância poderiam excluir a punibilidade, enquanto, no segundo, como, por exemplo, no tráfego de veículos, não haveria restrição à punibilidade.⁶⁷⁰

Nos demais casos, Schünemann afirma que o legislador almeja justamente a sanção contra a violação da proibição. Aí é que se encontra a necessidade de harmonização com o princípio da culpabilidade, o que se daria pela figura da tentativa imprudente, caracterizada por uma infração subjetiva do dever de cuidado.⁶⁷¹

Em que pese a tentativa de Schünemann de buscar uma saída para os problemas atinentes aos delitos de perigo, sua concepção também logrou receber fortes críticas, em razão de acabar por antecipar, até as fronteiras de uma tentativa negligente, a possibilidade de punibilidade do direito penal.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Sobre as críticas, MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 220-223.

⁶⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte”, *JA*, 1975. p. 798.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 798.

⁶⁷² Bem intensa foi aqui a crítica de Fabio D’Avila, conforme segue: “tal elaboração, todavia, muito pouco nos diz em termos de recuperação do ilícito. Ao optar por um critério de legitimação exclusivamente subjetivo, identificado na violação do dever subjetivo de cuidado, Schünemann rompe com as exigências impostas por uma concepção objetiva do *Unrecht*. Como deixa muito claro no exemplo referido, considera suficiente para a punibilidade, o juízo subjetivo do autor, mesmo que objetivamente incorrecto, acerca do descuido de sua conduta. Admitir uma hipótese como esta, é ir mais além da própria punibilidade da já conhecida e problemática tentativa inidônea, é conferir legitimidade a uma insólita tentativa negligente inidônea. Em outras palavras, admitir para além da punibilidade da mera vontade criminosa, também a negligência irreal, fictícia, existente unicamente no imaginário do autor.”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 123-124.

f) Roxin

Assim como Schünemann, Roxin estabelece diferenciações nos casos de delitos de perigo abstrato. E isso se dá em razão da busca da evitação de eventual violação do princípio da culpabilidade.

Dessa forma, Roxin entende que, naqueles casos de delitos tradicionais de perigo abstrato, assistiria razão a Schünemann, ao trabalhar a categoria de uma tentativa negligente.⁶⁷³

Nos casos dos crimes em massa, como os delitos de trânsito, Roxin entende que a punição deveria ocorrer, mesmo naqueles casos de ausência de colocação em perigo. O mesmo se daria nos delitos de perigo abstrato com bens jurídicos espiritualizados, pois bastaria o desvalor da ação para a ocorrência da punibilidade.⁶⁷⁴

A grande qualidade que pode ser apontada, no que se refere às ideias de Roxin, é a defesa empedernida que faz sobre o fato de os delitos de perigo abstrato também objetivarem a proteção de bens jurídicos.⁶⁷⁵

g) Silva Sánchez

Segundo Silva Sánchez, os delitos de perigo abstrato são delitos de perigo real que se caracterizam por uma periculosidade *ex ante* da conduta. Ele repele, desse modo, a noção de delito de perigo abstrato como delito de perigo presumido, pois ofenderiam uma noção que visualiza o direito penal como protetor de bens jurídicos.⁶⁷⁶

⁶⁷³ ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. v. 1, p. 357. Também menciona aqui que a solução antes referida seria a mesma para aqueles casos de delitos de perigo abstrato-concreto, com certos elementos de acerto determinados pelo órgão judicial. *Ibid.*, p. 358-359.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 359.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 358. Ainda assim, a concepção de Roxin deixa a desejar quando não dá às categorias da ofensividade e da culpa um valor mais altaneiro. Nesse sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 126-129.

⁶⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 233-234. Por isso mesmo, pela falta de um conteúdo lesivo suficiente ou de um perigo relevante, Silva Sánchez rechaça os chamados delitos de acumulação, que seriam apenas uma forma de simplificar os problemas de imputação, bem como assevera que nem sempre a realização aparente do tipo signifique uma

Assim, os delitos de perigo abstrato poderiam ser entendidos em razão da pretensão do legislador de realizar uma antecipação da barreira de intervenção jurídico-penal a fatos que se podem entender como modalidades determinadas de imprudência não seguidas de resultado lesivo ou perigoso.⁶⁷⁷

h) Corcoy Bidasolo

Corcoy Bidasolo objetiva estabelecer uma teoria normativa do perigo, de forma que um injusto objetivo supõe a criação de um risco grave para um bem jurídico-penal. Mas não só, pois a mesma autora refere que a constatação da existência de um perigo idôneo *ex ante* de lesão de um bem jurídico resultado é como um denominador comum de todo delito, seja de lesão, de perigo, de dolo ou de imprudência.⁶⁷⁸

De outra parte, Corcoy Bidasolo afirma que há uma autonomia dos delitos de perigo e uma compatibilidade desses delitos com o princípio da ofensividade, bem como busca estabelecer uma concepção de delitos de perigo congruente com as garantias de um direito penal de intervenção mínima. Para isso, realiza uma análise da antijuridicidade e ofensividade dos delitos de perigo identificando quais bens jurídicos são protegidos, bem como quais os mecanismos de motivação relacionados com as normas penais que castigam essa espécie de comportamentos. De forma que a antijuridicidade material requer a concorrência de um perigo objetivo idôneo desde uma perspectiva *ex ante*, assim como a lesão de um bem jurídico penal desde uma perspectiva *ex post*, não havendo razão para a distinção entre delitos de perigo e delitos de lesão.⁶⁷⁹

efetiva realização desse mesmo tipo. *Ibid.*, p. 234-236.

⁶⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 234.

⁶⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 40-41.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 143 e ss.

5.3 Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco

a) Gallas

Gallas também trabalha com uma noção de perigo abstrato como antecedente ou estágio prévio ao perigo concreto. Nos casos dos delitos de perigo abstrato, há uma chamada “perigosidade” geral da conduta, diferentemente de um resultado, o que é próprio dos delitos de perigo concreto.⁶⁸⁰

Ainda acerca da noção de perigo como possibilidade de pôr em perigo, conforme refere Fabio D’Avila, Gallas afirma que a sua realização se deve dar *ex ante*, em conformidade com o desvalor da ação. Porém, a “perigosidade” se deve dar também numa perspectiva *ex post*, levando-se em conta um potencial desvalor de resultado, sempre atentando para as circunstâncias do caso concreto.⁶⁸¹

b) Giusino

Manfredi Giusino vislumbra os crimes de perigo abstrato, por intermédio da ideia de normal periculosidade do fato, de forma que haveria fatos que, por si só, trariam uma perigosidade própria.⁶⁸²

Dessa maneira, são as regras de experiência que delineiam uma conduta como perigosa, justamente no momento histórico das elaborações legislativas. Mas uma responsabilidade de relevo também caberia ao julgador, no instante da decisão, de forma a encontrar a periculosidade do fato no caso concreto, a periculosidade daquela efetiva realização típica. A barreira desse ilícito de perigo abstrato, descrito por Giusino, estaria na não impossibilidade de dano no caso concreto.⁶⁸³

⁶⁸⁰ GALLAS *apud* D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 145.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 145-146.

⁶⁸² GIUSINO, Manfredi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 402.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 404-407.

c) Mayer

Mayer busca congregar legitimizar os delitos de perigo abstrato a partir de uma leitura constitucional. Mas a posição do autor não fica resumida nessa colocação, de forma que ainda refere, que nessa classe de delitos ainda deveria haver uma relação negativa com o bem jurídico ⁶⁸⁴ e uma periculosidade que seria própria da conduta desfechada pelo autor, uma periculosidade da ação que ocasionaria um desvalor de periculosidade (*Gefährlichkeitsunwert*).⁶⁸⁵

Assim, nos chamados delitos de perigo abstrato, a conduta típica deveria acarretar uma causa de possibilidade de lesão ao bem jurídico.⁶⁸⁶ De outra parte, essa periculosidade haveria de ser constatada *ex ante*, por intermédio de um juízo sobre a lesão capaz de ocorrer, levando-se em consideração as circunstâncias do fato e a capacidade do autor de utilizar os seus próprios conhecimentos, de forma que só uma probabilidade de lesão, acima de um risco geral, é que preencheria o tipo penal.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Interessante que aqui Mayer procura substituir aquelas expressões como lesão ao bem jurídico (*Rechtsgutsverletzung*), pôr em perigo o bem jurídico (*Rechtsgutsgefährdung*), prejuízo ao bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) ou ofensa ao bem jurídico (*Angriff auf das Rechtsgut*) pela chamada relação negativa com o bem jurídico (*Negative Rechtsgutsbezug*). MAYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 93.

⁶⁸⁵ MAYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 179.

⁶⁸⁶ Ou, como afirma o próprio Mayer: "Die in den 'abstrakten Gefährdungsdelikten' vorausgesetzte Tathandlung muß m.a.W. als mögliche Ursache der Verletzung des geschützten Rechtsguts erscheinen". *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 182-183.

⁶⁸⁷ Conforme refere Mayer: "Das Gefährlichkeitsurteil ist auf die Tathandlung bezogen unter Berücksichtigung aller Umstände als Prognose ex ante zu fällen. Die dabei heranzuziehenden Erfahrungssätze müssen zum Zeitpunkt der Tathandlung bereits entdeckt sein. Die Prognose muß die Verletzung eines Rechtsguts als über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehend wahrscheinlich erscheinen lassen." *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 207. Também é relevante trazer à tona, nesse instante, o trabalho de Hirsch, por sua semelhança com o pensamento de Mayer, ao menos em nosso juízo, pois também almeja estabelecer novas concepções para a noção de perigo abstrato. Para Hirsch, a ideia de perigo abstrato deveria ser cindida em periculosidade concreta (concreta possibilidade de lesão ao bem jurídico, percebida ex ante) e periculosidade abstrata (uma perigosidade imanente ao tipo, de risco, que independe de qualquer ajuste concreto). HIRSCH, Hans Joachim. "Gefahr und Gefährlichkeit". In: *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 548-550 e ss. E, por sua vez, semelhante com Hirsch, está Zieschang, que inclusive aceita a terminologia de Hirsch, de delitos de periculosidade concreta e periculosidade abstrata, porém cria também os chamados delitos de potencial por em perigo, autênticos crimes de resultado, caracterizados pela concreta situação perigosa, com uma lesão ou exposição do bem jurídico ainda que de forma potencial. Zieschang ainda refere aqueles casos dos crimes de perigo como mero descumprimento de uma norma. Nesse diapasão, Zieschang assevera que os crimes de "perigosidade" abstrata deveriam ser considerados apenas na esfera administrativa e aqueles delitos de "perigosidade" concreta, de lesão, de potencial por em perigo e de concreto por em perigo caberiam ao direito penal. ZIESCHANG, Frank. *Die*

d) Mendoza Buergo

Segundo Mendoza Buergo, sua concepção parte de uma influência necessária dos princípios informadores e limitadores do direito penal, bem como de uma noção de proteção dos bens jurídicos, da ideia de lesividade, fragmentariedade e *ultima ratio*.⁶⁸⁸

Desse modo, só podem ser consideradas verdadeiramente típicas aquelas condutas que, segundo Mendoza Buergo, além de coincidir com a descrição do tipo, constituem ações antinormativas que atentam contra o bem jurídico protegido, por serem lesivas ou perigosas. E assim o desvalor objetivo material da ação se revela como elemento central da constituição do tipo de injusto.⁶⁸⁹

E, para além disso, Mendoza Buergo afirma que a chamada “perigosidade” é um elemento imprescindível do injusto. Assim, a “perigosidade” da conduta é um elemento objetivo necessário do injusto em todos os delitos, que se não de valorar por um juízo *ex ante*.⁶⁹⁰

De outra parte, Mendoza Buergo afirma que aqueles delitos puros de perigo abstrato devem ser evitados, exceto naqueles casos flagrantes de “perigosidade” da conduta.⁶⁹¹

Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 391. No mesmo sentido as citações de D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 151-53 e MENDOZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 320-322.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 350.

⁶⁸⁹ Ibid., p. 392-393.

⁶⁹⁰ Ibid., p. 395.

⁶⁹¹ Relevante aqui é a afirmação de Mendoza Buergo: “Este modelo de delito de peligro abstracto, por tanto, puede responder a las expectativas de proveer un modelo de tipificación dogmáticamente adecuado y político-criminalmente legítimo de conductas peligrosas, pues dotan de mayor contenido de injusto al delito de peligro abstracto puro y exigen la constatación del contacto efectivo – más azaroso – de la conducta con un posible objeto del bien jurídico. Realmente suponen un modelo de tipificación del peligro abstracto donde se plantea por primera vez la comprobación de lo que positivamente es un peligro abstracto, pues en los clásicos delitos de peligro abstracto no se lleva a cabo. La fórmula, a pesar de la heterogeneidad de su plasmación típica, es propuesta cada vez más como modelo a utilizar de manera preferente por el legislador, en lugar del tipo clásico de delito de peligro abstracto, por quienes, como también se sostiene aquí, piensan que ésta última técnica de tipificación del peligro abstracto debe ser evitada en la mayor medida posible.” Ibid., p. 414-415.

Por fim, Mendoza Buergo exige que mesmo naqueles casos de perigo abstrato puro deveriam estar presentes a real “perigosidade” da conduta, bem como aquelas características fundamentais da chamada teoria da imputação objetiva.⁶⁹² Só assim, poder-se-ia alcançar a relevância típica da conduta, decorrente de um risco ou perigo de elevada significação.⁶⁹³

e) Wohlers

Embora a inclusão de Wohlers nessa temática seja polêmica, em razão de que propõe uma noção bem diferenciada de delitos de perigo abstrato, parece que esse autor também traz consigo uma noção de delito relacionado com “perigosidade” e risco.

Segundo Wohlers, há casos em que a ação típica, por si só, já leva o perigo ao bem jurídico, de forma que deveria incidir sobre a figura do delito abstrato. Seria o caso de criminalização em razão do surgimento de um perigo para além do alcance do autor.⁶⁹⁴ Em outras situações, não haveria outra solução senão utilizar-se da categoria dos delitos de acumulação, devidamente temperados por prognósticos ou expectativas realistas.⁶⁹⁵ E haveria também outra situação que permitiria a

⁶⁹² Para ser mais expressivo: “Así pues, resulta necesario exigir la peligrosidad efectiva de la acción en el caso concreto, desde una perspectiva *ex ante*, para cuya determinación entiendo que, en el plano dogmático, puede ser especialmente útil y oportuna la aplicación de criterios de imputación objetiva, fundamentalmente, aunque no sólo, porque constituye la construcción actualmente en mejores condiciones de fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos”. *Ibid.*, p. 440.

⁶⁹³ Como refere Mendoza Buergo: “Em definitiva, la cuestión de La creación o no de un peligro típicamente relevante, se injuicia desde la perspectiva *ex ante*, siendo decisivo el criterio de si un observador objetivo hubiera considerado en ese momento que la conducta correspondiente era arriesgada o aumenta el peligro, teniendo también en cuenta los eventuales conocimientos especiales del autor.” *Ibid.*, p. 460.

⁶⁹⁴ WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechys – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 311 e ss. Segundo Wohlers: “Wie oben dargelegt, erfaßt der Deliktstypus des konkreten Gefährlichkeitsdelikts Verhaltensweisen, bei denen eine konkrete Gefährdung bzw. Schädigung nur deswegen ausgeblieben ist, weil sich kein Rechtsgutobjekt im Einwirkungsbereich des Täters befand. Der Sache nach handelt es sich bei den diesem Delikttypus angehörenden Straftatbeständen um tatbestandlich vertypete Gefährsetzungen”. *Ibid.*, p. 311.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 318 e ss. De ressaltar, como salienta Fabio D’Avila, que o grande impulsionador da ideia de delitos de acumulação foi Kuhlen, ao trabalhar uma leitura diferenciada dos delitos de poluição, a partir de uma perspectiva antropocêntrica-ecocêntrica. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119-120. Também defendendo uma ideia de acumulação para a punição de delitos de perigo abstrato, principalmente nos casos de meio ambiente, encontra-se Hefendehl. Aliás, Hefendehl vai além, tratando também da necessidade de se trabalhar as espécies de delito a partir dos bens jurídicos protegidos, de cariz coletivo ou individual, trazendo à tona ainda a figura daquilo que poderíamos referir como delitos com lesividade potencial. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002. p. 157 e ss.

criminalização pela categoria típica do perigo abstrato: aquelas situações em que não há propriamente um bem jurídico afetado, mas que, ainda assim, merecem uma atenção especial, pois poderiam potencializar o perigo de que o próprio agente ou outras pessoas venham a cometer uma ação mais lesiva.⁶⁹⁶

5.4 Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo de Faria Costa

a) Faria Costa

Se a matriz do nosso pensamento acerca da eficiência está na relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo, por certo que aqui também fomos influenciados por essa linha de pensamento. E o fomos não por uma adesão a um argumento de autoridade, mas em razão de que tal construção, ao nosso sentir, é aquela que permite a melhor abordagem e aproximação para os problemas dos delitos de perigo abstrato e de sua relação com a eficiência.

Não se trata, por conseguinte, de desprezar as construções que antes vimos. Ao contrário, trata-se, sim, de estruturar uma noção de eficiência que, para nós, repercute, de forma certa, nos delitos de perigo abstrato.

Por tudo isso, não podemos fugir de nossa raiz epistemológica, de nosso próprio cerne científico, que é o pensamento onto-antropológico do cuidado de perigo, desenvolvido por Faria Costa.

E essa relação onto-antropológica de cuidado de perigo, de cuidado com o outro e entre todos, repercute essencialmente nos delitos de perigo abstrato, que se mostra um campo fecundo de problematizações para a política criminal, à dogmática

⁶⁹⁶ WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechjhs – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlin: Dunckr & Humblot, 2000. p. 328 e ss. Como refere Wohlers: “Wie oben dargelet wurde, liegt das spezifische Risikopotential der hier als Vorbereitungsdelikte bezeichneten Verhaltensweisen darin, daB entweder der Handelnde selbst oder abe reina andere Person na das Ergebnis der in Frage stehenden Verhaltensweise anknüpfen und hieraus dann die BeeinTrächtigung eines Interesses resultieren kann”. Ibid.

penal e à própria legitimidade das incriminações legislativas em direito penal. É precisa a indagação de Faria Costa: “*onde radica a legitimidade do Estado para punir meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir, não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente a situação ‘potencial’ de pôr-em-perigo?*”.⁶⁹⁷

Faria Costa, entretanto, repele a ideia de que a legitimação dos delitos de perigo abstrato se dê pela pretensa diminuição da criminalidade.⁶⁹⁸ Na verdade, segundo afirma Faria Costa, há um outro nível de ofensividade em relação ao bem jurídico que vai além do dano-violação, um espaço de ofensividade que se caracteriza pela “comoção de certeza do ser”.⁶⁹⁹ E é partir dessa noção que se percebe uma ofensa que permite trazer à baila a técnica de cuidado de perigo, a partir de uma afetação daquele halo que circunda o bem jurídico, ao qual a comunidade concede a dignidade da proteção penal.⁷⁰⁰

Eis o ponto de chegada, o limite da interferência jurídico-penal, o alcance mais distante que se pode alcançar, legitimamente, com a ciência jurídico-penal. E, assim,

O desvalor de cuidado-de-perigo fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo abstracto, independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico. A razão de ser do desvalor inerente ao cuidado-de-perigo com que queremos fundamentar os crimes de perigo abstracto está ainda, se bem que de uma forma tênue, na perversão da matricial e originária relação de cuidado-de-perigo. A perversão dessa relação suscita, não um dano, não um perigo, mas um cuidado-de-perigo.⁷⁰¹

Da mesma forma, Faria Costa não vislumbra uma incompatibilidade dos delitos de perigo abstrato com a ofensividade ou com um paradigma constitucional, pois não bastaria ao legislador definir uma conduta de perigo abstrato, mas também verificar se a utilização da categoria do cuidado de perigo, a mais avançada das defesas jurídico-constitucionais permitidas, estaria destinada a proteger, por meio de

⁶⁹⁷ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 568.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 578.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 630.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 630.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 634.

uma ligação, um bem jurídico com dignidade penal.⁷⁰²

b) Fabio D'Avila

Seguindo a perspectiva de uma visão onto-antropológica de cuidado de perigo, Fabio D'Avila assevera que em razão de uma impossibilidade de criação de tipificações perfeitas de cuidado-de-perigo, o julgador deveria atentar não apenas aos aspectos formais, mas também aos critérios de ofensividade, repelindo, por conseguinte, todas aquelas situações em que a lesão ao bem jurídico se torne impossível.⁷⁰³

Desse modo, o autor expressa que os dois primeiros elementos essenciais dos delitos de perigo abstrato seriam a ausência ou não exigência de um bem jurídico concretamente exposto a perigo e à necessidade de uma situação relacional que possa expressar, ainda que de forma mínima, o conteúdo conformador da noção de perigo.

E daí Fabio D'Avila salta para uma ideia de acertamento dos delitos de perigo abstrato, a partir de uma possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico. Nessas situações, dever-se-ia realizar, inicialmente, um juízo *ex ante* de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido e, posteriormente, um juízo negativo de significação dessa possibilidade, sob o âmbito normativo do tipo. A ofensa, em tais casos, assumiria a forma de uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, uma inadmissível perturbação na tensão primitiva da relação de cuidado de perigo que o ilícito-típico de perigo abstrato pretende evitar. Somente haverá ofensividade, assim, caso haja a intersecção do raio de ação do perigo, com a esfera de manifestação do bem jurídico. Todavia, ainda haverá situações em que tal intersecção não acarretará uma efetiva ofensa, em razão daquele critério antes referido da não insignificância.⁷⁰⁴

⁷⁰² COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 646-650.

⁷⁰³ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 166-167.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 172-173. Ainda, seguindo um critério de determinação dos delitos de perigo abstrato a partir de um pensamento onto-antropológico de cuidado de perigo, a dissertação de MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, Porto

5.5 Uma colocação sobre a eficiência como critério de acerto dos delitos de perigo abstrato a partir de cinco problemas reitores

A nossa concordância com o critério criado e sustentado por Faria Costa para solver a questão da legitimidade atinente aos delitos de perigo abstrato já foi colocada. Entretanto, também nos parece pertinente que se revele aqui a opinião de Fabio D 'Avila, ao estabelecer critérios para o esclarecimento dos delitos de perigo abstrato.

E essa concordância é mais relevante quando se trabalha com a noção de eficiência que construímos, uma noção de otimização de legitimidade numa simbiose entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal.

Mas qual a repercussão que pode ter a eficiência para os delitos de perigo abstrato? Conforme referimos, hoje se está a falar de eficiência como redução de criminalidade, de forma que se lança mão dos delitos de perigo abstrato, para pretensamente se diminuir a criminalidade.

Não é esse o nosso paradigma. Bem ao contrário. Entendemos ser impossível trabalhar os delitos de perigo abstrato sem atentar para a ideia de bem jurídico, para a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, como também para a finalidade de justiça e paz jurídica, que é a finalidade do direito penal. Não que, sempre e em todas as situações, esse modelo de tipificação esteja a exigir um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa ou a afetar direta e frontalmente uma esfera de manifestação dinâmica dos bens jurídicos, mas, sim, que, sempre no norte da tipificação deve estar a ideia de bem jurídico, pois não se há de lançar mão do direito penal, senão para, ao fim e ao cabo, proteger os bens jurídicos.

Assim, parece-nos que há de se agregar aquela concepção de Faria Costa uma ideia de eficiência, de eficiência como unidade de sentido entre a função, o fundamento e a finalidade do direito penal.

Mas aqui se impõe uma diferenciação. É que, ao nosso ver, a indagação que se haverá de fazer, numa perspectiva *ex ante*, não é apenas aquela que diz respeito à real possibilidade de afetação do bem jurídico, mas, para além disso, uma dupla interrogação seja acerca da afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, bem como acerca da real possibilidade de afetação do bem jurídico. E, num segundo momento, aí, sim, atinente ao âmbito normativo do tipo, mais uma dupla interrogação, acerca da não insignificância da conduta e do alcançamento da justiça e da paz jurídica para reconhecimento do ilícito típico. E, diga-se, justiça e paz no sentido que referimos, de ponderação, de equilíbrio, de medianidade, numa espécie de prognose, antes mesmo da visualização de um resultado concreto.⁷⁰⁵

Desse modo, impõe-se que coloquemos as nossas ponderações ante alguns casos corriqueiros dos pretórios, a fim de verificar se elas efetivamente são capazes de solver essas questões atinentes aos delitos de perigo abstrato.

E, assim, trazemos à luz alguns problemas significativos que ocorrem no cotidiano forense. Problemas que, em nossa visão, não vêm sendo enfrentados de forma mais determinada na realidade pretoriana. E é justamente aí, nessas situações problemáticas, que se deve ressaltar a possibilidade ou não de repercussão da ideia de eficiência nos delitos de perigo abstrato. Só assim, poder-se-á verificar a fragilidade ou a densidade de uma concepção que julgamos necessária.

a) A criminalização e punição da conduta do usuário de drogas

Imaginemos um indivíduo que está a consumir ou a trazer consigo para consumo determinada quantidade de substância entorpecente. Segundo a legislação brasileira, tal conduta é criminosa.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ E aqui nunca é prudente esquecer o que disse RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1995. p. 172. “É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio, ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer a cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade”. p. 169.

⁷⁰⁶ Leia-se o art. 28 da Lei 11.343/06: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

A primeira indagação que se há de fazer é: houve afetação aí a uma situação onto-antropológica de cuidado de perigo? A relação de cuidado do eu para com o outro não teve aí qualquer afetação. Afetação haveria se, por exemplo, determinado indivíduo estivesse a repassar a substância para que terceiros viessem a consumir. Ou de outra forma, afetação houve em relação ao cuidado que o consumidor deveria possuir consigo mesmo. Pode-se afirmar que ele não teve esse cuidado. Porém, até quando se pode permitir que o direito penal invada a intimidade dos cidadãos, sabendo-se que está aí um valor consagrado inclusive na Constituição Federal (Art. 5º, X). A seguir esse passo, dentro em pouco o direito penal estará, mais uma vez, a punir as atitudes internas ou os atos que não extravasam o âmbito do próprio autor, tal como concepções ideológicas alternativas ou até o homossexualismo.

Assim, para a nossa concepção, essa conduta não ultrapassaria sequer o primeiro ponto de clivagem de uma ideia de eficiência dos delitos de perigo abstrato.

Mas vamos além. Imaginemos que tal ponto fosse superado, sob a alegação de que o direito penal, apesar de não punir a autolesão como regra, permite a punição de uma autolesão para, por exemplo, receber benefícios indenizatórios ou de seguro.⁷⁰⁷ E, assim, tendo em vista que a conduta do usuário causaria futuros malefícios para terceiros, tal conduta afetaria uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Então, haver-se-ia de perguntar: a conduta está efetivamente causando uma real possibilidade de dano ao bem jurídico saúde pública, o bem jurídico supostamente protegido pela norma? O primeiro dano que está a haver, por certo, não é à saúde pública, mas, sim, a saúde do próprio consumidor. Que estranha maneira de se proteger um bem jurídico, violando outro de envergadura maior. A conduta do autor, até prova em contrário, não está ultrapassando o seu próprio raio de ação. E, enquanto não ultrapassar o seu âmbito de ação, não se poderia incriminar tal conduta, sob pena de realizar uma suposta proteção

será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Embora a lei atual não preveja pena privativa de liberdade, já há no Congresso Nacional brasileiro, forte movimento para a alteração da lei, a fim de que se aplique pena privativa de liberdade ao usuário de drogas.

⁷⁰⁷ O caso do delito de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, conforme art. 171, V, do Código Penal brasileiro: “Art. 171, V – destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências de lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”.

antecipada de um bem jurídico penal, violando outros bens jurídicos, como a honra, a dignidade, a intimidade etc. Não se vislumbra aí, sequer, afetação àquela esfera de manifestação do bem jurídico.⁷⁰⁸ Portanto, onde está aqui o cumprimento da função do direito penal? Não se vislumbra nenhuma afetação para a esfera de manifestação do bem jurídico ou para o próprio bem jurídico.

Mas, se, ainda assim, se alegasse que, por via indireta, se veria afetada a saúde pública, pois o consumidor fatalmente buscaria o auxílio dos órgãos de saúde, que seriam afetados por tal conduta, haveria ofensividade capaz de legitimar a punição de uma conduta assim?

Por certo que se deveria indagar ainda acerca da quantidade da substância entorpecente apreendida, a fim de se verificar ou não a aplicação da insignificância, como sugere Fabio D'Avila, em ponderação já referida. Não haveria motivo para punir uma conduta insignificante sob o ponto de vista jurídico-penal, sob pena de violação de uma concepção razoável de ofensividade.

Entretanto, é dever não esquecer que a realidade pretoriana é rica em alternativas, de forma que se poderia redarguir, afirmando, com razão, que os Tribunais Superiores brasileiros não aplicam a insignificância no caso de delitos de tóxicos, pois a lei brasileira não fala em quantidade de substância entorpecente, como antes referimos.⁷⁰⁹

Aí chegaríamos ao ponto final, no qual se deveria indagar: é justo, é razoável,

⁷⁰⁸ Segundo Cornelius Nestler: "La punibilidad de la posesión de sustancias estupefacientes viene a proteger los bienes jurídicos, ante todo la salud, de los otros consumidores que podría verse perjudicada por El propio consumo. Este objeto de protección penal es ilegítimo, tanto penalmente como desde el punto de vista constitucional". NESTLER, Cornelius. "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes." In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Estudios de Derecho Penal, n. 15, Granada: 2000. p. 74.

⁷⁰⁹ E, em que pese esse continue a ser o entendimento majoritário, houve o reconhecimento de aplicação da insignificância para crime de porte de substância entorpecente no âmbito militar, em acórdão do Supremo Tribunal Federal de nº 90.125-5, no qual votou vencida a relatora Min^a Ellen Gracie e reconhecendo a insignificância das condutas os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, aplicando também o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso concreto, o réu portava dentro de estabelecimento militar a quantia de 2,23 g de substância entorpecente, para consumo próprio. A conduta foi considerada insignificante do ponto de vista criminal, e o militar foi absolvido. In www.stf.jus.br, acesso em 10.12.2010.

é ponderado, é necessário, alcança uma paz jurídica a aplicação de uma sanção criminal em tais casos?

Por certo que aqui se poderá afirmar: trata-se, pois, de uma questão de política criminal, uma opção legislativa, pela qual o legislador definiu a conduta como criminosa e ao jurista não caberia, nesse instante, discutir a validade, oportunidade e justiça dessa decisão. Mas o jurista não fica refém do legislador no caso concreto. Deve ponderar se a sua decisão, ao fim e ao cabo, é justa, é equânime, é razoável para proteger um bem jurídico, ou se os efeitos da aplicação da lei serão ainda mais nefastos e afastarão a ocorrência da paz jurídica.

Ora, num caso assim, está-se diante ou de um consumidor eventual, de um dependente contumaz, de um consumidor contumaz etc. O que é mais justo e razoável para a solução do problema: a estigmatização do réu, sua condenação ou a intervenção de outras esferas do direito que poderiam tratar o problema como uma contraordenação, por exemplo (tal como ocorre em Portugal, com êxito, em muitos casos)?⁷¹⁰

Ao nosso ver, há uma evidente “ineficiência” na punição de tal conduta, e sequer estamos a falar de efeitos secundários maléficos dessa punição, mas somente sob uma perspectiva que antes referimos, acerca do fundamento, da função e da finalidade do direito penal.

Não conseguimos observar, apesar de um não desprezível esforço, como a conduta do usuário ou consumidor de drogas afeta a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, a esfera de manifestação ou o próprio bem jurídico, bem como não acreditamos na justiça, ponderação, equilíbrio e medianidade de uma punição assim, que vem promovendo uma inegável fragilização da ideia de paz jurídica, em razão da violência que circunda a questão da droga, especificamente no Brasil.

Não há, portanto, legitimidade para essa tipificação e, tampouco, para a

⁷¹⁰ Aliás, como comentou o ex-Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, no Seminário Internacional do IBCCRIM, em 2010, referindo a legislação portuguesa de abordagem do usuário de drogas como um modelo a ser seguido.

criminalização dessa conduta, tudo a demonstrar a cabal ineficiência desse tipo penal, seja do ponto de vista dogmático, seja sob a perspectiva da política criminal.

b) A criminalização e punição da posse ou do porte de arma de fogo

Um outro exemplo que se nos antolha como relevante é aquele que já referimos e diz respeito ao porte ou também à posse de arma de fogo.⁷¹¹ Conforme referimos antes, há aqui uma viva controvérsia na doutrina, porém o mesmo não se pode dizer da jurisprudência, que vem punindo tais condutas de forma corriqueira.

Analisemos duas situações. A primeira, que nos parece mais simples, a de um cidadão que possui em casa uma arma de fogo desmuniçada ou apenas munição ou acessório de arma de fogo, porém sem a arma. Do nosso ponto de vista e segundo a doutrina que já referimos, estamos diante de um delito de perigo abstrato, ao menos do ponto de vista formal, pois não se vislumbra aqui nenhum resultado de lesão ao bem jurídico e tampouco de concreto pôr em perigo.⁷¹²

⁷¹¹ Conforme os arts. 12 e 14 da Lei 10.826/03: “Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa; Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

⁷¹² E, aqui, mais uma vez, fazemos referência ao Supremo Tribunal Federal, a fim de apontar que, no seio da própria Suprema Corte do Brasil, há divergência sobre a matéria. No HC 90.197/09, julgado em 09.06.2009, rel. o Min. Ricardo Lewandowski, entendeu-se que: “[...] Para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo é irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniçada e de o agente não ter a pronta disponibilidade da munição [...]. Assentou-se que a objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal para alcançar a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. Enfatizou-se, destarte, que se mostrará irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento [...], porque a hipótese seria de crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação”. Notável é que o mesmo Tribunal, em julgamento da sua Segunda Turma, também em 09.06.2009, concedeu habeas corpus para obstar o andamento de ação penal em razão de o réu portar, possuir e transportar arma de fogo, sem autorização e em desacordo com situação regulamentar, em razão da arma “estar desmuniçada ou sem possibilidade de pronto muniçamento”, em acórdão da lavra do Min. Eros Grau (HC 97.811/SP). No mesmo sentido do acórdão do Min. Eros Grau, há também o acórdão do Min. Sepúlveda Pertence, hoje aposentado (HC 81.057/SP, julgado em 25.5.2004). Tudo em www.stf.jus.br, acesso em 16.08.2010. Eis, pois, a polêmica antes referida. Mas não se trata só de polêmica, mas, para além disso, de evidente insegurança jurídica, em razão das interpretações conflitantes dentro da própria Suprema Corte brasileira. Também, acerca do porte ilegal de arma desmuniçada, em consonância com o que afirmamos: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 117. Também crítico contra tal figura típica, especialmente daquela situação de porte de arma sem autorização, leia-se MALHEIROS FILHO, Arnaldo. “Direito penal econômico e crimes de mero capricho.” In: VILARDI, Celso

Assim, indaguemos, em primeiro lugar, se o fato de possuir arma de fogo de uso permitido sem o devido registro ou permissão legal constitui uma afetação àquela situação onto-antropológica de cuidado de perigo. E aqui não podemos negar que a arma, em si e por si, inicialmente, é um fator de perigo. É um objeto que só possui razão de existir pelo perigo e para o perigo. Poder-se-á afirmar que arma de fogo se utiliza também no esporte e para a caça, como também no caso de um colecionador. Contudo, ainda aí, é um elemento de perigo. Basta recordar os exemplos de erro de proibição e erro de tipo que envolvem a figura do caçador. O perigo é inerente à arma de fogo. Aqui nos parece que há uma afetação inequívoca ao fundamento do direito penal em que acreditamos. Há um evidente atuar que causa uma situação convocadora do cuidado para com o outro e para com os outros.

E qual o bem jurídico que teria o seu halo ou espaço de manifestação afetado por tal conduta?

O bem jurídico protegido seria a incolumidade pública. E aqui nos deparamos com o primeiro problema. No nosso exemplo, a arma está na casa do autor, desmuniada. Ou existe a munição, mas sem a arma. Aí não conseguimos vislumbrar qualquer malferimento contra a incolumidade pública, com o máximo respeito àqueles que disso discordam.

Não se trata de transformar um delito de perigo abstrato em perigo concreto, mas, sim, de racionalizar uma pretensa afetação àquela esfera de manifestação do bem jurídico ou ao próprio bem jurídico. Não se observa aí uma possibilidade real e concreta de malferimento contra a incolumidade pública. Diferente seria se a arma estivesse muniada ou com munição e acessórios. Não se trata, repete-se, de transformar um cuidado de perigo em concreto pôr em perigo. A nós não parece necessário que o legislador deva chegar, em tais casos, num nível tal de minudências. Não, pois, aí sim, poder-se-ia estar a mudar a característica

fundamental da técnica de tipificação. O que se está a falar aqui é num critério de legitimação e eficiência dessa técnica de tipificação. Assim, no exemplo inicial, sem condições objetivas de afetação sequer da esfera de manifestação do bem jurídico, não nos parece que haveria legitimidade e eficiência na incriminação e punição dessa conduta.

E mais, embora não nos pareça possível trazer à baila a questão da insignificância, por certo que não nos furtamos de indagar acerca da ponderação, do equilíbrio e da necessidade de uma punição dessa conduta. Não se constata aí qualquer elemento que aponte para a justiça de uma punição assim. Em razão de tudo isso, a conduta prevista em lei nos parece adequada, desde que temperada, no instante da interpretação judicial, pelos critérios que antes expusemos, acerca da possibilidade real e concreta de afetação do bem jurídico ou de sua esfera de manifestação, da não insignificância da conduta, da afetação da relação de cuidado de perigo e, no caso concreto, da justiça, da ponderação, do equilíbrio de uma punição assim, incapaz de atingir uma mínima paz jurídica.⁷¹³

E o caso de um cidadão que porta uma arma de fogo fora de sua residência sem a devida autorização, está correto aí o ilícito típico?⁷¹⁴

Sem dúvida que há aí uma afetação da relação de cuidado de perigo. Como referimos, a arma é em si uma fonte de perigos, desde que tenha potencialidade lesiva, de forma que o simples portar a arma sem a devida autorização, por si só, gera uma tensão dessa relação primitiva de cuidado de perigo para com o outro. De

⁷¹³ Nem falemos aqui naquelas situações em que se poderia verificar, por via reflexa, uma excludente de ilicitude, como o estado de necessidade. Imagine-se o caso de uma testemunha de acusação num caso de tráfico drogas, constantemente ameaçada pelo réu, mesmo estando ele preso, para a qual o Estado não oferta adequadamente um serviço de proteção, como é comum ocorrer no Brasil. Não estaria ela autorizada a se proteger excepcionalmente com a aquisição de uma arma? Sem dúvida, é uma afirmação polêmica, mas preocupada com situações reais e que envolvem pessoas de carne e osso abandonadas pela desídia do Estado. Ou ainda aquela situação de um sujeito que, desprovido de maiores meios de informação, vivendo em lugar ermo, desconhece exatamente o caráter ilícito penal de uma conduta desse quilate.

⁷¹⁴ Poder-se-iam lembrar ainda aquelas situações de armas de brinquedo ou de armas sem capacidade de funcionamento. Ora, em tais casos, ou não se trata de arma de fogo ou então inexistente materialidade delitativa, em razão da ausência de potencialidade real lesiva da arma de fogo, que não é capaz de funcionar. Por isso, a necessidade, em muitos casos, de realização de perícia para a verificação da autêntica potencialidade lesiva da arma de fogo. Não se trata aqui, repete-se, de uma situação de concreto pôr em perigo, mas, sim, de verificar a ocorrência de funcionalidade de um elemento do tipo, a arma de fogo.

outra parte, ao incriminar essa conduta, o legislador está a dizer que o risco de portar tal arma sem o cuidado devido e a autorização legítima devem ser sancionados, por ser a arma de fogo uma fonte de risco, mormente em público.

Da mesma forma, pode-se ver aqui que a conduta, se não atinge frontalmente, afeta a chamada incolumidade pública. Não que a conduta de portar a arma de fogo, por si só, cause perturbação e desassossego público. Mas o fato é que não possuir a devida autorização para portar arma de fogo já é uma afetação clara do espectro de manifestação do bem jurídico.⁷¹⁵

De outra parte, parece-nos, que tal conduta, por si só, afasta uma alegação de insignificância, pois houve a causação de uma instabilidade para o bem jurídico.

E também não vemos como carente de justiça, de ponderação ou de prudência a punição dessa conduta. Não é razoável e não é prudente, nos tempos atuais, que o Estado assista aos seus cidadãos portando armas sem a devida autorização. Uma postura assim não protege e não alcança a paz jurídica. A insegurança ontológica de uma postura assim não condiz com um direito penal democrático. É dever do Estado zelar pela segurança de seus cidadãos, o que, aliás, é um direito constitucional, de forma que não é razoável autorizar que cidadãos portem livremente armas de fogo sem a devida reprimenda. Mas, aqui, é de atentar para o que antes dissemos: impõe-se também que a conduta tenha uma potencialidade ínsita, de forma que se a arma não possui uma evidente e imediata potencialidade lesiva, não se afigura a eficiência e ofensividade da tipificação do ilícito. E, quando referimos uma potencialidade imediata e evidente, não queremos uma periculosidade concreta, mas, sim, uma periculosidade ínsita aquela conduta praticada.

Mais uma vez, percebemos que a descrição típica por parte do legislador não será fácil, pois muitas e muitas situações de fato poderão surgir no conturbado

⁷¹⁵ Em sentido contrário, observando que a criminalização e punição da posse de arma de fogo seria um mero direito penal preventivo por intermédio de um adiantamento da proteção de bens jurídicos, leia-se NESTLER, Cornelius. "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes." ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Estudios de Derecho Penal, Granada, n. 15, p. 70, 2000.

mundo da vida. Entretanto, essa descrição típica do legislador, efetivada por intermédio de uma técnica de cuidado de perigo, deve ser permeada pelo intérprete-construtor e aplicador do direito com os critérios que referimos, a fim de se reconhecer a legitimidade, eficiência e ofensividade da conduta.

c) A criminalização e punição da conduta da embriaguez ao volante

Uma outra situação por demais polêmica e que já referimos diz respeito ao delito de embriaguez ao volante.⁷¹⁶ Já mencionamos algumas posições que consideram impraticável a aplicação de tal dispositivo sem a devida realização de perícia que ateste a alcoolemia.⁷¹⁷

⁷¹⁶ Diz o art. 306, da Lei 9.503/97: “Art. 306 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. Penas – Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.” Em Portugal, o delito de condução de veículo em estado de embriaguez também se caracteriza como um delito de perigo abstrato. Segundo o ilícito-típico do art. 292 do Código Penal: “Quem, pelo menos com negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Em Portugal, segundo Paula Ribeiro de Faria, o delito de conduzir o delito sob a influência de álcool ou estupefaciente, trata-se de “...crime de perigo abstracto, que não pressupõe, diferentemente do tipo legal anterior, a demonstração da existência de um perigo concreto para os bens jurídicos protegidos. Isso significa que o perigo não faz parte dos elementos típicos, existindo apenas uma presunção por parte do legislador, as mais das vezes fundada numa observação empírica, de que a situação é perigosa em si mesma, ou seja, que na maioria dos casos em que essa conduta teve lugar demonstrou ser perigosa sob o ponto de vista de bens jurídicos penalmente tutelados”. FARIA, Paula Ribeiro de. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. 2, p 1093.

⁷¹⁷ No caso acima, a comprovação da embriaguez se daria pelo chamado exame do “bafômetro” ou etilômetro. Segundo Fabio Motta Lopes, “Somente para ficar em um exemplo, registre-se que o motorista, ao soprar o bafômetro, poderá ser preso em flagrante logo após o teste. Ainda que o bafômetro não seja meio capaz para demonstrar a presença de álcool no sangue, como se mostrará no próximo tópico, tem sido considerado por boa parte dos profissionais do Direito como prova suficiente para prisões em flagrante e, até mesmo, condenações. Em suma, não se poderá impor ao condutor que participe de maneira positiva na produção de prova contra ele próprio. Em respeito ao princípio da não auto-incriminação, não será obrigado a colaborar ativamente soprando o bafômetro ou fornecendo sangue para exame laboratorial, somente sendo possível a coleta de sangue quando houver autorização do motorista ou quando a polícia judiciária, ainda sem o consentimento do condutor, coletar amostras de sangue encontradas, por exemplo, no local do acidente... sabidamente, embriaguez é uma intoxicação produzida pelo álcool ou por substâncias de efeitos análogos que deixa vestígios. Dessa forma, de acordo com o art. 158 do CPP, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, devendo o estado etílico ser demonstrado por especialistas, ou seja, por perito, oficial (art. 159, caput, do CPP) ou, na sua ausência, por dois peritos nomeados, com curso superior e, preferencialmente, com conhecimento técnico na área (art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP).” LOPES, Fábio Motta. “A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal.” In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48-53. Com teor semelhante: REGHELIN, Elisângela Melo. “O novo e multifacetado’ artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de perigo.” In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25-42. Com críticas também ao teste de “bafômetro”, leia-se PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações.” *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo: n. 189, 2008. p. 16. E, já na

Em primeiro lugar, parece necessário discernir a conduta de um motorista embriagado, que causa perigo concreto a terceiros e aquela conduta, de outro motorista que, embora com álcool no sangue, não causa perigo a terceiros. A primeira, de forma clara, aponta para uma conduta de concreto pôr em perigo. De forma que não repelimos uma tipificação que ocorresse nesses moldes, tal qual se dava antes, na legislação brasileira. A segunda, porém, impacta a relação de cuidado de outra forma. A nós parece que o simples dirigir embriagado já causa uma certa afetação da relação de cuidado de perigo. Porém, qual é a dimensão dessa afetação? ⁷¹⁸

Atentemos, em primeiro lugar, para a afetação ou não, por parte do motorista embriagado, daquela relação de cuidado de perigo. E aqui nos referimos àquela situação em que se não vislumbra um perigo concreto para terceiros. O simples ato de conduzir um veículo sob o efeito de determinada quantidade de álcool, nos dias atuais, já se impõe como uma fonte relevante e não desprezível de perigos e riscos.⁷¹⁹ Assim, parece-nos que há, de forma efetiva, uma tensão nessa relação de

jurisprudência, corroborando o entendimento que exige a devida perícia para a condenação, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Geraldo Prado, nos seguintes termos: “Estado de embriaguez não se confunde com ingestão de álcool. Provas distintas em uma e outra situação. Embriaguez que é constatada por meio de exame clínico. Ingestão de álcool que é comprovada por meio de exame idôneo que ateste a quantidade de álcool por litro de sangue no organismo do acusado. Provas complementares entre si. A ausência de uma desnatura a outra. Exame de urina, realizado pelo acusado, que não constitui meio idôneo para comprovar a presença ou quantidade de álcool por litro de sangue do motorista. Ausência de outra prova pericial. Não comprovação da ingestão de álcool, o que esvazia o valor probatório do exame clínico. Absolvição que se impõe”. (TJRJ, 5ª Câmara Criminal, Apelação 2008.050.02392, j. 30.04.2009). In www.ibccrim.org.br, em 16.12.2009.

⁷¹⁸ E aqui não podemos deixar de fazer menção, mais uma vez, ao pensamento de Faria Costa, sobre a existência de situações de perigo abstrato forte e de perigo abstrato fraco: “[...] perceber-se-á, então, com clareza, que as situações de perigo abstracto fraco se equiparam às contra-ordenações, enquanto que as situações de perigo abstracto forte se fazem coincidir a tipos legais: a tipos legais de perigo abstracto. E dá-se um exemplo para ilustrar estas duas situações. Efectivamente, diz-se, é diferente um condutor, com álcool no sangue, guiar o seu automóvel aos ziguezagues e guiá-lo, não obstante o álcool, ainda com capacidade de avaliar os hipotéticos prejuízos que possa causar. Estamos inteiramente de acordo que as situações descritas são diferentes e que a comunidade jurídica valora de modo diferenciado o desvalor inerente a um ou outro daqueles comportamentos. Contudo, o que se pergunta tem a ver com o critério que nos permita dizer que a primeira situação não deve ser qualificada como crime de perigo abstracto, enquanto que a segunda o deve ser tão-só como uma contra-ordenação. É claro que esta compreensão das coisas reforça – daí um dos seus méritos – o carácter quantitativo da distinção entre as contra-ordenações e os crimes. Mas se, por um lado, reforça o sentido daquela distinção, enfraquece, por outro, brutalmente, a capacidade crítica de legitimação de toda a matéria.” COSTA, Jose Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 632-633. Embora Faria Costa considere as colocações de Arzt/Weber acerca do perigo forte e do perigo fraco relevantes, também não deixa de apontar críticas concernentes à fragilidade teórico-explicativa dessa noção.

⁷¹⁹ E, embora reconheçamos que estar sob o efeito de determinada quantidade de álcool já é uma fonte de riscos e perigos, não podemos cair numa tentação penal proibicionista, embasada numa utopia de

cuidado que chamaria o direito penal para uma intervenção mais pontual. Esperar a ocorrência de sinistros ou dano ou ainda riscos ou perigos concretos não são os únicos meios de turbar aquela relação de cuidado de perigo. Com isso, não se quer dizer que, desde já, o direito penal haveria de intervir e atuar. O que se entende, é que o direito, como modo de manifestação da sociedade atual, não pode ficar neutro e impassível ante tal realidade.

De outra parte, a segurança do trânsito também não é um bem jurídico desprezível, ainda mais quando pode ser entendido como a esfera de manifestação de outros bens de significação mais relevante, como a vida, a integridade física e a saúde das pessoas. Assim, parece-nos que tal bem deve ser protegido não só em outras esferas do direito, sejam elas administrativas ou de contraordenação, mas, sim, que, como regra, a conduta de dirigir sob o efeito de determinada quantidade de álcool afeta o bem jurídico ou o seu halo circundante. O que há é uma conturbação na esfera de manifestação da existência do ser, de forma que não nos parecem adequadas aquelas manifestações de que aí não haveria perturbação ou afetação do bem jurídico ou de sua esfera de manifestação. Assim, numa perspectiva *ex ante*, não vislumbramos qualquer incorreção no tipo penal de embriaguez ao volante. Repetimos, porém, que também outras esferas do direito deveriam atuar ante tal realidade, de forma a evitar a ocorrência de resultados jurídicos mais gravosos.

O problema se dá quando passamos a trabalhar sob o âmbito normativo do tipo, buscando estabelecer critérios válidos de legitimidade, ofensividade e eficiência dessa incriminação. Aqui é que observamos o grande problema dessa forma de incriminação. Nem falemos aqui nos problemas já apontados e que são quase intransponíveis acerca da afetação do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Determinar que o cidadão produza prova contra ele próprio já é uma ilegalidade, mas puni-lo por isso é uma burla jurídica ainda maior.⁷²⁰

abstinência, absolutamente fora da realidade do mundo dos fatos e da vida.

⁷²⁰ Não se deve esquecer de que lei brasileira, como referido, pune administrativamente aquele que se nega a realizar o exame de bafômetro Lei 9.503/97, arts. 277, parágrafo, 3^a: “Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado... parágrafo 3^o. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo”. A penalidade prevista no art. 165 é a

Também é um problema de monta a necessidade de se comprovar a embriaguez através de uma quantidade de álcool no sangue. O legislador, na verdade, ao invés de antecipar a punibilidade com a criação de um delito de perigo abstrato, acabou por trazer elevados problemas para a configuração da prova criminal, pois, agora, como o delito deixa vestígios, dever-se-á exigir uma perícia para atestar a materialidade delitiva. Isso se nos apresenta como absolutamente claro, embora haja também entendimentos pretorianos acerca da viabilidade do uso do teste do “bafômetro” ou “etilômetro” para a comprovação do delito.

Aqui, mais uma vez, é preciso ponderação. Afinal, uma coisa é dirigir causando perigo a terceiros, estando sob o efeito do álcool, o que se pode estabelecer por exames clínicos. Outra, bem diferente, é punir uma conduta de alguém que não causa, de fato, risco a terceiros, mas que traz álcool no sangue. Como provar a embriaguez em tais casos? Como comprovar que o condutor possuía 0,6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue sem uma prova cabal? Parece-nos que aí não há uma forma de comprovar o delito, caso o autor se negue a realizar exame de sangue ou o exame de “bafômetro”.

Mas a questão se nos apresenta de forma ainda mais delicada. Em que pese a tensão efetivada na relação onto-antropológica de cuidado de perigo, em que pese a significância, em tese, do bem jurídico correlato ao fato em discussão, o fato é que não se afigura como justo tratar da mesma forma o cidadão que está a colocar em risco a integridade, a segurança ou a vida de terceiros e aquele que, embora tendo ingerido determinada quantidade de álcool, não operou um choque mais efetivo nessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo. E, além de não se afigurar como uma avaliação justa, não parece razoável que tal conduta seja interpretada como digna de significação penal.

multa, como também a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Há posição doutrinária já defendendo a inconstitucionalidade desse dispositivo: KREBS, Pedro. “A (in)constitucionalidade do § 3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH.” In: CALLEGARI, André Luís e WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 167-173. E, em Portugal, sobre a condução perigosa de veículo rodoviário. FARIA, Paula Ribeiro de. *Comentário conimbricense ao código penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. t. 2. Anotação ao art. 291º. Como refere Paula Ribeiro de Faria, a recusa ao exame de pesquisa de álcool é punida com pena de prisão até 1 ano ou multa até 200 dias. Parece que aqui também se objetivou superar a dificuldade probatória da comprovação de quantidade de álcool no sangue pela imposição de punição contra aquele que se nega a fazer prova contra si. Uma construção jurídica que, sob o nosso prisma, encontraria dificuldades de legitimação ante o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Não se nega a dignidade do bem jurídico, mas não se consegue vislumbrar a dignidade penal da conduta em si e de sua pretensa afetação ou colocação em perigo do bem jurídico ou de sua esfera de manifestação.⁷²¹ Como salientou Faria Costa, a comunidade não valora, da mesma forma, as duas condutas. A intensidade do estremecimento dessa relação onto-antropológica de cuidado de perigo é diferente nessas condutas. Não é justo, pois, que o legislador valora, da mesma forma, condutas díspares.⁷²² Não é ponderado, não é razoável, não é proporcional um tratamento igualitário em tais situações. E, tampouco, parece trazer a paz jurídica. A solução, por certo, seria punir, no âmbito penal, aquela conduta de concreto pôr em perigo e, de outra parte, punir mais severamente na esfera administrativa ou de uma contraordenação aquela conduta de simplesmente dirigir sob o efeito de determinada quantidade de álcool.

d) Da criminalização e punição da conduta de causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana

Um outro exemplo que, a nosso sentir, evidencia a possibilidade de aplicação da noção de eficiência para os delitos de perigo abstrato é aquele referente ao tipo penal previsto no art. 54 da Lei 9.605/98, o delito de poluição.⁷²³

⁷²¹ Relevantes são aqui as assertivas de Torio Lopez, acerca da incapacidade de o legislador prever todas as situações que envolvem os diferentes graus de perigosidade da conduta do autor. TORÍO LÓPEZ, A. "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 23, p. 842, 1981. Na mesma linha a ponderação de TERRADILLOS BASOCO, J.M. Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo Fuero Penal*, n. 62, p. 70, 1999.

⁷²² E aqui é relevante trazer a opinião de Maria Acale Sánchez: "Si el sujeto ha bebido pero a pesar de ello, por su corpulencia o por lo habituado que está a consumir bebidas alcohólicas su conducción no es peligrosa para el bien jurídico seguridad del tráfico, no se podrá dictar una sentencia condenatoria, por mucho que se diga que este delito es uno de peligro abstracto, porque además de ir en contra del principio de presunción de inocencia, como afirmaba PÉREZ ÁLVAREZ, supondría una violación del principio de ofensividad: las conductas que el legislador tipifica en el Código nacen con la finalidad de ser aplicadas, y de serlo a través de un proceso pertinentes sobre la culpabilidad o no del acusado, deberá previamente comprobar la efectiva puesta en peligro del bien jurídico; han de regir por ello las reglas generales para los casos de bagatela. Por tanto, una cosa es que el juez no discuta la peligrosidad de la conducta, porque ya se lo da hecho el legislador, y otra que mediante los principios penales tradicionales (insignificancia) compruebe que los hechos que se han producido son conformes a la letra de la ley: hay que distinguir por tanto 'una mera realización aparente y una realización efectiva del tipo y esta labor se realiza mediante una interpretación teleológica de la letra de la ley'. ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 208-209.

⁷²³ Assim dispõe o art. 54 da Lei 9.605/98: "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que

Em que pese tal conduta pudesse ser avaliada como um delito de perigo concreto, em razão da exigência, ao menos, de que se provoque ou possa provocar danos à saúde humana, a realidade é que o que está em risco é o equilíbrio do meio ambiente, do ecossistema como um todo e da própria saúde humana.

Trata-se ou não de um delito de perigo abstrato? A nós parece que há uma inequívoca afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Como afirmamos antes, só o homem é capaz de destruir por completo ou preservar e livrar o meio ambiente de sua destruição. Só a pessoa humana, com suas imperfeições e fragilidades, é capaz de destruir ou de zelar pelo equilíbrio ambiental.

Assim, o bem jurídico meio ambiente, numa interpretação mais lata, é, nesse tipo penal, um bem jurídico moldado pela exigência do seu equilíbrio. Um equilíbrio que é afetado pela poluição que causa danos à saúde humana ou ainda, que causa a destruição da flora e da fauna. Só o homem usufrui o direito de alterar o meio ambiente e, ao mesmo tempo, o dever de não o destruir e o preservar quando necessário. É impraticável enfrentar a questão ambiental sem atentar para direitos e deveres.⁷²⁴

resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Em Portugal, o delito de poluição possui outro viés, pois ora é um crime de mera desobediência, como no art. 279, ora um crime de perigo comum e perigo concreto, como no art. 280. De fato, o tipo penal do art. 279 dispõe que: 1. Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante a utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2. Se a conduta referida no nº 1 for praticada com negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3. A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão de poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação de penas previstas neste artigo”. Conforme refere Anabela Miranda, trata-se de delito de desobediência caracterizado fortemente pela acessoriedade administrativa. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. 2, p. 961 e ss. Já o art. 280 trata de poluição com perigo comum: “Quem, mediante uma conduta descrita no nº 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão: a) de 1 a 8 anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas; b) até 5 anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência.” Segundo Anabela Miranda, esse delito é, para além de um delito de perigo comum, também um delito de perigo concreto, pois exige prova em cada caso de perigo para uma multiplicidade de pessoas representativas da comunidade. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. 2, p. 980.

⁷²⁴ Como consta na Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as

Portanto, a conduta poluidora que resulta ou possa resultar em danos à saúde humana ou que provoque mortandade de animais ou a destruição da flora pode afetar sobremaneira essa relação onto-antropológica de cuidado de perigo. E pode afetar, pois o bem jurídico que se está a tutelar, na verdade, é o equilíbrio do ecossistema.⁷²⁵ E mais do que afetar o agora, pode afetar as presentes e futuras gerações, que não são abstrações, mas pessoas de carne e osso, que hão de nascer e viver.⁷²⁶ Há, por tudo aquilo em que acreditamos, nesse tipo penal, uma inegável afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Não apenas quando se afeta ou coloca sob risco sério a saúde humana, mas também quando esse mesmo ser humano, com sua conduta, descumpra um dever que só ele, como cidadão de direitos e deveres, é capaz de cumprir.

De outra parte, impõe-se indagar: haveria aí uma violação de um bem jurídico? Ou melhor, se estamos a falar de delitos de perigo abstrato, haveríamos de indagar: há aí uma afetação de uma certa dimensão do bem jurídico, uma dimensão necessária para a sua existência ?

Mais uma vez, aqui nos parece que afetação poderá haver, pois o fato de a conduta poluidora resultar em danos à saúde humana afeta não apenas um equilíbrio ecológico, mas, fundamentalmente, afeta um bem jurídico de relevantíssima significação, a saúde humana. E, se tão somente puder afetar, está a causar um desequilíbrio no halo de proteção do bem jurídico, devendo, portanto, ser criminalizada

presentes e futuras gerações". Em Portugal, como refere Anabela Miranda, o meio ambiente é um direito fundamental e autônomo, motivo pelo qual é claramente diferente e distinto de outros bens fundamentais. RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição (art. 279º do Código Penal). *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto*, v. 12, t. 1, 1998, p. 105. Também sobre direito penal ambiental, repelindo uma visão antropocêntrica mais radical, leia-se SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre La dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente." *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, 1999.

⁷²⁵ Em sentido semelhante, FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (des) criminalização, redação típica e (in) ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

⁷²⁶ Na lição de Faria Costa: "Não somos responsáveis pelas gerações futuras. Somos responsáveis pelos homens e mulheres reais, concretos, que o futuro há-de trazer dentro dessa categoria formal a que chamamos gerações. São essas pessoas de carne e osso que nos interrogam do futuro e não uma qualquer abstracção, mesmo que densificada na categoria de 'geração futura'". COSTA, José Francisco de Faria. "A linha." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia. alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 41. E aqui devemos fazer a ponderação de nossa crença muito convicta na ideia de gerações futuras como pessoas de carne e osso. Isso talvez experienciado por aquela vivência única do ser com o outro.

tal conduta. E, para além disso, a destruição significativa da flora e a mortandade de peixes também são condutas que não podem ser desprezadas, pois afetam não apenas o equilíbrio do ecossistema, mas também abalam aquele dever fundamental de zelar pelo meio ambiente equilibrado, previsto pela Constituição Federal.

De outra parte, não parece ponderado e equânime que o direito penal assista impassível a uma conduta poluidora, que afeta ou possa afetar a saúde humana e o equilíbrio dos sistemas naturais ou a destruição da flora e a mortandade de animais. Se o ser humano possui deveres em relação ao meio ambiente, ele os possui não apenas quando está em causa a sua saúde, mas também quando está em causa o equilíbrio de certos valores ou bens que só o homem é capaz de destruir e preservar. Será justo um direito penal que assista à destruição indiscriminada da flora ou à mortandade de animais por uma conduta poluidora? Alcançar-se-á a paz jurídica com um ordenamento jurídico que não veda tais condutas? Será eficiente e garantista esse direito penal? Por certo que não. Negar a justiça dessa forma de incriminação seria o mesmo que desprezar o direito penal como uma ciência prática, capaz de acompanhar os valores sociais sem desprezar antigas conquistas.⁷²⁷ Importa também acrescentar que tal conduta não é absolutamente irrelevante para o direito penal. Possui alta significação, não apenas por afetar ou poder afetar a saúde humana, mas também por causar um inegável desequilíbrio no ecossistema. Trata-se, pois, de uma incriminação absolutamente compatível com o texto constitucional e com uma visão ponderada da ciência penal.

Com tudo o que asseveramos, não estamos a desconsiderar eventuais dificuldades que poderão surgir na formatação da prova dessa conduta. Por certo

⁷²⁷ E aqui se impõe a afirmação de que, na centralidade de nossas ideias, não está uma superpenalização do ambiente, mas, ao contrário, uma tentativa de maior dignificação dos delitos ambientais. Daí a relevância da ponderação. Ponderação que permite repelir, na mesma lei dos crimes ambientais, o tipo penal do art. 49 da Lei 9605/98: "Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena. Detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente". Eis uma conduta que pouco ou nada afeta uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo, não significa nenhuma forma de afetação do bem jurídico ou de seu halo, tratando-se de uma criminalização não ponderada e injusta e tampouco significativa do ponto de vista penal. Uma completa negação da eficiência em direito penal. Uma conduta que deveria ser relegada muito bem para a esfera administrativa. O mesmo se poderia dizer da conduta de "Comercializar motosserra" sem licença ou registro da autoridade competente, prevista no art. 51 da mesma Lei, uma conduta que também, de per se, não afeta nenhuma relação onto-antropológica de cuidado de perigo e tampouco um bem jurídico ou seu espectro de manifestação. Um ilícito típico absolutamente injusto, imponderado e ineficiente ou mais um fato que poderia ser remetido para a esfera administrativa.

que, em situações pontuais, não será fácil definir a responsabilidade pela conduta poluidora, em razão dos significativos problemas de imputação que o direito penal ambiental demanda. Problemas que, diante de certas complexidades deverão ter novos cânones compreensivos, próprios de uma necessária e específica teoria da imputação dos delitos ambientais que haverá de surgir. Não desconsideramos tudo isso. O caminho não será fácil. E não deverá também ser trilhado com o desprezo daqueles princípios perenes do direito penal, como a legalidade, a ofensividade, a culpabilidade, a relevância da conduta e a intervenção mínima.

Por tudo, o que queremos afirmar é que tal caminho não se poderá deixar de trilhar com os olhos postos nos delitos de perigo abstrato, desde que tais delitos, construídos de forma serena, atentem para a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, tenham como norte a proteção de bens jurídicos, sejam ponderados, significativos e objetivem, como derradeiro fim, a justiça e a paz jurídica⁷²⁸.

⁷²⁸ E aqui é notável a ideia trazida por Anabela Miranda, de que o homem deverá encontrar o “**justo equilíbrio** entre o progresso económico e social e o direito fundamental à manutenção de um equilíbrio são”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2, p. 945. Relevante também a manifestação de Anabela Miranda acerca de uma característica premente do atual direito penal: “De facto, uma das características do actual direito penal é, pelo que respeita aos crimes contra o ambiente, a multiplicação dos crimes de perigo, sobretudo abstracto, tendo-se em vista superar, não só as dificuldades atinentes ao bem jurídico que se quer proteger, como os complexos problemas de causalidade inerentes à prova desses crimes. Assim, curiosamente, num dos decênios em que mais se falou de descriminalização, verifica-se que existiu uma das maiores produções de novas criminalizações, embora esta evolução, pelo que respeita às suas implicações práticas, não tenha tido consequências quanto às tendências recentes da criminalidade, uma vez que o número de condenações por força das novas incriminações foi insignificante”. *Ibid.*, p. 949. O fato de poucas terem sido as condenações não se deve também por um incremento da consciência ambiental? Não se deve ao desenvolvimento bem acentuado, ao menos no âmbito do Brasil, dos órgãos administrativos de gestão do sistema ambiental? A nós parece que o desenvolvimento veemente da preocupação ambiental, inclusive como política de gestão das grandes empresas, bem como o aperfeiçoamento dos órgãos administrativos de gestão ambiental e do Ministério Público para atuar preventivamente no caso de riscos ambientais, são fatores que estão a conduzir inclusive a uma contenção do direito penal nessa seara. Uma contenção que, como bem disse Anabela Miranda, não é normativa, mas, ao nosso entender, fática e prática. E, com isso, não desconsideramos que, no Brasil, já há condenações em primeiro e segundo grau, inclusive contra pessoas jurídicas, bem como a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da legalidade da persecução penal contra pessoas jurídicas por crimes ambientais, conforme se viu no HC 92921/08, relator o Min. Ricardo Lewandowski: “I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d’água transfronteiriços. V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a

e) Da criminalização das condutas de gestão temerária e de gestão fraudulenta

Não é de hoje que o direito penal econômico vem se caracterizando como um campo de significativa aplicação dos chamados delitos de perigo abstrato. Trata-se de um espaço de normatividade do direito penal muito propício para a utilização da categoria de perigo abstrato, não apenas em razão de esse ramo do direito penal proteger, via de regra, bens de cariz supraindividual, mas também em razão da relevância de muitas ações ocorrentes na esfera econômica.⁷²⁹

poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. Decisão Julgamento: 19/08/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma". In www.stf.jus.br, acesso em 06.10.2009.

⁷²⁹ Para tanto basta observar a grave crise econômica que se abateu sobre o mundo todo em razão da debacle de muitos bancos e financeiras americanas. A repercussão de inúmeras condutas no campo da gestão econômico-financeira, por conseguinte, não deve ser desprezada. E aqui importa também ressaltar, acerca da justificação dos delitos do direito penal secundário e econômico, os trabalhos de DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma dogmática do direito penal secundário." In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 35-74. No referido trabalho, Figueiredo Dias aponta que "constitui este, um campo fértil de delitos de perigo abstracto, dada por um lado a natureza supra-individual dos bens jurídicos protegidos, e, por outro lado, a vontade do legislador de criar para eles um 'campo de protecção antecipada'. Mas não representará esta circunstância um inadmissível alargamento da punibilidade, uma violação material (e inconstitucional) do princípio da culpa e, sobretudo, uma descoloração axiológica das condutas proibidas, que de novo as atira para o âmbito das contra-ordenações? Uma resposta terminante, afirmativa ou negativa, à pergunta posta afigurar-se-me-ia sempre precipitada. Os delitos de perigo abstracto são dogmaticamente aceitáveis – e jurídico-constitucionalmente inobjektáveis – se e na medida em que for neles respeitado o princípio da determinabilidade do tipo e afastada qualquer presunção de culpa; se e na medida em que o não for impõe-se o seu desaparecimento, ou – quando tal seja possível e necessário - a sua transformação em meras contra-ordenações, ou a sua definição típica em termos dogmática e constitucionalmente admissíveis." *Ibid.*, p. 64-65. Muito importante ainda sobre a penetração invencível do direito penal econômico no direito penal tradicional: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. "Problemática geral das infracções contra a economia nacional." In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 319-346. Também COSTA, José Francisco de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico." In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 347-364. E, também, CORREIA, Eduardo. "Introdução ao direito penal econômico." In: _____ et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 293-318. E, ainda de CORREIA, Eduardo. "Notas críticas à penalização de actividades económicas." In: _____ et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1, p. 365-373. E aqui é veemente a crítica de Eduardo Correia: "Sempre entendemos que os crimes de perigo abstracto, mesmo nos casos de ilícito contravencional, quando o perigo perfeitamente se ilida, devem transformar-se em crimes de perigo abstracto-concreto, de maneira que a inexistência real do perigo ou lesão de interesses possa ilidir a previsão legal [...] julgamos mesmo que prever, no domínio do direito econômico, uma pena de prisão para um mero crime de perigo abstracto não respeita a proporcionalidade exigida no referido art. 88º da nossa lei fundamental, e, portanto, não é conforme a Constituição portuguesa". *Ibid.*, p. 373. Sobre a sistematização do direito penal econômico e seus traços fundamentais: COSTA, José Francisco de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003. Mais especificamente sobre a tendência de utilização dos delitos de perigo, p. 42 e 116. Relevante é também a crítica obra de SANTOS, Cláudia Cruz, que abala aquele senso geral comum acerca do

E, na vastidão que hoje é o campo do direito penal econômico, aí abarcados os delitos contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, contra a ordem fiscal, contra os direitos do consumidor, os crimes de colarinho branco, os delitos de lavagem de dinheiro etc., julgamos relevante trazer à discussão, para a verificação da eficiência nos delitos de perigo abstrato, aqueles delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária.⁷³⁰

E a razão se dá em virtude de, em ambas as incriminações, gestão fraudulenta e gestão temerária, não se exigir, propriamente, um prejuízo para a instituição financeira.⁷³¹

Vejamos, assim, o caso da gestão fraudulenta. Por óbvio que o tipo exige um ardil, um engodo, a malícia na gestão de instituição financeira.⁷³² Não se trata apenas de um ato, que poderia significar uma falsificação, por exemplo, senão de atos continuados no exercício de uma gestão. Não se pode falar de gestão em razão de apenas um ato.⁷³³ Há, de certa forma, um simulacro na ação do gestor.

Mas há, nessa conduta dissimulada do gestor, daquele administrador da instituição financeira, do responsável pela gestão⁷³⁴, uma afetação da relação onto-

direito penal econômico, de que os poderosos nunca são punidos. In: *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, especialmente nas páginas 206-226.

⁷³⁰ E a primeira divergência é se tais delitos são ou não são de perigo abstrato. Na linha argumentativa de que tais delitos seriam próprios de uma situação de concreto pôr em perigo, estão REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21; MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 58; e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. p. 69. No sentido que estamos a expor, como delitos de perigo abstrato, PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004. p. 231.

⁷³¹ Assim dispõe o art. 4º da Lei 7.492/86: "Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

⁷³² Assim também para PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86*, de 16.6.86. São Paulo: RT, 1987. p. 11.

⁷³³ Com teor semelhante: GOMES, Luiz Flávio. "Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4º da Lei 7.492/86." In: *Temas de direito penal econômico*. São Paulo, RT, 2000. p. 358.

⁷³⁴ E então se afasta dessa conduta típica aquele que é mero gerente de instituição financeira, que detém limitada capacidade de decisão, bem como aquele membro do conselho de administração, que não dirige, que não comanda a instituição financeira. Na mesma senda: GOMES, Luiz Flávio. "Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4º da Lei 7.492/86". In *Temas de Direito penal Econômico*. São Paulo, RT, 2000, p. 358/359. Ainda sobre o mesmo tipo penal: AMODEO, Felipe. "Gestão fraudulenta: crime contra o sistema financeiro nacional (art. 4º da Lei 7.492/86)." In:

antropológica de cuidado de perigo?

Não é fácil responder a essa questão. Isso em razão de que não se está a tratar, por inexigência do tipo, de conduta que causa prejuízo para a instituição financeira ou para terceiros. Se assim fosse, não há dúvida de que se estaria diante de uma afetação evidente dessa relação de cuidado de perigo.⁷³⁵ O número de pessoas prejudicadas por um esquema fraudulento de administração e gestão de instituições financeiras é extraordinário. E, como se não bastasse, os prejuízos são evidentes para a higidez do sistema financeiro, para sua confiabilidade. No entanto, o tipo penal não faz nenhuma ressalva sobre a necessidade ou não de existência de prejuízo, o que nos parece uma fragilidade do tipo penal.

Ainda assim, a simples fraude no exercício da gestão de uma instituição financeira afeta uma relação de cuidado de perigo. Afeta não apenas a expectativa do chamado mercado, de que tais instituições sejam geridas com responsabilidade, transparência e correção, mas, fundamentalmente, afeta a estabilidade das relações econômicas e humanas dentro do mercado.

Pode um sistema econômico e social tolerar passivamente que uma instituição financeira seja gerida de forma ardilosa e fraudulenta? Qual a consequência de uma conduta assim para as relações entre as pessoas dentro desse sistema de mercado? Por certo que aí fica abalada uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo. De cuidado justamente com o outro e também com o que é do outro, aliás, por vezes, com tudo que é do outro. Portanto, a nós parece que fica afetada aí uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo. A conduta do fraudador não repercute sobre ele, mas sobre aqueles que dependem de sua gestão honesta e lícita. O abalo à reputação causado por uma gestão fraudulenta é, por vezes, demolidor, capaz de causar grandes transtornos nessa

SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 77-92.

⁷³⁵ Basta recordar aqui o caso Madoff, um esquema "Ponzi", no qual Bernard Madoff, empresário dono de instituição financeira, emprestava o dinheiro dos investidores, sem cobertura, a fim de obter mais dividendos para novos investidores. O prejuízo causado, calculado em cerca de 50 bilhões de dólares, causou estragos inclusive em grandes bancos mundiais, como o Santander (2,87 bilhões de dólares) e HSBC (1 bilhão de dólares). Seriam mais de três milhões de pessoas afetadas, algumas perdendo todo o patrimônio, chegando inclusive ao suicídio. Informações em www.folha.uol.com.br, acesso em 03.02.2009.

relação de cuidado de perigo.

Da mesma forma, não se pode deixar de afirmar que está evidente, aqui, senão uma afetação ao próprio bem jurídico, ao menos, ao seu âmbito de proteção. E de qual bem jurídico estamos a falar senão da higidez do sistema financeiro e da própria instituição financeira. Tudo a legitimar a tipificação legal, em razão do evidente estado de comoção do bem jurídico e de seu halo. Portanto, a nós parece que aquele primeiro caminho de verificação da eficiência de uma tipificação de um delito de perigo abstrato se encontra preenchido.

Contudo, nem toda fraude na gestão conduz a uma gestão fraudulenta. Uma coisa é fraudar um ato, cometer uma falsidade; outra, bem diferente, é gerir, administrar, conduzir, de forma fraudulenta, uma pessoa jurídica. Ou seja, uma fraude pode ensejar uma falsificação, um uso de documento falso, mas não uma gestão fraudulenta, que requer uma certa habitualidade, uma sequência de atos, uma certa continuidade.⁷³⁶ Daí a razão pela qual é fundamental atentar para aquela ideia de não insignificância da conduta específica para a configuração do delito. E isso se dá, pois nem toda a conduta é gestão, e, também, se deve afirmar, nem toda gestão sem a observância das regras possui significação, sob pena de se fazer uma interpretação meramente positivista do tipo legal. Imagine-se que determinadas atas de reuniões sejam alteradas *a posteriori* pelo gestor de instituição financeira, sendo que tais alterações, em que pese modificarem a verdade sobre determinados fatos, não afetaram propriamente a gestão sólida e responsável da instituição financeira. Embora tal conduta possa configurar outro delito, não configura, por si só, uma gestão fraudulenta.

De outra parte, é preciso verificar, no âmbito do tipo, se a conduta apresenta capacidade de tornar vulnerável a paz jurídica e se a punição de uma conduta assim se configura como justa à luz de uma aplicação da justiça que seja ponderada,

⁷³⁶ Em sentido oposto, MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal 7.492/86*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 58. Por óbvio que não podemos concordar com tal posicionamento. Uma coisa é gerir, o que implica uma sucessão de atos, outra é fraudar um único ato de um todo que é gerir. Assiste razão à crítica de José Carlos Tórtima, de que gestão pressupõe pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em determinado período de tempo. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da lei n. 7.492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 52.

equilibrada e proporcional. Para nós, punir um único ato sequer significa preencher o tipo penal. E, ainda, é importante apontar que uma sucessão de atos sem significação também não possui relevância jurídico-penal e tampouco se depreende que uma condenação de atos assim se afigure como uma adequada realização da justiça.

Ainda assim, a descrição típica da gestão fraudulenta, num primeiro olhar, legitima-se como eficiente, pois afeta a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, causa um desassossego no âmbito de proteção do bem jurídico, bem como não se afigura como irrelevante ou injusta uma punição de uma conduta assim. Há, pois, eficiência nessa tipificação criminal.

E o que dizer do delito de gestão temerária? Um delito que também não exige prejuízo, mas apenas a temeridade de uma conduta, a audácia, o arrojo perigoso. Há aí a perfectibilização de um delito de perigo abstrato? É eficiente a construção desse tipo penal?

Em primeiro lugar, há de se referir que não conseguimos vislumbrar uma afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo em todas as situações de gestão temerária. Nem sempre, toda gestão temerária causa malefícios para uma instituição financeira. Num sistema capitalista, próprio do mundo atual em que nos encontramos, é natural que eventuais gestores se portem com arrojo, destemor, audácia e astúcia. Isso não quer dizer a assunção pré-concebida de uma ausência de cuidado. Ao contrário, gerir hoje é nada mais nada menos do que enfrentar riscos e perigos, optando, aqui e ali, por caminhos os mais variados. Optar por uma solução ou por uma sequência de atos audaciosos, por si só, não significa uma temeridade de gestão, mas uma política de gestão audaz e ambiciosa. Isso não significa que os riscos não tenham sido mensurados previamente, que situações não tenham sido simuladas.

Portanto, não é sempre que se verificará, de plano, a afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Isso se dará apenas naquelas situações em que, medindo os riscos e os benefícios de uma política de gestão, o gestor opte por um caminho que, numa linha de probabilidade, era mais provável de

causar malefícios do que benefícios. Isso é, haverá de indagar sempre da probabilidade alta e evidente de prejuízos, ainda que eles não se venham a verificar em concreto. Só assim, poder-se-á falar em afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo.

No que pertine ao bem jurídico tutelado⁷³⁷, também nos parece que no norte das preocupações do ilícito típico de gestão temerária, está a higidez, a confiança e a segurança dos negócios do mercado financeiro. E aí há um bem jurídico relevante. Um bem jurídico imaterial, muitos dirão. Mas um bem jurídico relevante. A ausência de fidúcia, de credibilidade, de reputação é fatal na gestão de uma instituição financeira. Conforme já referimos, é fundamental que, nessa área, a condução dos negócios se dê de maneira escoreita, de forma que a credibilidade da gestão das instituições financeiras seja mantida. A ausência de credibilidade e confiabilidade na gestão de instituições financeiras é capaz de gerar danos de larga escala, não apenas em âmbito nacional, mas até internacional, como a crise financeira irrompida em 2008 está a demonstrar. Portanto, havendo pelo gestor a assunção de riscos que evidenciem uma alta probabilidade de dano, para além do razoável, por certo que se está a abalar e estremecer o halo de proteção do bem jurídico atinente à confiança e segurança dos negócios financeiros.

A questão que se nos apresenta como mais difícil é aquela que diz respeito ao âmbito normativo do tipo, acerca da não insignificância dessa conduta específica. O fato é que, em algumas situações, uma gestão, ainda que arriscada e até imprudente, poderá ser insignificante para a própria pessoa jurídica e para o próprio mercado, de forma que outras esferas, para além do direito penal, poderão ser mais eficientes para a resolução do problema e o enfrentamento da questão. Qual a razão de se punir uma gestão temerária que não foi, entretanto, causadora de repercussão minimamente relevante para a instituição financeira ou para o mercado? Punir uma conduta assim não se apresenta como medida razoável ou prudente, mas, sim, como uma adoção puramente simbólica do direito penal.

⁷³⁷ Sobre o bem jurídico no delito de gestão temerária, leia-se PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. "Considerações sobre o crime de gestão temerária de instituição financeira." In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 52. Segundo Moraes Pitombo, pode-se identificar o bem jurídico tutelado pelo tipo da gestão temerária, na proteção da regularidade, confiança e segurança dos negócios. *Ibid.*

E aí é que se chega no outro aspecto do âmbito normativo do tipo penal. É razoável, é prudente, é proporcional, punir a gestão temerária que não causa prejuízo para uma instituição financeira? O fato é que o tipo penal não exige a ocorrência de prejuízo. Exige, sim, uma conduta imprudente, temerária, sem os cuidados mínimos necessários na gestão de instituição financeira. Mais uma vez parece-nos indissociável responder a essa questão sem olhar para uma unidade de sentido entre fundamento, função e finalidade do direito penal. O prejuízo, sem dúvida, é relevante para a perfectibilização da temeridade da gestão, pois está a demonstrar, de forma cabal, que o ato foi temerário, tanto é que gerou prejuízos evidentes dele decorrentes.

Contudo, ainda que não ocorra prejuízo da instituição financeira, poderá haver gestão temerária, pois a afetação da conduta poderá recair justamente sobre a confiança, a segurança, a higidez e a previsibilidade mínima dos negócios. Um gestor de instituição financeira que, de forma temerária, extrapolando aqueles riscos inerentes ao negócio e uma probabilidade alta de ocorrência de perigo, pratica repetidos atos de gestão, está a colocar em risco, por certo, o funcionamento seguro e natural do mercado financeiro.

Por isso, há aí uma ideia de justiça na punição dessa conduta. Uma ideia de justiça que pune uma ausência de *justo equilibrio*, para usar uma expressão referida por Anabela Miranda. Uma ausência de prudência mínima na condução de uma instituição financeira. Ausência de prudência mínima que foi desatenta em relação à alta probabilidade de dano ou de perigo e que afetou uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo, que abalou um bem jurídico ao fim e ao cabo e que exige, por via de consequência, uma resposta que seja prudente, proporcional e necessária, consubstanciada na aplicação de uma sanção penal. Porém, deve-se repetir que nem toda gestão temerária afetarà essa relação onto-antropológica ou o bem jurídico, como também nem todos os atos de gestão serão significativos e exigirão uma resposta penal, posto que, no âmbito normativo do tipo, se poderá perceber, vez por outra, condutas que careçam de significância penal e ofensividade. Aí, por certo, não será justa uma punição, não haverá aí um justo equilíbrio na punição penal.

f) Considerações últimas sobre os delitos de perigo abstrato e eficiência

Quando falamos do nosso *a priori*, da nossa intenção de trazer à tona a relevância da eficiência para uma melhor percepção dos delitos de perigo abstrato, sabíamos que alguns problemas teriam que ser vencidos. O principal deles, procurar demonstrar a relevância de uma noção de eficiência, não para reduzir a criminalidade ou os delitos, mas, sim, para estabelecer uma forma mais ampla de legitimação do direito penal. Uma forma mais ampla de legitimação que trabalhasse também com a eficiência, mas não só com ela. Uma forma de legitimação que trabalhasse com a eficiência ultrapassando um funcionalismo mais radical e a análise econômica do direito. E aí chegamos até a concepção de eficiência como unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal. A eficiência, para nós, estará aí, na conjunção e na percepção dialética desse todo que necessita de um entrelaçamento.

Porém, sempre foi, para nós, uma preocupação a repercussão prática dessa percepção, não apenas sobre os delitos de perigo abstrato, a mais moderna forma de tipificação da tutela penal, mas até sobre seus efeitos na esfera processual penal, como veremos adiante. Porém, no campo de repercussão dos delitos de perigo abstrato, a preocupação era ainda maior em razão da pretensa inconstitucionalidade desses delitos, bem como em razão da forma de introduzir a eficiência para um adequado tratamento dessa temática. Era fundamental, pois, não apenas explicar como se daria a invasão da noção de eficiência nos delitos de perigo abstrato, mas também que se problematizasse, concretamente, o resultado dessa interferência em casos pontuais e reais.

Por certo que se poderia alegar: outros poderiam ser os delitos trabalhados, alguns até mais evidentemente delitos de cuidado de perigo. Entretanto, optou-se por trazer, para a arena de luta, alguns casos bem pontuais e polêmicos, com todos os riscos e problemas que uma decisão assim implica.

E, portanto, chegou-se às ponderações e conclusões que foram expostas. A

necessidade de indagar, num primeiro momento, acerca da afetação de uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo e da ameaça ou violação do bem jurídico ou da sua esfera dinâmica de manifestação nos parece vital para dotar os delitos de perigo abstrato de maior densidade ofensiva. Verificar a viabilidade de criminalização de uma conduta que, nem de saída, afeta uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo ou um bem jurídico não nos parece minimamente adequado. Ao contrário, aí nos pareceria uma abertura de fronteiras para punições meramente simbólicas, para meras violações de dever, sem eficiência e sem relevância jurídico-penal.

De outra parte, ultrapassando uma ideia de simples incriminação, não se poderia deixar de indagar, sob o plano normativo do tipo, acerca da não insignificância e da justiça da punição de um ilícito-típico de cuidado de perigo. Muitas e muitas condutas de cuidado de perigo podem se apresentar, sob o âmbito do tipo, como insignificantes. E, para nós, há também uma preocupação que não nos soa como desprezível: uma tendência de atentar para os delitos de cuidado de perigo sob um ângulo puramente formal, sem observar a prudência de punição de condutas que, *de per se*, nenhuma repercussão ofensiva possuem. Por isso a preocupação de trazer aqui a ideia de justiça e paz jurídica para a verificação da punibilidade dessa espécie de delito.

Nos exemplos trazidos, não é incomum que, na prática forense, muitas vezes, a discussão sobre a justiça da punição e o alcance da paz jurídica fiquem completamente alijadas da discussão processual. Poderão afirmar: mas, sempre e em todos os casos, dever-se-ia indagar da justiça da incriminação e da punição e se ambas alcançam a paz jurídica? Ocorre que, nos delitos de resultado, como no homicídio, por exemplo, exceto naqueles casos em que há uma justificativa ou excludente para tanto, a punição é em si justa e, em geral, não se põe isso em causa. O mesmo não se pode dizer do uso de drogas, do porte ou posse de arma, da embriaguez ao volante, da poluição ou da gestão fraudulenta ou temerária. Parece que, nesses últimos delitos, uma ofensividade menor tem levado à opacidade da indagação acerca da justiça de uma punição dessas condutas. Uma opacidade, que tem levado o operador do direito a retornar para posturas passivas e positivistas, impróprias ao contexto atual. Mas, é bem de se ver, entendemos que as

ideias de justiça e de alcance da paz jurídica, em tais casos, não estão soltas e perdidas, mas devem ser vistas num contexto que realce a ideia de eficiência, que atente para uma ideia de unidade de sentido do direito penal.

E, vistos assim e encarados assim, pensamos que os delitos de perigo abstrato encontrarão uma ainda maior capacidade de legitimação, não apenas por trazerem para o seu cerne, essa unidade de sentido entre fundamento, função e finalidade do direito penal, mas, por também, trabalharem a ideia de eficiência, sem desnaturar as garantias e os fundamentos de um direito penal, de que somos herdeiros responsáveis.

QUARTA PARTE

A eficiência onto-antropológica e seus desdobramentos em processo penal

6 A REPERCUSSÃO DA IDEIA DE EFICIÊNCIA SOBRE O PROCESSO PENAL

Ao longo do trabalho, estamos a traçar uma concepção de eficiência que acreditamos relevante em direito penal. Uma eficiência que não é solitária e legitimadora por si só, mas uma eficiência que compõe uma unidade de sentido entre alguns pontos fundamentais do direito penal.

Uma visão que, em nosso entender, é robusta e afeta também o processo penal. Não que isso signifique uma impossibilidade de crítica, mormente acerca da eficiência como critério de legitimação, no instante em que objetiva congrega limitadores externos, como a justiça, e limitadores internos, como as garantias constitucionais.

Portanto, haveria grave omissão se deixássemos de tecer algumas considerações sobre a repercussão dessa eficiência no processo penal. Sabemos que o risco não é desprezível, mas sabemos também que não podemos curvar a espinha para uma tradição muito brasileira, que, a partir do nosso ponto de vista, é equivocada, de separar, em linhas estanques e quase impenetráveis, o processo penal e o direito penal.⁷³⁸

É bem verdade, um vício que não contaminou - ao menos assim pensamos -, a ciência jurídico-penal portuguesa. E, talvez, tenha sido esse um elemento que explique uma diferença que, para nós, não é irrelevante, entre a dogmática penal brasileira e a dogmática penal portuguesa: uma capacidade crítica para a resolução dos problemas jurídico-penais, sem desequilibrar a relação entre direito material e direito processual.

Não se trata aqui de desprezar os inegáveis avanços e progressos que a dogmática penal brasileira vem alcançando, mas sim de afirmar que a ausência de

⁷³⁸ Figueiredo Dias também repeliu um dualismo impenetrável nessa relação entre direito material e processual: "Adequada, antes de tudo, à maneira como concebemos as relações entre direito penal e direito processual penal, com a necessidade daí resultante de ultrapassar o dualismo estrênuo que ali se tentou estabelecer através de uma compartimentação estanque, mesmo no plano funcional, das duas disciplinas". DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 47.

separação estanque entre processo penal e direito penal foi um ponto peculiar que talvez tenha alavancado e contribuído para o desenvolvimento da ciência jurídico-penal portuguesa. Portanto, é claro que há uma autonomia científica entre ambos, porém há também uma inequívoca e “mútua interdependência”.⁷³⁹

Trata-se, por conseguinte, de reconhecer que não é possível deixar de relacionar eficiência e processo penal. Exatamente aquele processo penal que não é apenas uma congregação de teorias, mas aquele processo que se desdobra nos tribunais e que repercute sobre os direitos das pessoas, de todas as pessoas, sobre os direitos e as garantias penais e individuais.⁷⁴⁰ Justamente ali, nos escaninhos do foro, no entremear das linhas dos autos de um processo, onde se vê, de forma bem nítida, a grandeza e a miudeza da pessoa humana, é que a eficiência se salienta.

Por certo que, para nós, a ideia de eficiência repercute sobre isso tudo. E aqui, não nos devemos esquecer de que muito antes de nós, já o Código de Processo Penal português relacionava a eficiência com o processo penal. Pois essa obra legislativa, no item oitavo da sua exposição de motivos, foi clara, ao afirmar que se busca maior “celeridade e eficiência na administração da justiça penal”, sem que isso signifique uma subserviência a “uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos”.⁷⁴¹

⁷³⁹ MONTEIRO, Fernando Conde. “O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas).” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 322.

⁷⁴⁰ Ou como afirma Figueiredo Dias, aquele processo que pretende dizer o direito no caso concreto: “...Cremos que, com razoável exactidão, poderemos ver o fim do processo penal em obstar à insegurança do direito que necessariamente existe ‘antes’ e ‘fora daquele’, declarando o direito do caso concreto, i.é., definido o que para este caso é, hoje e aqui, o justo. O processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto, hic et nunc* válido e aplicável”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 46.

⁷⁴¹ Em boa hora o projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (PLS 156/2009), em sua exposição de motivos, dispõe que “a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais”, pois “as garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado”. Contudo, em vários de seus dispositivos, como se verá de forma tópica, o projeto muda muito pouco. Além disso, sob o prisma político, é inegável que a tramitação prevista ainda deverá ser longa, até em razão da ausência de uma discussão mais prolongada e refletida acerca da pretendida reforma. Basta ver que o Projeto passou pelo Senado Federal, no dia 08 de dezembro de 2010 e, agora, retornará para a Câmara dos Deputados.

O fato de não subscrevermos, na sua totalidade, esses fins do processo penal, não significa que não os consideremos relevantes. Bem ao contrário, como dissemos, a finalidade da justiça e da paz jurídica são objetivos finais do direito e do processo penal.⁷⁴² A tutela dos bens jurídicos, como já afirmado, de forma reiterada, é a função principal do direito penal e, portanto, um ponto fundamental também do processo penal, que não pode deixar de olhar para a figura dos bens jurídicos. A diferença está é na introdução da eficiência, a partir das ideias de um fundamento onto-antropológico, da função de proteção dos bens jurídicos e da finalidade de justiça e paz social, como um critério relevante de avaliação da legitimidade do processo penal. Ou seja, a eficiência onto-antropológica é relevante também na sua repercussão sobre o processo penal, dotando-o de maior legitimidade, a partir do instante em que, com ele, o direito penal esteja alicerçado num fundamento, com a função de proteger um bem jurídico penal e alcançar a justiça e a paz social.

Contudo, aqui são necessárias algumas adaptações, que consigam relacionar a eficiência do processo penal com garantias e, acima de tudo, com o alcance da justiça e da paz social.

Um processo penal que não conseguir congrega eficiência, garantias e justiça, fatalmente, acabará por carecer de uma legitimidade mais forte e mais densa.⁷⁴³ Ora será apontado como um processo autoritário e inquisitorial. Ora será

⁷⁴² Também colocando a justiça como fim do processo penal, leia-se Figueiredo Dias: “E assim se criou o consenso, praticamente unânime e de que a nossa jurisprudência se faz eco, de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a *descoberta da verdade* e a *realização da justiça* (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)... A justiça é, por certo, fim do processo penal, no sentido de que este não pode existir validamente se não for presidido por uma directa intenção ou aspiração de justiça. Isto não obsta, porém, a que institutos como o do ‘caso julgado’ ou mesmo princípios como o *in dubio pro reo*, indiscutivelmente de reconhecer em processo penal, possam conduzir, em concreto, a condenações e absolvições materialmente injustas. Continuar a afirmar, perante hipóteses destas, que a justiça foi, em absoluto, fim do processo penal respectivo, pode ser ainda ideal e teoreticamente justificável – v.g. porque se argumente que as exigências de segurança surgem ainda como particular modus de realização do Direito e, por conseguinte, do ‘justo’, quando este se lança no contexto amplo de todos os interesses sociais conflitantes -, mas é também, seguramente, renunciar à obtenção de um critério prático adequado de valoração das normas e problemas processuais”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43-44.

⁷⁴³ E aqui é importante apontar que há uma ligação estreita entre legitimidade e a eficiência, as garantias e a justiça em direito penal. Por certo que se poderá apontar, na linha de Ferrajoli, uma diferença entre legitimidade jurídica e a legitimidade política ou externa. Como salienta Ferrajoli: “Chamarei de vigência a validade apenas formal das normas tal qual resulta da regularidade do ato normativo; e limitarei o uso da palavra ‘validade’ à validade também material das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos. Por conseguinte, será possível dividir a legitimidade jurídica ou interna – separada sempre da legitimidade política ou externa, em qualquer caso de tipo material – em

denominado como um processo de cunho garantista, despreocupado com a persecução penal e com a justiça. Por isso a necessidade do critério da eficiência, justamente como a liame capaz de edificar uma noção de processo penal que preserve garantias e não esqueça sua finalidade de buscar a justiça e a paz social. É preciso trazer à baila a preocupação concreta com os bens jurídicos, com a manutenção ou reconstrução de uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo e com uma justiça equitativa, razoável, ponderada. É a eficiência que estabelece o ponto nevrálgico de ligação entre garantias e justiça, sem desequilibrar o processo penal.

Como afirmamos, a justiça e a paz jurídica, para além de um fim do processo penal ⁷⁴⁴, afiguram-se, como já se vem expondo, como um fim do próprio direito penal. Portanto, por certo que uma ideia assim repercute sobre o processo penal

legitimidade jurídica formal, que se refere somente às formas prescritas para os atos normativos e por conseguinte à vigência das normas produzidas, e legitimidade jurídica substancial, que, ao contrário, se refere aos conteúdos dessas mesmas normas, ali onde estes também estejam prescritos ou proibidos por normas acerca de sua produção."FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 330-331. Como afirmamos, não nos parece possível separar, em linhas totalmente intocáveis, as ideias de justiça e de garantias e de eficiência. Seria legítimo um direito penal injusto? Por certo que seria válido e aplicável. Porém, não seria legítimo sob o aspecto jurídico e político. E, ao que parece, é o próprio Ferrajoli que acaba por admitir isso: "Justificam-se a tortura, a prisão preventiva, o interrogatório sem a presença de um defensor, o segredo instrutório mais ou menos ilimitado, ou a política premial para as confissões e colaborações? É evidente que tais perguntas admitem respostas diversas no plano da legitimidade interna, dependendo da presença ou não, no ordenamento que se analisa, de um outro tipo de garantias processuais, relativas ao 'como provar' e ao 'como não provar', tais como o habeas coprus em favor do imputado, a sua imunidade contra pressões físicas e morais, o seu direito de negar ou mentir, a assistência de defensor e outras. Entretanto, a adoção ou não de tais garantias normativas é, mais uma vez, uma questão de justificação externa, solucionada de diversas formas, todas submetidas ao fato de que a individualização da verdade seja concebida como um fim condicionado ao respeito de outros valores ou como fim incondicionado do processo penal, que, desta feita, justificaria o uso de quaisquer meios para alcançá-la". Ibid., p. 220.

⁷⁴⁴ Nesse sentido, também Mário Monte, que reconhece não apenas a influência recíproca entre direito penal e direito processual penal, como também o perigo de que a lógica da eficiência venha a subverter a essência da Justiça. Ademais, em nossa visão, corretíssima a afirmação de Mário Monte, de que a justiça tem uma essência que está subtraída a uma lógica puramente economicista. Como salienta Mário Monte: "O problema é este. E enquanto não for compreendido, sempre haverá críticas – algumas justas, outras injustas – à justiça por ser morosa. Se quisermos ser mais claros, diremos que, para ser eficiente, a justiça deveria ser de tal modo que, logo após a prática do facto, sabendo-se que alguém é suspeito, utilizando-se todos os meios de obtenção de prova, então, em poucas horas, ter-se-ia descoberto a verdade, e estar-se-ia perante uma acusação. E se ainda se quisesse ser mais célere, toda a investigação, sumária, claro está, feita pela polícia, serviria já de auto de notícia, de acusação, seguindo-se de imediato para julgamento, sendo que toda a prova produzida na investigação, por razões de eficiência, poderia afinal, ser aproveitada em julgamento, sem necessidade de a produzir de novo, obtendo-se uma decisão em poucas horas, após o início da investigação. Isso sim seria celeridade! Mas, a que preço? A que custos axiológicos? Dispensar-nos-ão de explicar o porquê da falta de razoabilidade da caricatura acabada de enunciar daquilo que poderia ser uma justiça muito eficiente, que na verdade seria tudo, uma eficiente gestão administrativa de problemas sociais, mas não a justiça". MONTE, Mário Ferreira. "Um Olhar sobre o futuro do direito processual penal: razões para uma reflexão." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?*

que deve ser como um filtro capaz de conduzir aquelas ideias antes apregoadas.

E daí se depreende o motivo pelo qual se há de falar em processo penal e eficiência.⁷⁴⁵ É porque a ineficiência ou uma eficiência sem garantias terá repercussão justamente no processo penal.

Imaginemos alguns daqueles casos que antes referimos, acerca do porte de arma, do uso de drogas, da embriaguez ao volante, por exemplo. Partindo-se de um pressuposto muito seguido, de verificação meramente formal da conduta típica, haverá uma evidente repercussão na seara processual. O que se daria seria uma espécie de inversão do ônus *probandi*, devendo a pessoa do réu provar que aquele tipo “formalmente preenchido” não se deu por tal ou qual motivo. Um ideia eficiente num sentido meramente utilitarista, mas altamente problemática do ponto de vista da legitimidade na seara probatória.

E, esse raciocínio desafortunado, de que os delitos de perigo abstrato deveriam exigir uma contraprova para o seu afastamento, quando da verificação ou não da ocorrência do tipo, é o exemplo mais cabal dessa busca pela eficiência que acaba por perverter princípios e garantias do direito penal e do processo penal. Simplesmente, o que se afirma é: o ilícito-típico se deu e está descrito na inicial acusatória; agora o réu que vá provar o contrário. Uma espécie de inversão do *in dubio pro reu*. Uma realidade do direito penal que, por sua vez, afeta duramente o processo penal. Uma repercussão que não é possível desprezar, em razão de trazer repercussões graves para o contexto probatório e para a própria interpretação judicial. Eis uma realidade do mundo jurídico, ainda presente nos delitos de cuidado

Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 402, 405, 411-412.

⁷⁴⁵ Como diz Faria Costa, o “processo penal é, exactamente – e aqui de óptica mais formal –, o conjunto de regras que permitem verificar se, em determinada situação concreta, existiu ou não a prática de um facto previsto e proibido pela lei penal” [...] “porque o processo penal, para lá da protecção daqueles direitos, também visa a realização da justiça, a descoberta da verdade material, a aplicação de uma pena ao culpado, bem como, de jeito não despiciendo, o restabelecimento da paz jurídica, colocada em causa pelo crime”...“Porque, em nosso juízo, é no processo penal que qualquer tensão ou desequilíbrio normativo que ultrapasse o razoável tornará todo o sistema ineficiente e, talvez pior, injusto. O equilíbrio entre os valores de segurança e garantia que devem envolver a figura do arguido e os interesses ou valores de celeridade processual e eficácia tem que ter um ponto de equilíbrio instável nem sempre fácil de determinar”. COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 49-50 e p. 56-57.

de perigo ou de perigo abstrato.

Mas, indo além dessa relação, uma ideia de eficiência vem repercutindo também no direito penal e, por conseguinte, no processo penal. Uma ideia que não é aquela prevista no ordenamento jurídico português ou brasileiro, mas que perpassa uma mentalidade própria do mundo moderno, instrumentalizada fortemente pelas opiniões mediáticas. Um certo discurso sensacionalista que, em alguns casos pontuais, com repercussão jornalística, relacionam sempre Justiça e prontitude, celeridade e eficiência. É óbvio que a Justiça não deve se portar com lentidão demasiada, esquecendo-se de se fazer presente. No entanto, não é bom que ela seja instantânea e imediata. Na atualidade, cada vez mais, os meios jornalísticos e legislativos indicam uma “punição imediata” como sinônimo de eficiência, prontitude e justiça do Poder Judiciário. E, assim, não raro se vai industriando o crime e vulgarizando as prisões cautelares. Desse modo, a busca por essa eficiência, diríamos, por essa eficiência mais primitiva, acaba por repercutir no direito penal, com a aplicação de verdadeiras penas antecipadas, por intermédio de prisões supostamente cautelares.

Mas não para aí essa repercussão que muito se tem notado em Portugal e no Brasil. Um outro terreno que vem sofrendo a influência da perversão da ideia de eficiência no campo penal tem sido aquele que trata da intimidade e da privacidade dos cidadãos. Os múltiplos e novos meios de prova que se vêm utilizando estão a desbaratar, quase que por completo, certas garantias, de forma bem mais profunda até que em períodos totalitários.⁷⁴⁶ Basta ver, por exemplo, o número sem fim de

⁷⁴⁶ Pode-se notar a repercussão disso não apenas no Brasil, com o aumento exponencial de prisões cautelares, como já vimos. Problema que também se vê em Portugal, pois, segundo Rui Silva Leal, na prática e no quotidiano da vida policial e judiciária, “[...] em nome da descoberta da verdade material e do jus puniendi de que se arroga o Estado, e de muitos e propalados princípios e teorias mais ou menos conseguidas, violam-se direitos básicos dos cidadãos. Direitos, liberdades e garantias. Falo de ameaças veladas de detenção e de julgamento em processo sumário em virtude de ter aconselhado o arguido a exercer o seu direito ao silêncio, não respondendo a determinadas perguntas; Falo de buscas domiciliárias sem mandado judicial com obtenção do consentimento do buscado apenas no final das diligências, mas ficando a constar do auto, falsamente, que tal consentimento foi prévio; Falo em escutas telefônicas das conversações entre o arguido e o seu defensor que, posteriormente, são destruídas sem que os intervenientes venham a aperceber-se de que foram escutados, ao abrigo de uma incorrecta interpretação da norma que alegadamente permite proceder tal destruição sem que os escutados previamente possam inteirar-se do que, desse modo, é destruído; Falo das prorrogações de prazo para a realização de escutas telefônicas sem que o juiz de instrução tenha previamente ouvido o que já foi interceptado e gravado; Falo da prisão preventiva ordenada exclusivamente com base em

interceptações telefônicas e delações premiadas que são utilizadas como único material probatório na seara do direito penal econômico. Um fenômeno bem presente em muitos ordenamentos jurídicos.⁷⁴⁷

E, como derradeira repercussão que se pode notar, vê-se também o fortalecimento do papel do magistrado na busca da verdade, como forma de equilibrar os interesses em disputa, o que acaba por minimizar, por vezes, o papel de protagonista que as partes deveriam ter no processo penal. Agiganta-se, desse modo, a figura do julgador, não mais como um terceiro imparcial e equidistante, mas quase como uma parte, com o dever de buscar a verdade e a justiça. É relevante que também essa repercussão, tal como as outras, se dê fundamentalmente como forma de fazer cumprir e aplicar, ao fim e ao cabo, o direito penal e suas funções, finalidades e fundamentos.

Daí a razão dessa incursão pelo processo penal. Não uma incursão despreocupada, alheia e irrelevante. Mas uma incursão vital, já que capaz de

gravações de som e imagem efectuadas por particulares e sem o consentimento do visado; Falo em interrogatórios de argüidos a quem se não comunicam os factos que lhe são imputados apesar dos seus – e os do seu defensor – pedidos insistentes nesse sentido; Falo da recusa em conceder a palavra ao Advogado, em diligência judicial, para requerer o que tiver por conveniente no momento que julgue adequado, e na subsequente recusa em conceder-lhe a palavra para lavrar em acta o atinente protesto; Falo na valoração, em audiência de julgamento, de ‘conversas informais’ mantidas por órgão de polícia criminal e argüidos”... Para concluir que, “Em termos práticos, isso significa um Estado repressivo e de terror instituído. Significa entrarem-nos pela casa adentro a desoras e sem mandado, ameaçarem-nos de prisão por reivindicarmos os nossos direitos e prenderem-nos mesmo, escutarem as nossas conversas diárias (telefônicas ou pessoais), intrometerem-nos na nossa correspondência, agredirem-nos, insultarem-nos, condenarem-nos à morte e matarem-nos mesmo. Não se diga que é um exagero, esta conclusão. Na verdade, Estados totalitários, repressivos e intolerantes nasceram assim; nasceram desse aligeirar de exigências no respeito dos direitos fundamentais, do ‘fechar’ os olhos a determinadas ilegalidades, da tolerância do que é verdadeiramente intolerável.” LEAL, Rui Silva. “Eu sou arguido amanhã. Os direitos de garantia.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 117-119.

⁷⁴⁷ Como diz Figueiredo Dias, “o que está por toda parte em questão é (goste-se ou não) o imenso requisito em favor de um aumento da ‘eficiência funcionalmente orientada’ do processo penal – exigida por um tratamento eficaz de formas expansivas, altamente organizadas e definitivamente internacionalizadas de criminalidade gravíssima – e a sua necessária compatibilização com o asseguramento dos direitos fundamentais das pessoas, em especial, dos argüidos e das vítimas. Problema que se suscita com particular acuidade e tremenda dificuldade em temas como os da admissibilidade e validade da prova carregada através de sofisticados métodos de investigação, de vigilância ou registo; como através do número exponencialmente crescente de agentes provocadores, encobertos ou infiltrados e dos chamados homens de confiança dos órgãos de polícia criminal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. “Sobre a reforma penal, justiça *penal portuguesa e brasileira, tendências de reforma*.” In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 20.

comprovar, na prática, a dificuldade de enfrentar e confrontar um pensamento que é talvez dominante e robusto, um pensamento que ainda vê eficiência do direito penal não como uma unidade de sentido entre a proteção de bens jurídicos, a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, a realização da justiça e da paz jurídica, mas, sim, como um mero instrumento, não raro o único, de combate contra o crime e para a redução da criminalidade.

6.1 Eficiência, garantias e justiça: uma hélice tríplice no direito processual penal

Como referimos antes, a luta e o embate entre garantias e justiça impõe um ponto de equilíbrio. Impõe uma ligação. E é aqui, justamente aqui, que a ideia de uma eficiência onto-antropológica se apresenta como mecanismo de extrema significação para a legitimação de um processo penal acusatório e democrático. Encontrar um ponto de equilíbrio duradouro entre justiça e garantismo no processo penal é tarefa nada fácil. Não apenas em razão de entendermos que a eficiência não pode ser vista desconectada da ideia de justiça, numa unidade de sentido, como estamos a referir, mas também em razão da existência de uma pressão natural para que a “eficiência” seja um sinônimo de presteza jurisdicional e de enfrentamento da impunidade.

Essa é uma visão que permeia boa parte do raciocínio jurídico-penal dos tempos modernos. Uma ideia utilitarista de processo. Uma ideia que acaba por observar o processo penal apenas como o aríete capaz de agilizar o procedimento e não aquele filtro capaz de conduzir a verdade possível e válida, a partir de um clima de equilíbrio e ponderação, capaz de alcançar a justiça respeitando garantias, de forma eficiente.

A grande dificuldade, em nosso ver, reside aqui. Reside numa certa mudança de mentalidade, na capacidade de enfrentar os contundentes problemas penais de forma serena e frontal, sem perder a capacidade de, em meio ao conflito jurídico, perceber a necessidade de manutenção de garantias, a fim de alcançar a justiça de

maneira eficiente. Ou seja, uma mentalidade que tenha a capacidade de ligar, de forma evidente, as ideias de eficiência, de garantias e de justiça, sem as quais o processo penal acabará por carecer de uma legitimidade maior. Esse é o caminho que o pensamento que até aqui se está a construir procura alcançar. Um caminho de defesa inquebrantável das garantias, para que o processo seja eficiente na finalidade de alcançar a justiça. Ou como disse Ferrajoli: *“Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária da sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais penais do direito penal mínimo. Estas garantias se configuram, portanto, como outras condições de justificação do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes”*.⁷⁴⁸

Infelizmente, o que se observa, não raro, é a incapacidade de relacionar eficiência com a ideia de justiça. Isso se dá por culpa dos próprios operadores e trabalhadores do direito, que acabaram por tomar essa ideia apenas sob um viés utilitarista ou funcionalista mais exacerbado. Como vimos, esse não é o viés que julgamos correto quando se trata da ideia de eficiência. A nossa ideia é a verificação da eficiência a partir de um fundamento (a relação onto-antropológica), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcance da justiça e da paz jurídica). A partir daí, com o equilíbrio e a presença desses requisitos, poder-se-ia falar de eficiência legítima em direito penal. E, por conseguinte, poder-se-ia falar também da repercussão da eficiência em processo penal.

Mas, aqui, isso ocorreria pela ligação fundamental entre essa hélice tríplice, formada pelas ideias de garantia, de justiça e de eficiência. Quando em processo penal estivermos diante da conjunção desses predicados, que não se podem separar sob pena da perda de legitimidade e densidade axiológicas, poder-se-á falar em maior eficiência do processo penal.

Trata-se, pois, de trilhar um caminho difícil, porém necessário, capaz de fortalecer garantias e direitos fundamentais, com os pés firmemente estabelecidos

⁷⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2006. p. 318.

na realidade do presente, mas sem perder a capacidade de manter antigas conquistas e de olhar para o futuro, com os desafios que se apresentam ante o direito penal e o processo penal dos tempos atuais.

O caminho não será fácil, conforme se referiu, ante aquela visão que está enraizada em boa parte do pensamento jurídico-penal. Observemos, por exemplo, o que escreveu Laborinho Lúcio acerca do projeto de revisão do Código de Processo Penal de Portugal: “o projecto de revisão caminha ao arrepio dos próprios tempos, acentuando a vertente dos direitos individuais, nomeadamente no que respeita aos direitos da defesa, em detrimento da eficácia e das soluções a esta vulgarmente ligadas”.⁷⁴⁹ Essa visão, numa dimensão mais lata, tende a vislumbrar o manancial de garantias constitucionais como mero obstáculo para a realização da justiça. As garantias colocadas como um impeditivo para a afirmação da justiça e do próprio Estado Democrático de Direito. Uma visão que, talvez, mesmo sem intenção, acaba por significar uma forma de fragilização de garantias e de desconsideração de fórmulas essenciais para um processo penal acusatório e autenticamente democrático.⁷⁵⁰

Como referiu Costa Andrade, o momento atual e as últimas reformas legislativas se caracterizam, essencialmente, pela “redução e neutralização de garantias de defesa; multiplicação, em número e em potencial de lesividade e devassa, dos meios institucionalizados de intromissão nos direitos fundamentais; deslocação das linhas de equilíbrio normativo do lado da liberdade, da autonomia e da dignidade, para o lado da segurança; do lado da justiça da ‘superioridade ética do Estado’ (EB Schmidt), para o lado da eficácia e da *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*; do argüido para a ordem, a reafirmação da validade das normas e,

⁷⁴⁹ LÚCIO, Laborinho. “Processo penal e consciência colectiva.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 148.

⁷⁵⁰ E aí não podemos esquecer, mais uma vez, as afirmações de Figueiredo Dias, lembrando Henkel e João Mendes, de que o direito processual penal nada mais é do que “direito constitucional aplicado” (Henkel) e de que “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são actualidades das garantias constitucionais” (João Mendes), para concluir que “Daqui resultam, entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa regulamentação legal 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 proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando este consinta naquela. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 74-75.

aqui e ali, os interesses da vítima. Este é seguramente um dos *metacodes* centrais que facilmente se poderá referenciar por detrás da generalidade das novas soluções normativas no domínio do processo penal.⁷⁵¹ Eis um fato inegável, a tendência de apequenamento de garantias, sob o pretexto de combater novas formas de criminalidade. Tudo isso, como se a criminalidade mais grave, a que mais afeta aquela relação onto-antropológica de cuidado de perigo, não fosse ainda aquela criminalidade mais tradicional, com a violação da vida, da integridade física, da liberdade e do patrimônio das pessoas.

Deve-se, portanto, fazer uma distinção entre uma eficiência “ideal” e a eficiência meramente instrumental pretendida pelos tempos atuais. A primeira há de ser vista dentro do contexto que expressamos, numa unidade de sentido equilibrada pela busca da justiça e da paz jurídica, temperada pela função de proteção dos bens jurídicos, o que é próprio de uma concepção mais liberal. Outra é aquela eficiência meramente instrumental e que repercute, de forma direta, no processo penal, uma eficiência própria de um sistema jurídico despreocupado com certas garantias que foram conquistadas com sacrifícios e adversidades, quando não com o próprio sangue dos cidadãos. Essa eficiência pretende vulgarizar garantias em detrimento do “combate à corrupção e ao crime”, de forma a “reduzir a criminalidade” e a “sensação de impunidade”.

Trata-se de uma fortíssima e sedutora ideia que credita à eficiência funcional ou instrumental a redução da criminalidade e a celeridade processual. Na verdade, a realidade demonstra que, de forma paralela e, talvez, mais forte, o que se diminui é a pletera de garantias que deveria ser a característica fundamental de um Estado Democrático de Direito no século XXI e não a criminalidade, bastando para isso se observar as taxas de encarceramento e, contraditoriamente, as taxas de criminalidade do Brasil, já referidas. O que se vê, de fato, é uma explosão da intervenção penal em certas áreas, com a contínua despreocupação penal em outras áreas, tudo agravado pela utilização do processo penal como um mecanismo sem densidade valorativa, sem cerne, de forma fraca e pobre do ponto de vista das

⁷⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral).” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 528.

garantias fundamentais.

No entanto, em que pese a capacidade de sedução desse pensamento, próprio do senso geral comum, é preciso entender que uma ideia assim não tende a dar equilíbrio ao sistema jurídico-penal. Ao contrário, uma ideia assim causa ainda mais impunidade, pois impulsiona o descumprimento de formalidades processuais que possuem razão de existência e que objetivam dar racionalidade e ponderação ao sistema. Essa ideia de processo penal acaba por gerar um conflito pontual dentro das controvérsias judiciais, expondo a ausência de densidade das discussões jurídicas, posto que não se aplica muitas vezes o conteúdo de garantias constitucionais e, tampouco, enfrenta-se com veemência as violações de normas legais e o déficit de aplicação do texto constitucional. Via de regra, quanto mais esse discurso está impregnado na atividade jurisdicional, mais garantias são violadas, principalmente nas instâncias iniciais de julgamento, por magistrados mais sensíveis aos apelos populares e mediáticos. Como resultado, o que se tem é um *déficit* de garantias. Um *déficit* que resulta em processos expeditos e prontos, mas que não se legitimam do ponto de vista dos princípios e da Constituição, motivo pelo qual acabam anulados ou extintos, em determinadas situações. E isso acaba por resultar num aumento da sensação de impunidade, ao menos para o senso geral comum, pois se tem a sensação de que os tribunais superiores julgam de forma mais tênue e fraca, quando, na verdade, estão a cumprir a sua razão de existência, de zelar pela uniformidade da jurisprudência e pelo respeito à Constituição. O papel que se lhes cabe não é o de realizar “justiçamentos” ou de atender ao clamor popular, muitas vezes, o maiores inimigos da Justiça e da Eficiência. Mas, sim, o de fazer justiça dentro dos limites da Constituição. E tudo isso é deletério para a democracia, pois se passa a ver o conteúdo das garantias fundamentais como um mecanismo de impedimento da aplicação da justiça, quando o que ocorre é justamente o contrário, o conteúdo das garantias existe para dar legitimidade e eficiência à justiça e a sua aplicação.

Trata-se, pois, de uma inversão acerca da ligação entre eficiência, justiça e garantias. Na prática, muitas vezes o que se depreende é a ideia de que as garantias impedem a afirmação da justiça, barram condenações criminais e repelem a aplicação de penas, tornando ineficientes sanções penais e à afirmação do direito.

Uma inversão completa dessa relação. Na realidade, só se alcança justiça de fato com uma decisão que respeita garantias. Assim haverá uma decisão justa e legítima e, por conseguinte, uma decisão eficiente, que observou ou recompôs uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo, procurou proteger um bem jurídico com densidade penal e atingiu aquela finalidade da justiça ou paz social, a partir de uma ideia de ponderação, equidade, equilíbrio, medianidade. A questão processual necessita ser reordenada, sob pena de sermos os responsáveis pela estruturação de um processo penal que, sob o manto da busca da verdade e da justiça, nada mais faça do que praticar a injustiça, ao desrespeitar garantias fundamentais e desconsiderar uma ideia saudável de eficiência. Não é e não pode ser tal o nosso compromisso, sob pena de perversão de todos aqueles valores e garantias que nos foram legados com sacrifícios, lutas e adversidades. Não podemos implementar ou manter um processo penal que seja o carrasco de garantias conquistadas após grandes asperezas e dificuldades.

Por isso, entendemos que essa hélice tríplice formada pela eficiência, justiça, garantias, deve estar em equilíbrio.⁷⁵² Ainda que se trate de um equilíbrio frágil, há de haver equilíbrio. Um equilíbrio que esteja atento, sempre, para essas ideias que não podem ser separadas, sob pena de enfraquecimento da legitimidade do processo penal.

Isto é, sem garantias não haverá justiça e eficiência legítima, sem justiça não há eficiência, sem eficiência não há garantias ou justiça. E, sem garantias, eficiência e justiça, não há legitimidade dentro do contexto de um Estado democrático de Direito. Por certo que haverá aqui algum reparo, capaz de opor ou advertir que esse equilíbrio não será fácil. Por certo que não. Embora as garantias estejam expressas nas normas e nas Constituições democráticas, como aquelas de Portugal e de Brasil, a sua implementação prática dependerá, por certo, da capacidade dos tribunais de institucionalizarem juridicamente o texto constitucional e infra-constitucional. Dependerá da capacidade de se vislumbrar a eficiência a partir daquela ideia onto-antropológica, capaz de robustecer garantias. Dependerá de uma

⁷⁵² O termo hélice tríplice não é nosso, mas o tomamos emprestado de Henry Etzkowitz, na sua obra *Universidade-indústria-governo, inovação em movimento*. ETZKOWITZ, Henry. *Universidade-indústria-governo, inovação em movimento*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009.

ideia de justiça como equilíbrio, como ponderação garantista, como equidade, como razoabilidade, como medianidade. Não é fácil, pois, esse equilíbrio. No entanto, ele é fundamental para a construção de um processo penal legítimo. E, importa ressaltar, esse equilíbrio não será feito de pesos iguais entre a justiça, a eficiência e as garantias.

Isso em razão de que não há justiça sem garantias. Uma decisão justa sem o respeito pelas garantias perde a legitimidade. E, aqui, não falamos da legitimidade popular, o anseio do povo, a fome e a sede de Justiça. Não. Essa justiça, desprovida de forma, de ponderação e de racionalidade, não raro é a própria vingança travestida de ideário nobre. Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, a justiça judicial não se há de fazer sem formas. O contrário é a burla e a opressão. Assim, para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias. De garantias, que são autênticas conquistas de um Estado Democrático de Direito e que não podem ser desprezadas. Falamos, assim, da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da intimidade e da privacidade e do sigilo profissional, do direito ao silêncio, da oralidade, da publicidade. Tais garantias não devem ser desprezadas sob o pretexto de alcançar a verdade e a justiça a qualquer preço. Na realidade jurisdicional, entretanto, não é raro que, sob a afirmação da “proporcionalidade”, boa parte dessas garantias estejam a ser violadas e diminuídas concretamente. Aí se dá um contrasenso, pois justamente pela ideia de “proporcionalidade e ponderação” se está a decidir de forma não razoável e imponderada, fragilizando-se garantias em nome da comodidade da investigação, numa inversão absoluta dos valores processuais, ficando o conteúdo das garantias fundamentais em segundo plano.

A realidade que nenhum sistema é capaz de esconder é que vem sendo uma constante, nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, um certo desfalecimento dessas garantias, em razão de um incremento acentuado das prisões cautelares (especialmente no Brasil), das interceptações telefônicas, das quebras de sigilo, da introdução de meios de investigação invasivos, bem como da ideia forte de inexistência de nulidades sem o reconhecimento de prejuízos concretos. E esses desfalecimentos vêm gerando mais e mais impunidade, em razão da insegurança jurídica decorrente da restrição desarrazoada de garantias. Estamos a tratar, pois,

do ponto mais saliente e relevante dessa tríade, sem o qual justiça e eficiência não subsistem. Importa, pois, mostrar que num contexto assim, de um sistema que objetiva a justiça e a paz jurídica de forma eficiente, impõe-se como fundamental e preponderante, a ideia de garantias. A garantia dá estabilidade ao sistema. Por seu maior peso, a garantia há de ser preservada num patamar mais altaneiro, ainda que uma decisão que a preserve custe uma postergação da justiça, da verdade e da paz. Isso em razão de que não haverá paz e justiça sem o respeito pela formalidade racional e essencial das garantias. Com isso, não estamos a propor o absolutismo de princípios constitucionais. Não. O que estamos a propor é a refutação da relativização absoluta dos princípios como se tem visto na prática judicial desses países, o que está expresso na relativização da presunção de inocência, da intimidade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo etc. Só desse modo é que os direitos e garantias fundamentais serão preservados.

Na atualidade, uma certa compreensão de compensação e sopesamento dos princípios vem esgaçando o conteúdo das garantias, mormente em razão de um tremendo apelo da mídia e de uma tendência populista do legislador penal. As garantias, assim, passam de uma condição de estabilizadoras do sistema, para meros obstáculos. Numa perspectiva psicológica, o *superego* representado pelas garantias vem sendo esmagado pelo *id* da justiça, num desequilíbrio que vem se estabilizando no sentido da refutação e da fragilização de princípios fundamentais. Um caminho que se sabe como começa, mas não se sabe onde poderá terminar, ainda mais numa sociedade esquecida dos sacrifícios do passado para o alcançamento dessas mesmas garantias.

Mas, se tudo isso é verdade, não se pode esquecer de que o sistema penal e processual penal deverá ter uma eficiência mínima e republicana, com órgãos de investigação e acusação independentes e equidistantes, com magistrados que preservem a sua imparcialidade e distribuam a justiça num tratamento igualitário das partes. Assim, um sistema ineficiente, que esqueça a busca da justiça e da paz jurídica, que descambe pela ausência de proteção dos bens jurídicos mais relevantes na seara penal, não é um sistema legítimo, pois não encontrará nem respaldo democrático e popular para se manter hígido e tampouco resguardo constitucional, já que a justiça é um fim fundamental de um direito democrático. Da

mesma forma, esse processo penal deverá ter sempre no seu norte a busca da justiça e da paz jurídica, sem desconsiderar das garantias, da relevância e da densidade dos bens jurídicos, da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Haverá, assim, eficiência nesse sistema. Ou, ao menos, uma prática que se alberga também numa eficiência legítima, com um fundamento claro, uma função específica e uma finalidade íntegra. Portanto, o fim do processo também é alcançar a justiça e a paz jurídica. Afastando-se por completo dessa ideia, o processo passa a ser também um instrumento de proteção de determinadas parcelas da sociedade, capazes de construir uma plêiade de leis processuais penais que impossibilitem ou obstaculizem, por completo, a realização da justiça. E isso também não se pode permitir, pois então se deixa escapar a ideia de justiça e de paz jurídica, decaindo a eficiência do próprio sistema processual.

Por fim, a justiça se apresenta como um fim absolutamente necessário e legítimo do direito penal e do próprio processo penal. Mas não uma justiça a qualquer preço. Uma justiça desabrida, demagógica, populista, eleitoreira e esquecida da razão. Uma justiça que não é justiça, mas mero “justiçamento”. Não se fará justiça, como já se referiu, sem respeito pela garantias e tampouco será fácil alcançar a justiça sem eficiência. A justiça, como foi visto, aquela ideia de decisão razoável, ponderada, equilibrada, serena, construída de forma equitativa, não se realiza sem um processo com garantias plenas, asseguradas na Lei e na prática judicial. Por certo que, aqui e ali, a busca da justiça obrigará a restrição de garantias, mas que isso não seja uma carta branca para a generalização das restrições da liberdade antes do trânsito em julgado, para a introdução de meios invasivos de prova como regra, para a perversão absoluta da intimidade como primeiro mecanismo da investigação, muitas vezes, com base em depoimentos anônimos e muito menos para a adoção de interpretações redutoras das garantias conquistadas com sacrifícios históricos. Que a justiça se alcance num processo eficiente, respeitador das garantias, ponderado e racional.

Por conseguinte, essa noção de hélice tríplice nos parece capaz de mover, com equilíbrio, o sistema processual penal. É bem verdade que, nessa relação entre justiça, eficiência e garantias, devem preponderar as últimas. Sem garantias não haverá decisão justa num processo eficiente. Ao contrário, haverá aí um gravíssimo *déficit* de legitimidade, que tenderá, cada vez mais, a se aprofundar, agudizando o

cerceamento das liberdades e a destruição da intimidade e da vida privada. Essa, assim quer nos parecer, lamentavelmente, é uma tendência dos pueris tempos atuais. Uma tendência de fragilização de garantias. Como referimos, essa tendência aprofundará, cada vez mais, a insegurança jurídica do sistema e inclusive reforçará um ciclo criminoso decorrente do aumento da carcerização, mormente para as populações mais desassistidas.

Não se desconsidera que tal equilíbrio não será fácil, mormente em razão de uma pugna constante entre o anseio de liberdade e a vontade de justiça e segurança. Como diz Flávia Loureiro, quando se trata do processo penal, “por um lado, a sua actuação é exigida, e com graus de celeridade e eficiência até aí não pensáveis sequer, em campos para os quais, na grande maioria das vezes, não está preparado para agir, nem é fácil fazê-lo sem interferir na esfera da liberdade de cada um; por outro, é chamado a consegui-lo, ainda assim, com respeito por um núcleo intangível de direitos e liberdades que não pode suportar-se ver afectado, sob pena de se descaracterizar o próprio Estado de Direito.”⁷⁵³

Esse embate é uma constante inegável, mas que não podemos apartar em extremos inconciliáveis e totalmente dissonantes. A liberdade só se preserva num contexto de justiça e segurança jurídica, com garantias e respeito aos princípios fundamentais do direito penal e do direito processual penal. A liberdade atinge aí a sua maturidade, num contexto assim, com garantias, com justiça, que gera responsabilidade, estabilidade, constância. E a segurança, por sua vez, possui relevância e legitimidade num contexto de liberdade, de forma que tais questões estão imbricadas, posto que ajudam a nortear o que é certo e o que é o errado para o ordenamento jurídico, indicando onde estará a justiça e a injustiça.

⁷⁵³ LOUREIRO, Flávia Novera. “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 272. Também entendendo o problema básico do processo penal como o equilíbrio entre a eficiente repressão e a garantia dos Direitos Humanos dos arguidos, sejam culpados ou inocentes, leia-se MADLENER, Kurt. “Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de ‘prazo razoável’ e de ‘celeridade’. Observações a respeito da Justiça Alemã.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 646 Ainda, segundo Kurt Madlener, inúmeros instrumentos estão a surgir para diminuir o número de demandas criminais, tais como o arquivamento de feitos com ou sem imposição de condições, julgamentos abreviados em razão da confissão etc. Ibid., p. 645-670.

A diferença é que aqui se procura estruturar um sistema equilibrado que fomenta a ação simultânea da eficiência, da justiça e das garantias, com preponderância para as últimas.

Não se trata, assim, de um mero equilíbrio entre liberdade e defesa social⁷⁵⁴, mas, sim, de estruturar uma noção que atente para todas essas questões sem deixar de colocar sempre à frente a noção de garantias. Colocar a noção de garantias num patamar inferiorizado pode ser o primeiro passo para um sistema invertido e fraco do ponto de vista dos direitos fundamentais da pessoa humana. Sem contar que, a médio e longo prazo, essas tendências de fragilização de

⁷⁵⁴ Nesse sentido parece argumentar Scarance Fernandes: “São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5º da CF. Como decorrência deles, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam a liberdade. Dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido a um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade. Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De maneira resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno”. FERNANDES, Antônio Scarance. “Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal.” In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-10. Na mesma linha: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Não se pode deixar de apontar, como relevante, a distinção de Scarance Fernandes acerca da “eficiência do processo” daquela “eficiência no processo penal”. Assim, segundo Scarance Fernandes, a “eficiência no processo ou eficiência da relação jurídica leva em conta principalmente a eficiência na atuação dos sujeitos processuais, ou seja, a eficiência na atuação do juiz, do promotor ou querelante, do acusado e de seu defensor. Já a eficiência dos atos que o compõem, quando vistos principalmente na sequência que devem seguir”. Já no que diz respeito àquela eficiência correlata à finalidade do processo, existiriam três posicionamentos. Um “atribui ao processo penal a finalidade de assegurar a defesa do acusado. Sustenta que, historicamente, o processo penal se afirmou como instrumento necessário para evitar que se impusesse a alguém uma pena sem que pudesse defender-se. Seria, então, eficiente o processo que assegurasse ao acusado os meios para o exercício de sua defesa, de modo a impedir condenações injustas. Para outra corrente, a finalidade do processo é permitir aos órgãos da persecução a apuração da verdade e a punição dos autores de infrações penais. Essa posição dá maior predominância à acusação do que à defesa do acusado, pois eficiente seria o processo que permitisse aos órgãos da persecução penal a apuração dos fatos criminosos e a condenação dos seus autores. Finalmente, terceira posição entende que a finalidade do processo penal é a obtenção de um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado. Deve equilibrar as posições das partes, sem dar predominância a qualquer delas, procurando compensar eventuais desigualdades naturais ou jurídicas entre elas. Eficiente, nessa ótica, é o processo justo que assegure a ambas as partes os exercícios de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais”. *Ibid.*, p. 24-25. Sem esquecer que, para Scarance Fernandes, a eficiência no processo penal “é a capacidade de um ato, de um meio de prova, de um meio de investigação, de gerar o efeito que dele se espera”. *Ibid.*, p. 25. Em que pese a respeitabilidade desses posicionamentos, não podemos concordar com o fato de que a eficiência se veja nesses prismas. Para nós, não cansamos de repetir, ela há de ser vista numa unidade de sentido entre as ideias de justiça, paz jurídica, proteção de bens jurídicos e manutenção ou refazimento da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. O que repercute também sobre o processo penal, no instante em que a eficiência deve também ser vista num contexto de equilíbrio com a justiça e com as garantias.

garantias tendem a se vulgarizar, de forma a tornar uma regra aquilo que deveria ser uma exceção, como uma prisão cautelar, uma interceptação telefônica, uma quebra de sigilo, por exemplo.

E, com o máximo respeito, não é isso o que se almeja. O que o presente estudo almeja e pretende, é demonstrar como a eficiência opera como critério de otimização da legitimidade em direito penal e que repercute sobre o processo penal. Como essa ideia, que não é irrelevante, pode repercutir de forma densa sobre o processo penal, assegurando justiça, preservando garantias e tornando mais eficiente e legítimo o sistema em que estamos a trabalhar.

6.2 Eficiência, ônus da prova, vedações probatórias e o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988

Uma das questões mais difíceis e tormentosas do direito penal e processual penal é aquela questão que diz respeito ao ônus da prova criminal. Como regra, os ordenamentos jurídicos de países democráticos estabelecem, como princípio fundamental, que o ônus da prova esteja sob o encargo da acusação, a partir de uma decorrência da presunção de inocência.⁷⁵⁵

Essa é uma garantia de grande repercussão prática dentro de um processo penal legítimo. Uma garantia que vai repercutir diretamente sobre os direitos dos cidadãos, no instante em que impõe ao órgão acusador a comprovação de uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável.

E isso se impõe num sistema que seja aberto, democrático, plural, proporcional, ponderado e eficiente. Não se pode aceitar que um sistema que privilegia a ideia de pessoa humana seja refratário a tal princípio. Esse sistema até poderia ser minimamente eficiente, numa perspectiva funcional mais extrema, mas não seria nunca um sistema legítimo, ainda mais à luz do ordenamento jurídico

⁷⁵⁵ No caso do Brasil, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

nacional e internacional.⁷⁵⁶

E o reflexo dessa questão repercute sobre a questão da liberdade do réu ou imputado, como se verá adiante, e ainda sobre a gestão e o ônus da prova criminal. E qual a razão disso? É que a ausência, a ilicitude ou a insuficiência das provas não de levar o réu à absolvição. Portanto, essa questão repercute sobre o que é de extraordinário no homem: a sua liberdade.

E, assim, não é raro que se ouça a afirmação de que o ônus da prova é questão que diz respeito apenas à acusação. E isso não está errado. Bem ao contrário, é uma decorrência clara do disposto do art. 5º, LVII da Constituição Federal do Brasil. Se está presente a presunção de inocência ou de não culpabilidade como garantia fundamental, essa presunção deve valer quando se trata da questão da gestão da prova criminal.

Ocorre que, nos dias atuais, algumas construções típicas, especialmente aquelas de perigo abstrato, quando interpretadas em determinadas situações, acabam, na verdade, por inverter o *onus probandi*. Uma inversão que atenta, de forma evidente, contra a garantia da presunção de inocência e que também perverte a ideia do *in dubio pro reo*, também uma decorrência do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Vejamos os exemplos referidos do simples porte de arma sem a devida autorização, “o trazer consigo para consumo substância entorpecente” e, especialmente, a “embriaguez ao volante”. Não raro o que se dá, especificamente, é o preenchimento em tese e formal do tipo penal. Não se perquire a significância, a ofensividade, a eficiência da conduta e tampouco a existência de um bem jurídico protegido. Em tais situações, quando o operador do direito assim raciocina, o que se está a fazer, de fato, é impor ao réu a carga de uma prova, ainda que a acusação não se tenha desincumbido de prova alguma, ainda que simplesmente tenha feito a

⁷⁵⁶ Do ponto de vista histórico, tal garantia remonta ao direito romano e já vinha assegurada na Declaração da Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem (1789). Atualmente, além da previsão constitucional, vem também expressa na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1966), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11, inciso I). Um bom resumo em FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2006.

descrição meramente formal de uma conduta típica. Trata-se, pois, de uma evidente inversão do *onus probandi* com a aniquilação do chamado *in dubio pro reo*.

Mas essa questão não se esgota aí. Ela também se reflete, como veremos mais adiante, na questão da gestão da prova, na imparcialidade do julgador e na questão da verdade no âmbito do processo penal.

Por enquanto, porém, o que cabe é ressaltar que uma percepção de eficiência, não exatamente aquela que estamos a propor, tem se desenvolvido no âmbito do processo, especialmente para aumentar a carga de prova do réu e para estabelecer uma profusão de pequenas inversões processuais, a fim de privilegiar um certo “eficientismo processual”.

E, assim, se impõe que asseveremos, a partir de nossa concepção, certos pontos que nos parecem transcendentais para que a eficiência que referimos tenha uma adequada repercussão sobre o processo penal.

O primeiro ponto que se nos apresenta como fundamental é aquele que decorre da presunção de inocência e que impõe o ônus da prova apenas e tão somente para a acusação. Ora, se o réu é inocente, e assim estamos a presumir, o que deve ele provar? Nada. A ele não incumbe nenhum ônus probatório. Sua conduta pode ser absolutamente passiva no curso de um processo. Pode ele deixar apenas que a acusação se desincumba do dever de provar o que relatou na inicial da ação penal. É a acusação que deve provar a imputação formal. Não é o réu que deve provar a inocência em sentido contrário.⁷⁵⁷

E, se assim é, o que se pode depreender é que certas construções típicas, desapegadas das ideias de ofensividade, proporcionalidade, relevância e eficiência, acabam, na prática, por inverter o ônus processual de provar a acusação. Por isso, deve-se repelir toda construção de ilícito-típico que não se coadune com aqueles critérios que antes expusemos e que, por fim, acabam por romper também com a

⁷⁵⁷ Nessa linha, LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007. v. 1, p. 519.

presunção de inocência, quando emoldura o “*in dubio pro reo*”.⁷⁵⁸

Mas, é importante ver mais adiante. Isso em razão de que não desconsideramos que ao réu também incumbe se desvencilhar de certas cargas probatórias, se assim o desejar. Imagine-se a situação de uma acusação lastreada em vasto material probatório contra o réu, que indica a materialidade comprovada e a autoria do delito. Caso a defesa fique inerte, numa postura passiva, o réu acabará por ser fatalmente condenado. Por isso, a necessidade de a defesa se desincumbir de certas cargas de prova no curso da ação penal. No entanto, se assim não o fizer, acabará por perder a possibilidade de provar a inocência do réu ou de obter a absolvição por outro motivo, como a dúvida geradora da insuficiência de provas.

Isso não quer dizer uma inversão do ônus probatório. O que a acusação deve provar é o que consta da inicial. Se assim o fizer, o réu fatalmente será condenado, caso não traga elementos reais ou argumentativos que destruam ou fragilizem a acusação. E, aqui, por conseguinte, temos de ponderar a posição de Aury Lopes Júnior, quando afirma que só a acusação possui carga probatória. Na verdade, o réu possui o direito de se desincumbir de uma “carga probatória”, pois, se assim não o fizer, acabará por ser condenado, caso haja provas acusatórias suficientes em contrário. Ademais, a tese defensiva, via de regra e, por óbvio, não consta da inicial acusatória, devendo a acusação provar a “sua tese”, aquela que está escrita na prefacial. Por isso, não podemos aceitar no todo a alegação de Aury Lopes Júnior de que o réu sequer deve provar uma causa excludente de ilicitude, quando a alega. Ora, tal causa excludente, via de regra, não consta da inicial. É trazida pelo réu, em sua defesa. Se assim é, deve ele carrear aos autos a prova de sua alegação, sob

⁷⁵⁸ Ainda, sobre o ônus da prova, leia-se Ferrajoli, ao referir ser esse ônus uma incumbência da acusação: “Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária, que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que como se viu nos parágrafos 10.7 e 39.3 forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas. Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza o contrário do processo misto, em que o Ministério Público forma as provas e decide acerca da liberdade pessoal do imputado e o juiz, por sua vez, tem poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato a investigação com o auxílio da acusação”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 562.

pena de trazer apenas alegações “ao vento”, desabrigadas por completo de qualquer elemento ou argumento probatório, enfraquecendo a sua própria defesa. Ainda assim, não nos parece equivocada a afirmação de que, “se o réu aduzir a existência de uma causa excludente da ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe (através de prova positiva)”.⁷⁵⁹

Ora, é óbvio que é o acusador quem deve provar que o fato descrito na inicial é ilícito. Não há dúvida disso. O acusador, de qualquer forma, deverá provar que o fato é típico, ilícito e culpável. Se não o fizer, o réu será absolvido. Mas isso não significa que a defesa não tenha uma carga de carrear aos autos os elementos probatórios para coadjuvar a sua tese defensiva, que não constava da inicial. A acusação, por sua vez, possui o ônus de provar o que consta da inicial e nada mais, o que não é pouco, pois assim estará a confirmar a acusação. Confirmada a acusação de que o fato é típico, ilícito e culpável, o réu deverá ser condenado, caso haja, evidentemente, ofensividade, significância e eficiência da conduta. É bem verdade que, de forma judiciosa e correta, acerca do ônus da prova, Aury Lopes Júnior assevera que “o que assim podemos conceber, como já explicamos ao tratar do pensamento de Goldschmidt, é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito ao silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.”⁷⁶⁰

Ainda assim, parece-nos que não se deve comparar o direito ao silêncio com aquela situação do réu que não fica em silêncio e que, ao invés de refutar a tese acusatória por ausência de provas, por exemplo, acaba por alegar uma outra tese, que excluiria a ilicitude. Uma tese que não constava, por óbvio, da prefacial e que carece absolutamente de provas. Mas é à acusação que incumbe provar, na

⁷⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007. v. 1, p. 521.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 519.

verdade, exatamente o que consta da inicial. Assim, se a defesa não se desincumbir de trazer a prova de suas alegações, poderá acabar por ver repelida a sua tese, que carecia de provas.

Essa questão é relevante quando se trata de eficiência penal. E isso se dá em razão da necessidade e possibilidade de se compatibilizar eficiência e garantias. Um processo penal eficiente deve preservar garantias fundamentais, como aquela decorrente da presunção de inocência e que impõe o ônus da prova da inicial para a acusação.

Inverter esse ônus e atribuí-lo à defesa seria perverter não apenas um pressuposto vital de um processo democrático, como também enveredar decisivamente por um processo penal inquisitorial e autoritário, contrário aquela garantia constitucional expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Da mesma forma, afirmar que a defesa não necessita absolutamente se desincumbir de provar o que alega comporia claramente um processo de formatação ineficiente, pois desapegado da ideia de proteção do bem jurídico, de justiça e de paz jurídica. Isso não significa que o fato de a defesa não provar totalmente o que alega acarrete, por si só, uma condenação criminal.

Não. A realidade é que a acusação é que possui o ônus de provar o que consta na inicial acusatória. A não confirmação do fato descrito na inicial, em razão da insuficiência de provas, de não se tratar de fato típico ou da existência de dúvidas sobre a excludentes de ilicitude ou de culpabilidade deve redundar, por certo, na absolvição do réu.

O equívoco de uma posição mais conservadora parece ser justamente o de que a dúvida acerca de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade deva ser interpretada contra o réu. Mas é claro que não. Havendo dúvida, não havendo a certeza da ilicitude ou da culpabilidade da conduta, o que se impõe é a absolvição.⁷⁶¹

⁷⁶¹ Assim também para BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 310-311. Para Badaró, “demonstrada a existência da excludente, a sentença será absolutória, não sendo sequer necessário recorrer às regras sobre ônus da prova. Este interesse, contudo, não se confunde com o ônus de provar. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a

O que estamos a afirmar é que a defesa possui uma carga probatória, não a de provar sua inocência, mas, quando necessário, ao menos deve carrear elementos ou argumentos que coloquem em dúvida a existência da ilicitude ou da culpabilidade.⁷⁶²

Tudo isso é verdade. O relevante é que a noção de eficiência, relacionada com a noção de garantias e de justiça, perpassa a questão do ônus da prova, impondo-o para a acusação. Mas a questão da eficiência vai além disso, pois se imiscui também nas chamadas vedações probatórias. E mais, a eficiência repercute sobre a questão das vedações probatórias, pois apontará se o sistema tende mais para uma preservação de garantias, ou, pelo contrário, tende mais para uma realização da Justiça mais simbólica.

E essa tentativa de realização de uma justiça mais simbólica está a descarnar as garantias processuais penais. Sob o manto de um discurso efficientista, o que se vem fazendo, em não poucas partes, é a absoluta desconsideração das vedações probatórias.⁷⁶³

ocorrência da excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir a dúvida sobre sua ocorrência – o que significa que o acusador não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar plenamente a inoocorrência da excludente -, a consequência será a absolvição. Em tal caso, fica claro, portanto, que o acusado tinha interesse em provar, por exemplo, a legítima defesa, mas isto não significa que tivesse o ônus de demonstrar a ocorrência da excludente de ilicitude”. Ibid., p. 324.

⁷⁶² Com o mesmo entendimento sobre as excludentes de culpabilidade Ibid., p. 329. Também DIAS, Jorge de Figueiredo. “Ônus de alegar e de provar no processo penal?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. 155, p. 121-143, 1971. E ainda CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1983. p. 930.

⁷⁶³ Relevante, sobre a origem da expressão “proibição probatória”, o estudo de Kai Ambos, referindo que Ernst Beling, há mais de um século, elaborou o termo, descrevendo-o como aquela situação em que “existem limitações à busca e a averiguação da verdade na investigação operada no processo penal, isto em razão de interesses contrapostos de índole coletiva e individual. De modo que a fixação de tais limitações probatórias depende, principalmente, do *status* outorgado no ordenamento jurídico à posição do indivíduo perante o poder do Estado”. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81-82. De BELING, relevante a tradução de Kai Ambos e Oscar Julián Guerrero: “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”. In: AMBOS, Kai, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009. p. 3-56. No Brasil, leia-se a Constituição Federal, no seu art. 5º, III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante), LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos), LVIII (o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei), 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). Em Portugal, o art. 32º, da Constituição da República, no seu nº 6: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Não desconhecemos que a doutrina distingue entre regras de produção e de proibição de prova. Como salienta Aires de Sousa, as primeiras têm por objectivo disciplinar o modo e o processo de obtenção da prova, não determinando, se infringidas, a proibição de valoração do material probatório. Segundo Figueiredo Dias as regras de produção da prova configuram ‘meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (mas) unicamente a eventual responsabilidade [...] do seu autor’. As proibições de prova constituem verdadeiros limites, obstáculos à descoberta da verdade, à determinação dos factos que constituem objecto do processo, arrastando, em regra, a proibição de valoração da prova. Como exemplos, pode apontar-se a proibição de tema de prova, uma vez que determinados factos não podem ser objecto de prova (art. 137º) e a proibição de determinados métodos de prova (artigo 126º).⁷⁶⁴

Também não desconsideramos que hoje são poucas as vozes a seguir a crença de Beling e Henkel, segundo a qual a identificação em concreto de uma proibição de produção de prova teria, necessariamente, como reverso, uma proibição de valoração da prova.⁷⁶⁵

Isso não significa, porém, que em nosso juízo não se possa construir uma noção de vedações probatórias que alinha e iguala, em certas situações mais duras, uma vedação de produção e valoração de provas. Esse retorno nos parece necessário no atual momento, ao menos em casos de certa peculiaridade.

Assim, nos parece que se impõe um reforço necessário e fundamental para garantir um agir eficiente e garantista do Estado, de forma a alcançar a justiça de forma elevada. Como adverte Costa Andrade, “A exigência da superioridade ética do Estado (Eb. Schmitt), das suas mãos limpas (Radbruch) na veste de promotor da justiça penal, sem o que será pírrica toda a vitória alcançada na luta contra o crime, vem sendo recorrentemente glosada pelos autores. Nesta linha, aponta Hassemer a ‘perda da dignidade e distância que o Estado a si mesmo se inflige’, através da

⁷⁶⁴ SOUSA, Susana Aires de. “*Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas Reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1212.

⁷⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 58.

proibições de prova, que significa o encurtamento da diferença ética que deve subsistir entre a perseguição do crime e o próprio crime'. O Estado, prossegue o autor, 'expõe-se ao perigo da erosão daquela superioridade moral do processo penal que constitui a justificação das medidas coercivas que nele podem vir a ser aplicadas'.⁷⁶⁶

Em sentido convergente, também referido por Costa Andrade, Otto considera que "o aproveitamento de um meio de prova, obtido à custa da dignidade humana do arguido, para a sua condenação, 'contraria a ideia de direito a cuja realização o processo penal está preordenado. Quem, em ordem à realização da ideia de direito, tira vantagens da sua violação, perde credibilidade e sacrifica, por via disso, a eficácia na sua tentativa de emprestar vida e força real à ideia de direito'. O que fica dito ajudará a compreender a permeabilidade – de algum modo, a 'colonização' – da perseguição penal pelos sentidos e injunções que radicam na dignidade, na autonomia e nas liberdades do arguido. O que implica o reforço e a multiplicação das barreiras à procura da verdade, sc., das proibições de prova. Pode, assim, emergir proibições de prova que, mais do que impostas pela complexidade do ambiente (direitos fundamentais do arguido) representam limitações assumidas pelo próprio sistema processual penal, a partir de sua abertura e reinterpretação autorreferente do significado normativo e pragmático dos direitos fundamentais".⁷⁶⁷

Trata-se, pois, como aponta Costa Andrade, de uma experiência próxima de Babel.⁷⁶⁸

Falemos claramente sobre o verdadeiro "pantanal" de pequenas e grandes ilegalidades processuais que, todos os dias, são praticadas e coadjuvadas pela jurisprudência e por parte da doutrina. Sobre aqueles ilícitos na produção e utilização de provas que o calo profissional tornou um "fato consumado", por intermédio de uma proliferação sem precedentes de uma ideia imponderada de proporcionalidade.

⁷⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006. p. 73-74.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 73-74.

⁷⁶⁸ Como diz Costa Andrade, nessa temática, "falando todos do mesmo (proibições de prova), raros falam, afinal, da mesma coisa". *Ibid.*, p. 19.

A noção de que a verdade não pode ser perseguida a qualquer preço, cada vez mais se enfraquece com os “modernos” meios de investigação e com técnicas ultra-avançadas de violação da intimidade, a fim de se alcançar a justiça. Cada vez mais, fica robustecida uma ideia de invasão da intimidade e de antecipação da colheita dos materiais probatórios, ainda que embasados no anonimato e na perversão da ideia de pessoa humana.

E tal fato não é circunscrito a esse ou aquele país. Como salienta Costa Andrade, “durante muito tempo ter-se-á acreditado que o Juiz poderia figurar como barreira eficaz contra o recurso exagerado às medidas. Uma expectativa que, como de todos os lados hoje se reconhece, os factos acabaram por frustrar em toda a linha. Sem poupar nas palavras, hoje é corrente falar-se de ‘capitulação dos tribunais’.”⁷⁶⁹

Por certo, como dissemos, não é fácil equilibrar justiça, eficiência e garantias. Porém, em nossa visão, o respeito pelas garantias trará maior segurança jurídica e, conseqüentemente, menor impunidade e mais justiça. Não que aquele conflito entre garantias e de anseio de justiça não se configure, mas, sim, que não se faça dele, como se tem visto, um argumento permanente e perene da prática judicial para solapar direitos individuais e coletivos.

Um direito eficiente não pode tolerar o apequenamento de fórmulas essenciais à democracia, sob pena de permitir e reconhecer, logo adiante, eventuais abusos que deverão ser corrigidos. Daí o motivo pelo qual há uma relação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades. As últimas como sanção das primeiras.⁷⁷⁰

As vedações probatórias, por conseguinte, possuem um relevantíssimo papel,

⁷⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral). justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma.” In: *Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007 p 115. Ainda segundo Costa Andrade, tratando-se dos meios ocultos de obtenção de prova, estudos empíricos de Asbrock demonstram que “a regra é o deferimento em praticamente 100% dos pedidos e, sobretudo, o deferimento com generalizada remissão ou assunção passiva dos argumentos e fundamentação avançadas pelo Ministério Público.” *Ibid.*, p. 116.

⁷⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006. p. 193-194.

pois possibilitarão que a estabilidade das garantias seja mais encorpada. Há certas garantias que não resistem ao entrecchoque cotidiano do princípio da proporcionalidade, acabando por ceder ante os interesses de persecução penal, anseios de justiça e pressões da imprensa e da população.

Impõe-se, assim, uma noção de vedações probatórias que não se furte de atentar para aquela hélice tríplice que antes referimos.⁷⁷¹ Assim, quanto mais garantia houver, mais seguro e estável será o sistema jurídico penal, de forma que mais certa será a justiça. Por via de consequência, esse sistema será mais eficiente, pois permitirá um alargamento de garantias, uma estabilidade maior, com um incremento da justiça.

Mas, para isso, preciso será romper com um paradigma funcional extremado que almeja atingir fins e mais fins, solapando direitos e fórmulas legais essenciais para a manutenção da democracia.

Na verdade, pensamos que fundamental será desdobrar aquela hélice tríplice em um catálogo de consequências no instante em que estivermos a tratar da repercussão da eficiência sobre as vedações probatórias no processo penal.

Para nós, quanto mais garantista e estável for um sistema, mais perto da justiça ele estará, pois redundará em menor impunidade. Dessa forma, o reflexo de nossa ideia de eficiência sobre o processo alcança aqui uma repercussão extraordinária, com ampla repercussão prática.

⁷⁷¹ Segundo Kai Ambos, há certa órbita de direitos, nas quais “existem áreas que estão protegidas das possíveis ingerências estatais por parte do legislador, resultando, por consequência, que a apuração dos fatos delituosos, através de determinados meios probatórios, pode resultar inadmissível e proibida. O investigado ou imputado é sujeito ativo, e não um simples objeto de investigação do processo penal, sua liberdade de decisão e de ação é intangível e invulnerável, razão pela qual, de maneira alguma, pode ser objeto de desprezo ou de manipulação. A manipulação da vontade livre do investigado ou imputado, por exemplo, através da ameaça, coação, erro, ardid ou táticas similares, devem ser proibidas e, conseqüentemente, coibidas através de sanções. Em corolário, as proibições probatórias resultam de um componente individual e de outro coletivo: por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais, protegendo o investigado ou imputado de utilização, contra si, de provas ilegalmente obtidas – no sentido amplo de proibição da imposição da responsabilidade criminal, através de tais provas – ainda que, não obstante, o reconhecimento desta utilidade, devido ao princípio da culpabilidade sempre podem tais provas ser utilizadas para fins de exculpação, ou de defesa; já, por outro lado, se preserva – e aqui está o componente coletivo – a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo (*fair trial*).” AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82-83.

Uma repercussão que decorre da força da ideia de garantia naquela hélice tríplice que deve fazer avançar o processo penal. E uma repercussão que traz um decálogo que, para nós, é fundamental para dar estabilidade ao sistema.

Um decálogo com as seguintes vedações probatórias: 1) vedação da produção e utilização de provas ilícitas e derivadas das ilícitas em desfavor do réu, 2) vedação da produção e utilização de provas atentatórias contra o direito ao silêncio; 3) vedação da produção e utilização de provas diretamente decorrentes de denúncias anônimas para fins de condenação criminal; 4) vedação da produção e utilização do agente infiltrado e encoberto; 5) vedação da produção e utilização do agente provocador; 6) vedação da utilização de meios e exames invasivos de prova; 7) vedação da produção e utilização da delação premiada não espontânea; 8) vedação da produção e utilização de meios de prova violadores da intimidade como *prima ratio*; 9) vedação da utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico para a aceitação da prova ilícita ou da prova ilícita por derivação contra o réu; 10) vedação da produção e utilização de prova testemunhal sem devido processo e contraditório plenos.⁷⁷²

Vejam, pois, a motivação da necessidade dessas vedações probatórias para a consecução de um sistema processual penal eficiente, justo e garantista.

6.2.1 Vedação da produção e utilização das provas ilícitas e derivadas das ilícitas em desfavor do réu e o art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro

Nos tempos atuais, na plena vigência e aplicação de Constituições cidadãos e Estados de Direito Democráticos, a aceitação da produção ou utilização da prova ilícita em desfavor do réu seria um retrocesso histórico na seara do processo penal. Um sistema penal baseado nesse paradigma estaria fadado ao arbítrio e à opressão.

⁷⁷² Importante referir ainda a distinção entre proibições de utilização de prova (*Beweisverwertungsverbote*) e proibições de produção de provas (*Beweiserhebungsverbote*), em que as primeiras vedam o uso judicial das provas obtidas e as segundas advêm do regulamento legal ou da limitação de obtenção de provas. Sobre o tema: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

A aceitação de provas ilícitas e provas derivadas das ilícitas em desfavor do réu são práticas probatórias que não se coadunam com a perspectiva que estamos a construir.

Com isso, não se quer afirmar que é simples discernir, na concretude dos fatos, o que é uma prova lícita e o que é uma prova ilícita. É certo que a multiplicidade de possibilidades de interpretação de um determinado meio de prova podem tornar mais difícil clarificar o que é lícito e o que é ilícito. Porém, o atual quadrante processual, que expõe de forma cabal garantias como a da publicidade, do devido processo, da ampla defesa, do contraditório, acaba por repudiar a adoção de provas ilícitas, em que pese a gravidade e a amplitude de determinados delitos.

Imaginemos aquela situação da tortura, para obtenção de informações acerca do esconderijo de sequestradores e da própria pessoa sequestrada. Alguns dirão, trata-se de um estado de necessidade, que afasta a ilicitude da conduta. Contudo, sob o ponto de vista de garantias fundamentais, uma interpretação assim não se justifica, pois quebra a dignidade da pessoa humana (estabelecida como princípio, no art. 1º, III, da Constituição brasileira), além da sua integridade física. Ou, então, pensemos em gravações clandestinas, que ofendem a intimidade de um cidadão, mas que acabam por descobrir o paradeiro de documentos que comprovam a prática de tráfico de drogas. Numa visão efficientista-utilitarista, a quebra de garantias poderia justificar a prática de um ato dessa envergadura. Porém, à luz das ideias que estamos a trabalhar, isso seria impraticável, não apenas pela violação de garantias em si, pela ofensa da intimidade, da incolumidade da vida privada, mas também decorrência do efeito de arrasto que poderia se dar e que seria capaz de tumultuar fortemente um processo penal acusatório e democrático.

O fato é, que, com a redemocratização de países como Portugal e Brasil, nas últimas décadas do século passado, tais formas de coleta de prova foram sendo repelidas, gradativamente, ao menos do ponto de vista formal e normativo. Contudo, de tempos em tempos, sob o argumento tentador do utilitarismo processual e da busca da verdade, surgem indagações acerca de legitimidade e legalidade da prova

ilícita e da prova derivada da prova ilícita.

Em que pese a repulsa desses meios de prova, a incapacidade estatal de países como Brasil em enfrentar o problema da corrupção e da violência acabam por fortalecer aquelas ideias que pregam a fragilização de garantias para o enfrentamento da criminalidade.

Para esse pensamento, um dos meios eficientes de se obter a diminuição da criminalidade seria a adoção da prova ilícita, em situações excepcionais, e, especialmente, a utilização de provas derivadas das provas ilícitas, em situações mais comuns.

Por intermédio dessa concepção, o que se percebe, até pelas criações legislativas mais recentes, é o fomento de uma noção de eficiência que não é aquela pretendida.

Uma noção de eficiência que inverte o ônus da prova ou o coloca também nas mãos do julgador, uma noção de eficiência que descarna a publicidade dos atos processuais, o contraditório do processo, a ampla defesa, a intimidade e a vida privada, enfim, uma noção que não se coaduna com os tempos atuais, que estão a exigir mais Estado Social e menos Estado Penal.⁷⁷³

Não podemos, portanto, no quadrante histórico em que ora nos encontramos, esquecer a realidade do *lebenswelt* e desprezar que a missão mais importante que se deve cumprir, na construção de uma teoria acerca da eficiência, é aquela que se irmana com os direitos e as garantias fundamentais, pois só assim haverá legitimidade e força jurídico-normativa.

⁷⁷³ Como afirmou Ferrajoli: “Aqui basta dizer que em Estado Social Máximo pode perfeitamente conviver - como a história o demonstra de modo amplo - com um direito penal mínimo; e que, ainda mais, a conjunção entre Estado Social máximo e direito penal mínimo expressa precisamente aquele conjunto de deveres públicos dos órgãos estatais - positivos (ou obrigações) e negativos (ou proibições) - que caracterizam o Estado de direito em sua forma mais complexa e desenvolvida, idônea a maximizar os vínculos do poder estatal e, por sua vez, de suas funções de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 110.

Portanto, tolerar a adoção de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas em desfavor do suspeito ou réu seria a completa perversão daquela tríade que antes falamos, entre eficiência, garantias e justiça.

Ora, sob o pretexto da eficiência⁷⁷⁴ e da justiça, o que se faria seria a desconsideração, sem par, das garantias. Ou seja, haveria uma hipertrofia da eficiência, sob o pretexto de alcançar a justiça, o que acabaria por solapar, de forma violenta, o conteúdo de garantias fundamentais. Nesse caso, em específico, é que se deve agigantar ainda mais o peso e o valor das garantias, sob pena de se acabar por desprezar, de maneira total, a legitimidade do processo penal.

Aqui, importa dizer que Constituições de países democráticos, como Portugal e Brasil, repelem a adoção das provas ilícitas, como aquelas obtidas mediante tortura física ou psicológica (confissões, declarações de testemunhas), coação,

⁷⁷⁴ Como salienta Maria Gorete Marques de Jesus: “Durante o interrogatório, a condução da investigação já pressupõe que o suspeito é o responsável pelo crime. Verifica-se que a investigação não parte do crime para se encontrar o criminoso, mas parte do criminoso para se revelar o crime. Essa lógica está presente na rotina do trabalho policial. Conforme Maria Vitória Benevides (1985), muitos policiais justificam a prática da tortura por ser um método ‘eficiente’ de investigação de crimes. A tortura é considerada uma ‘estratégia de operação’, que ‘consiste em partir do criminoso para o crime (ou crimes) e não o contrário’... Benevides aponta três argumentos, apresentados por policiais, que confirmam a tortura como um método de trabalho policial. O primeiro motivo utilizado para justificar a tortura é de ordem técnica, ‘trata-se de maximizar a eficácia dos interrogatórios.’ (1985, p. 250). É como se apenas submetidos à tortura os suspeitos realmente confessassem seus crimes. O critério da eficácia é considerado de forma bastante natural e compreensível pelos policiais. Qualquer outra forma ou método é considerado perda de tempo ou ingenuidade... Desse modo, a tortura compõe um método de investigação corriqueiro nas delegacias. Guaracy Minguardi (1992) acrescenta que a prática da tortura por policiais civis faz parte de uma ‘ordem prática’, em que existe uma necessidade de mostrar serviço, com a elucidação de crimes. Do mesmo modo, ela também é utilizada como implemento de corrupção, pois o suspeito pode optar por pagar uma determinada quantia para ser poupado da tortura (1992, p. 52). O segundo argumento apontado é o de punir, castigar, fazer com que o suposto criminoso pague pelo que ele supostamente fez. Neste momento, a confissão não passa de uma expiação, pois o objetivo não é obter informações, mas meramente castigar o acusado. Neste caso, o policial assume um papel de ‘justiceiro’, que tortura para castigar alguém que tenha provocado um mal à sociedade. O terceiro argumento, por mais paradoxal que possa parecer, é de ‘ordem humanitária’: trata-se de proteger o réu confesso torturando-o ostensivamente para livrá-lo da vingança certa dos colegas a quem teria delatado”. JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 40-41. Na atualidade, a legislação brasileira prevê a punição da tortura, no art. 1º, da Lei 9.455, de 1997: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em Lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

ofensa da integridade física ou moral ou com uma intromissão abusiva na vida privada, como apreensões sem ordem judicial ou com ordens genéricas.⁷⁷⁵ Embora formalmente sejam repelidas, não é raro, especialmente no Brasil, que os órgãos encarregados da prevenção e da investigação se “socorram” desses expedientes para “combater a criminalidade”. Ou seja, trata-se de adotar o “crime contra o crime”, numa espécie de visão utilitarista do jogo processual, no qual os fins justificariam os meios.

Ainda que, em situações excepcionais, alguns países as tenham adotado, como o caso dos Estados Unidos, nas prisões de Guantánamo e no Iraque, o fato é que, no contexto atual da civilização ocidental, tais mecanismos de obtenção de prova repugnam as consciências democráticas.

Como diz Figueiredo Dias, “Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima - , nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – do eficaz funcionamento do sistema da justiça penal”.⁷⁷⁶

Seja qual for o fim invocado, argumenta na mesma linha Hassemer, citado por Costa Andrade, ao lançar mão da tortura, ‘o Estado serve-se de um meio que degrada moralmente o arguido, o objectiviza e funcionaliza. O torturado é degradado à categoria de mera fonte de informações, deixando de ser encarado e tratado como portador de direitos. O Estado comporta-se como um qualquer outro que utiliza o poder fáctico para

⁷⁷⁵ Constituição Portuguesa (art. 32, nº 8) e Constituição Brasileira (art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Aliás, na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* enfatizou que a tortura “reduz à pessoa interrogada a um puro objeto da luta contra o crime, violando-se suas garantias constitucionais de se ver avaliada e respeitada”, sendo destruídos, como afirma Kai Ambos, “os pressupostos fundamentais da existência individual e social do ser humano”. BverG (NT – *Bundesverfassungsgericht* - Tribunal Constitucional Federal alemão, 2BvR 1249/04 de 14.12.2004, caso do chefe de Polícia de Frankfurt), nº 7. Referido por Kai Ambos. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90.

⁷⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. “Para uma reforma global do processo penal Português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”. In: *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 207.

a imposição dos seus interesses'. Uma consideração das coisas que, já tivemos oportunidade de o recensear, diz Costa Andrade, leva o autor a sustentar a tese do efeito-à-distância (pelo menos) em relação às provas obtidas mediante tortura.⁷⁷⁷

Assim, em nossa visão, devem ser repelidas todas as provas obtidas de forma ilícita, seja com a violação de regras materiais, seja com a violação de regras processuais. Ou seja, incluímos, nesse conceito geral de prova ilícita, a ideia de prova ilegítima, aquela que afrontaria regras processuais. Em ambas, o Estado decai da sua condição de investigador leal e equilibrado. Em ambas as situações o Estado perde aquela prevalência moral sobre o delito, de que falou Hassemer.

A utilização da prova ilícita, de outra parte, acaba por afetar aquela relação de equilíbrio fundamental, entre garantias, justiça e eficiência. Se, é eficiente, para, pretensamente, alcançar a verdade, o seu custo acaba por perverter a ideia de garantias, que se vêem violadas, como também a ideia de justiça, posto que, logo adiante, serão as garantias de inocentes que serão afetadas. Não há como distinguir, previamente, quem é culpado de quem é inocente. Só a investigação criminal e, fundamentalmente, o processo penal, cheio de garantias, poderá dizer isso. O risco, desse modo, é que a pretensa exceção de restrição de garantias se generalize, atingindo inocentes. Assim, o que ocorreria seria a completa inversão de valores. Portanto, a negativa de utilização da prova ilícita, de plano, é transcendental para a afirmação do equilíbrio daquela relação onto-antropológica de cuidado de perigo e, fundamentalmente, é vital para que haja uma eficiência legítima em processo penal.

Ainda que pudessem ser apontadas situações limite, como a necessidade da tortura para a obtenção da verdade, com o propósito de obstaculizar uma extorsão mediante sequestro, por exemplo. Ainda assim, como dissemos antes, o sistema não poderia tolerar essa violação impunemente. Poder-se-á afirmar: mas está aí uma situação de estado de necessidade, como uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Ocorre, entretanto, que é preciso discernir os efeitos desse ato: torturar para descobrir o cativo de uma pessoa que é vítima de uma extorsão

⁷⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006. p. 210.

mediante sequestro. Por certo que, essa ação, poderá ser “eficiente”, para libertar a pessoa. Contudo, em que pese a “eficácia” do ato, ele não pode ser qualificado como lícito, posto que é claramente violador da integridade física da pessoa humana. A tortura é crime e, mesmo nessa situação, uma ideia de razoabilidade e ponderação não toleraria a sua aceitação. Haveria, por certo, em decorrência disso, um efeito “cascata”, já que esse argumento poderia ser usado para a investigação de qualquer delito. Isto é, bastaria “torturar” o suspeito e, assim, alcançar a verdade e, por via de consequência, suscitar a presença de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Essa conduta, pois, de utilizar a prova ilícita, para depois, justificá-la pela sua eficiência e justiça, não é passível de tolerância, tendo em vista que, certamente, passaria a legitimar uma série de ações em cadeia, pelas quais primeiro se praticaria a prova ilícita, para depois, ao fim e ao cabo, encontrar as justificativas devidas para a “legalização” das provas, sob o argumento da eficácia e justiça. Não é possível tolerar uma conduta assim, não apenas pela ofensa contra princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a integridade física, mas também em razão de que uma permissão assim, mais ao longo prazo, tende a fragilizar todo o sistema penal, pois prodigalizaria a redução de garantias sob o pretexto de alcançar a justiça e a verdade, em detrimento completo dos direitos fundamentais.

Outra, bem diferente, é a situação do réu que lança mão de uma prova ilícita, como alternativa derradeira de realização de prova. Por certo que, uma prova ilícita obtida pelo réu, excepcionalmente, poderá ser produzida e utilizada, mas apenas em situações especiais. Veja-se o caso, por exemplo, de uma gravação clandestina obtida pelo réu. Uma gravação na qual obtém a confissão do verdadeiro autor do delito. Mesmo que se entendesse que, aqui, haveria uma ilicitude, não há dúvida de que essa vedação, excepcionalmente, poderia ser quebrada, em função da busca da verdade, da justiça e do princípio do *favor rei*.

Ainda mais num contexto, que não é raro, em que a Polícia ou o Ministério Público adotam uma linha de investigação, sem a devida reflexão, de forma que não se investiga mais um fato concreto e determinado, mas se busca, ao contrário,

elementos que se ajustem à linha investigatória previamente estabelecida. Ou seja, cria-se um preconceito de tese e, a partir dele, vai-se atrás de elementos que o reforcem, enquanto a busca da verdade fica em segundo plano. Assim, torna-se até difícil para o suspeito captar provas em seu favor, tendo em vista que, a linha de investigação, segue em sentido contrário, desconsiderando evidências, indícios e provas. Não resta alternativa, desse modo, senão buscar provas por si, em razão da falta de ação ou do comprometimento do Ministério Público e da Polícia.

Também é verdade que a quebra dessa vedação por parte do réu, sem a consequente prova de sua inocência ou de sua tese defensiva, poderá acarretar inclusive sua responsabilização criminal, em razão da produção e utilização de uma prova ilícita sem a devida comprovação de sua eficácia.⁷⁷⁸

Porém, o mesmo não se pode dar em desfavor do réu, sob pena de ser cristalizada a hipótese de aceitação das provas ilícitas. Aceitar a violação desse dogma da não aceitação da produção e utilização da prova ilícita em desfavor do réu levaria, por certo, ao que se chamaria de uma “popularização” das situações de exceção, de forma que a regra seria a perversão do sistema probatório.

Ademais, essa situação, além de preservar a ideia de justiça e de eficiência, acabaria por reforçar a noção de garantias, posto que privilegiaria, nesse entrechoque de interesses, a situação daquele que é mais fraco na relação processual, o réu. Ter-se-ia, por certo, uma maior confiabilidade na ideia de garantias.

Como diz Sidow, a recusa das provas ilicitamente obtidas (refere-se ele aquelas provas obtidas por particulares) ‘garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade das suspeita do facto como fundamento da *admissibilidade* de valoração das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular,

⁷⁷⁸ Para a doutrina brasileira, de forma majoritária, para não dizer quase uníssona, é aceitável a prova ilícita ou derivada da ilícita em favor do réu. Sobre o tema, por exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 66 e ss. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: 1995. p. 178.

aos direitos do argüido como fundamento da sua *não valoração*. Inversamente, a solução aqui proposta, para além de prevenir as agressões entre particulares, dará satisfação ao imperativo constitucionalmente vinculativo de respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade de todos, mesmo do suspeito da prática de um crime'. Na síntese de Sidow, trata-se de obviar ao 'mal estar provocado por um processo penal com dupla moral'.⁷⁷⁹

De outra parte, também não se deveria aceitar a chamada prova derivada da prova ilícita.⁷⁸⁰

Na Alemanha, conforme a lição de Costa Andrade, o problema do efeito à distância na avaliação da prova possui repercussões diferentes. Ora se encaminha para uma via de aceitação, sob a alegação, referida por Gössel, de que 'o § 136 a da StPO (Lei processual) quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v.g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo". Ora vai noutro sentido, argumentando-se que um pensamento assim poderia ladear as proibições de prova, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela. Sem esquecer, é claro, a ideia de ponderações de interesses também nessa esfera.⁷⁸¹

Trata-se, por certo, de uma tormentosa questão. Entretanto, um sistema eficiente deve repelir a vulgarização certa das garantias que se dá com a adoção das provas ilícitas por derivação.⁷⁸² Daí a relevância da análise, a partir de uma visão

⁷⁷⁹ Tudo em ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 44.

⁷⁸⁰ Também, assim, MORAES, Maurício Zanóide de. Segundo o autor, "a regra da vedação da prova ilícita por derivação não comporta exceções em prejuízo do acusado. Não concordamos, portanto, com a ideia de que a teoria da proporcionalidade (da doutrina alemã) ou da razoabilidade (da doutrina norte-americana) permitam ataques àquela vedação constitucional." In: FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1809.

⁷⁸¹ ANDRADE, op. cit., p. 174-176.

⁷⁸² Aqui se impõe referir que a lei processual brasileira, alterada em 2008, dispõe, no seu art. 157: "§ 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao

equilibrada de eficiência, acerca do art. 157 do Código Penal brasileiro, introduzido pela Lei 11.690/2008.

Segundo a novel legislação, no seu art. 157, § 1º, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, exceto se houver inexistência de causalidade entre as provas ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por outros meios próprios da investigação ou instrução criminal.

Assim, impõe-se que, em primeiro lugar, não se confunda prova derivada da ilícita com outra prova, presente nos autos de investigação ou de processo e que,

fato objeto da prova". Aqui se vislumbra claramente que a lei brasileira, seguindo a teoria americana, adotou, de forma temperada, a teoria *fruits of the poisonous tree*. A expressão, cunhada pelo Juiz Frankfurter, em 1937, no caso *Nardone x United States*. Posteriormente, nos casos *Brown x Illinois* (1975), alastrou a referida teoria não apenas para os casos de objetos materiais, mas também no caso de testemunhos obtidos ilegalmente. Contudo, a Suprema Corte estabeleceu exceções para a adoção da referida teoria, como nos casos da descoberta inevitável, de uma fonte independente de prova e da atenuação do nexa causal. Sobre o tema: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 152/160. Por isso se afirma que a novel legislação adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada de forma temperada, pois empregou, também, nos parágrafos referidos do art. 157 do Código de Processo Penal, as ideias de *independent source* e *inevitable discovery*. No primeiro caso, em nosso sentir, não havendo nexa de causalidade entre as provas, não se deveria falar em prova derivada da ilícita. Não haveria, assim, vedação para a produção e utilização dessa prova. No segundo caso, entretanto, quando se trata de uma chamada "fonte independente de prova", o que se dará é que o calo profissional, a atividade rotineira do julgador, com o propósito de dar "eficiência" ao sistema, acabará por primeiro coletar a prova derivada da ilícita e, só depois, irá buscar, por silogismos e construções mentais, a justificativa para a dita fonte independente. Sobre o tema, de forma crítica: WEDY, Miguel Tedesco. "A sistemática da prova na reforma processual penal." In: CALLEGARI, André Luís e WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 159-167. Também crítico é Eugênio Pacelli de Oliveira, entendendo que o § 2º do art. 157 está a tratar não de fonte independente, mas de um caso de "descoberta inevitável" da prova, muito utilizada no direito estadunidense. Por exemplo, o caso do ingresso de uma autoridade policial numa residência, de forma ilícita, o que não impede o início de investigação, caso dentro da casa haja um cadáver. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2010. p. 376. Também crítico quanto à adoção da prova derivada da ilícita em desfavor do réu: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007. v. 1, p. 570 e ss. Aliás, Aury Lopes Júnior estriba sua crítica à adoção da prova derivada da ilícita na ideia de contaminação psíquica do magistrado pela prova ilícita, aduzindo que não se deveria apenas afastar a prova derivada da ilícita, mas também afastar da demanda o próprio juiz que permitiu inicialmente tal prova. E o faz, importa aqui salientar, a partir do pensamento de Antonio Damásio, acerca do erro que é a separação abissal entre razão e emoção, na medida em que existimos e depois pensamos. Assim, torna-se impossível separar, de forma absoluta, a razão e a emoção. *Ibid.*, p. 573-574. De outra parte, é preciso observar que o Projeto de Lei do Legislativo 156/2009, acerca da reforma do Código de Processo Penal brasileiro, dispõe, no seu art. 164, que são "inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos". Contudo, como salienta Guilherme Dezem, "repete a ideia da possibilidade de utilização da prova ilícita derivada nas hipóteses de nexa causal atenuado e quando se tratar de fonte independente". DAZEM, Guilherme. "Novo código de processo penal: aspectos referentes à teoria geral da prova". *Boletim do IBCCRIM*, Edição Especial, São Paulo, p. 13, ago. 2010, p. 13. Ou seja, a reforma mantém os equívocos do texto atual, conservando a porta aberta para a adoção, contra o réu, de provas derivadas de provas ilícitas. Nesse tópico, o Projeto de Lei nº 156 "muda" para manter tudo como está.

por outro meio, já era acessível. Trata-se de prova oriunda de outra fonte.

Desse modo, segundo aquela teoria da fonte independente, se há duas fontes, sendo uma ilícita e outra lícita, não se contamina a prova derivada, pois a sua fonte seria correta e límpida.⁷⁸³

Importante é ressaltar que para nós essa independência de fonte é fundamental, pois do contrário se estará a adotar, simplesmente, uma prova derivada da prova ilícita. Daí o motivo pelo qual repelimos aquilo que se afirma como um vício diluído da prova ilícita. É necessário cindir a relação entre prova lícita e prova ilícita. Do contrário, torna-se muito fácil, no curso do processo, a legitimação de uma prova. Basta imaginar a situação em que, com base numa escuta ilegal, chega-se à casa de um traficante, a partir de um pedido de busca e apreensão, que é lícito. A partir daí, com a apreensão da droga, por acaso, chega-se ao endereço de outro traficante, já que os papéis que embalavam a droga traziam o seu endereço. Posteriormente, vai-se até a casa do outro traficante, onde também são encontradas drogas. Por certo que seria possível dizer, a apreensão de droga na residência de uma pessoa, que pode carecer de ordem judicial, em razão da flagrância do delito, poderia ocorrer mesmo sem a anterior escuta telefônica, que seria ilegal. Ocorre que

⁷⁸³ Como salienta Thiago de Ávila, essa teoria foi também utilizada nos casos *Segura x United States* (1984) e *Murray x United States* (1988). No primeiro, “os policiais prenderam um suspeito de tráfico de drogas na entrada de seu prédio, conduziram-no até seu apartamento e lá entraram sem autorização judicial, prendendo outras pessoas; em uma inicial verificação de segurança, os policiais localizaram objetos ligados ao tráfico de entorpecentes; os suspeitos foram levados para a delegacia, tendo dois policiais ficado no local realizando sua segurança, enquanto se providenciava um mandado que autorizasse a busca; após as 19 horas foi expedido o mandado e na busca domiciliar foram localizadas drogas e registros contábeis de vendas de entorpecentes. Nesse caso, a corte entendeu válida a apreensão, pois havia uma fonte independente que justificaria a apreensão (a causa provável), e os policiais apenas guardaram o local até a chegada do mandado judicial. Ainda que não explicitado, esse caso avaliou a urgência na necessidade de produção de prova. Os votos vencidos aduziram que essa interpretação traria incentivos a condutas ilegais.” Já no caso *Murray x United States*, “os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente, requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais”. Ambas as referências em ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 153-154. O último caso nem se colocaria como problema frente ao direito brasileiro, tendo em vista que o simples fato de “ter em depósito” ou “guardar” substância entorpecente já é crime, conforme o art. 33 da Lei 11.343/06. Sendo crime, o fato permite a atuação em flagrante da polícia, com a apreensão da droga e a prisão dos suspeitos, sem ordem judicial, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da Constituição brasileira: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

o liame aqui não se pode quebrar, pois há uma decorrência evidente e um encadeamento lógico que são inafastáveis.⁷⁸⁴ A fragilização de garantias em razão de uma prova ilícita não permite a desconsideração de sua origem, sob pena de se permitir uma mortificação do disposto no art. 157 do Código de Processo Penal e, acima de tudo, do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ Diferença haveria se a escuta telefônica fosse lícita e, a partir dela, ocorresse a busca e a apreensão e, conseqüentemente, fosse encontrada droga ou objetos com os nomes ou endereços de outros traficantes. Aí, por certo que o encontro das provas não poderia ser rejeitado ou imputado de ilícito. Como diz Fábio Mota Lopes: Sabidamente, nem sempre se sabe de antemão o que se vai encontrar em uma busca domiciliar, não podendo os policiais ignorar informações que interessem à Justiça e que foram localizadas no desenvolvimento de uma investigação formal e regular, exercida com controle e autorização judicial. E, é neste ponto que reside um aspecto que é fundamental: a restrição à vida privada e à intimidade, direitos fundamentais protegidos pela inviolabilidade de domicílio, já ocorre quando o juiz autoriza o ingresso na casa do investigado...Aliás, os nossos tribunais vêm adotando idêntico posicionamento quando esse encontro fortuito acontece em interceptações telefônicas, principalmente se existe conexão entre as provas localizadas e as circunstâncias que originaram as escutas das conversas. Assim, havendo autorização judicial para se interceptar, por exemplo, diálogos de traficantes, as gravações nas quais se constate que os monitorados também são responsáveis por outros crimes devem ser admitidas no processo, sobretudo se houver conexão entre os delitos, ainda que sejam punidos com pena de detenção. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização dessa prova até mesmo em procedimentos administrativos por entender, em síntese, que a restrição ao direito fundamental da intimidade é feita de forma lícita e de que não se pode impedir que o Estado, conhecedor do fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa, de aplicar sanção administrativa na tutela de relevante interesse público e na restauração da integridade do ordenamento jurídico". LOPES, Fábio Mota. "O Encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 220, mar. 2011, p.14-15.

⁷⁸⁵ A teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*), também conhecida como exceção da mancha diluída ou vício diluído (*purged taint exception*), quando uma prova deriva de outra prova ilícita, mas em circunstâncias tais que o vício pode considerar-se diluído (*dissipate the taint*), o que não ensejaria a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Assim, quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído. Se outros fatos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído, tal como decidido em *Wong Sun x United States* (1963). Nesse caso, a polícia realizou uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, na qual apreendeu materiais, prendeu um suspeito e realizou seu interrogatório, no qual ele indicou que um terceiro lhe vendera a droga. De posse de um mandado judicial, a polícia realizou uma busca e apreensão na casa do terceiro, denominado Yee, onde foram encontradas mais drogas. Yee, por sua vez, incriminou Wong Sun, que foi interrogado sem as advertências legais. Posteriormente, Wong Sun voltou à delegacia, ocasião em que reafirmou o depoimento anterior, porém, agora, com as advertências legais. Nesse caso, a Suprema Corte Americana entendeu que os materiais apreendidos nas casas do primeiro suspeito e de Yee eram provas ilícitas, porém entendeu que o segundo depoimento de Wong Sun era lícito, pois o vício decorrente da violação dos direitos do primeiro suspeito (Toy), já havia se dissipado. Tudo isso em ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 155-157. Mais uma vez é importante ressaltar que no Brasil não haveria violação da lei ou da Constituição no caso de a Polícia invadir uma residência e lá encontrar substância entorpecente ou maquinários, instrumentos ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (pena de 3 a dez anos e 1.200 a 2000 dias-multa), delito previsto no art. 34 da Lei 11.343/06. Estaria a ocorrer um crime, de forma que seria possível uma prisão em flagrante. Em que pese essa assertiva, pode-se depreender que a cadeia causal, em tais situações, possui uma elasticidade evidente. Entretanto, isso não deveria impor uma desconsideração acerca da origem ilícita da prova. Na verdade, proceder assim nada mais é do que instigar a violação de garantias, sob o pretexto de tornar mais eficiente a investigação ou instrução processual. Uma justiça assim tende a perverter o equilíbrio da relação que viemos falando, pois minimiza o efeito nefasto que a adoção de provas derivadas das ilícitas traz para o sistema jurídico.

Outra coisa é o tratamento conferido para a prova que deriva da prova ilícita. A realidade é que a aceitação de uma prova derivada da ilícita, em razão de que poderia ter sido alcançada, produzida ou adotada por outro modo qualquer, nada mais é do que uma “carta branca” para a legitimação da adoção da prova ilícita. A realidade é que a prova derivada surgirá nos autos do processo, sendo legitimada *a posteriori*, sob a alegação de que poderia ter sido atingida de qualquer forma. Haverá, por certo, um impulso para a adoção desse verdadeiro jogo semântico, a fim de legitimar a prova derivada da ilícita. Por isso, a realidade é que sempre haverá, nos tempos atuais, um tensionamento para a adoção dessa espécie de prova, em razão de uma pretensa “eficiência”, não aquela que defendemos e procuramos estruturar.

Uma situação é aquela em que, de forma prévia e absolutamente independente, já há nos autos uma prova idônea, concreta e estabelecida. Outra, bem diferente, é aquela em que após o surgimento de uma prova ilícita, afasta-se a sua pretensa ligação com a prova derivada, para o fim de legitimar o manancial probatório dos autos. Essa é uma situação que desequilibra aquela relação entre garantias, justiça e eficiência. As garantias, nesse tópico, seriam fragilizadas sobremaneira. A tendência natural de utilizar a referida prova derivada da ilícita e, depois, buscar elementos que afirmem que ela seria obtida de qualquer modo, acaba por demonstrar o potencial danoso dessa espécie de prova derivada da ilícita. De outra parte, a ideia de uma justiça ponderada, equilibrada, razoável, acaba ruindo também aqui, já que não se observa o liame com as ideias de eficiência e garantias, o que acaba por retirar credibilidade e legitimidade de uma ideia de justiça processual.

Desse modo, poder-se-ia aceitar tão somente aquela prova que não possua nexos de causalidade com a prova ilícita, sob pena de tornar praxe, no ordenamento jurídico, a ideia de prostração das garantias ante a busca incessante e necessária da justiça, o que acaba por gerar uma persecução penal a qualquer preço.

Da mesma forma e mantendo coerência com o que antes se afirmou, a prova derivada da prova ilícita em favor do réu poderia ser adotada em situações

excepcionais, que efetivamente sustentassem sua inocência. Isso não afastaria a estabilidade e eficiência do sistema processual penal, mas, ao contrário, preservaria uma ideia de justiça coligada com outra ideia relevante, de amplas garantias em favor do acusado.⁷⁸⁶

Poder-se-á afirmar que tal critério de fortalecimento da eficiência, das garantias e da justiça não seria equilibrado, pois penderia em favor do réu, numa quebra do princípio da igualdade (art. 5º, da CF/88). O fato é que o réu está numa situação, ao menos em princípio, mais desfavorável do que a acusação. Não apenas em relação aos meios de comunicação, mas também em razão de que deverá atacar, adequadamente, as teses acusatórias. O que teríamos aqui, em verdade, seria uma forma de igualar a disputa processual, permitindo que, num rol de garantias mais alargado, o réu pudesse colaborar, de forma mais incisiva, na busca da justiça, sem que o sistema se tornasse ineficiente.

E, mais, o que se apresenta aqui é justamente uma ideia de jurisdição. Uma ideia que não se deixar de colocar ao lado dos direitos fundamentais, ainda que, não raro, isso arraste consigo o ônus da impopularidade. Não é essa a preocupação que devemos enfrentar. O que preocupa, o que constrange, é a possibilidade de aceitação de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas em desfavor do réu. Aí sim não é possível congregarmos, com equilíbrio e zelo, as ideias de eficiência, justiça e garantias.

Assim, nos parece que a vedação da produção e utilização das provas ilícitas e provas derivadas das ilícitas em desfavor do réu preservaria no sistema processual penal a busca da justiça, sem solapar direitos fundamentais e sem afetar a eficiência do sistema penal, que seria estável em razão de um rol mais sólido de garantias.

⁷⁸⁶ É justamente nessas situações que se manifesta o respeito à pessoa humana, a sensibilidade, a inteligência e a humanidade do juiz, por intermédio de uma ideia de equidade, capaz de tolerar a prova ilícita nesses casos. E aqui, não se há de negar, estamos com Ferrajoli, ao trabalhar a questão da equidade. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo, RT, 2006. p. 157.

6.2.2 Vedação da produção e utilização de provas atentatórias contra o direito ao silêncio e o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988.

O direito ao silêncio, decorrente do princípio do *Nemo tenetur se detegere* (o direito de não fazer prova contra si mesmo) também se impõe na atualidade como um direito fundamental a ser preservado para proteger a higidez de um processo penal garantista e eficiente.⁷⁸⁷ Como referido, é um direito que está englobado num outro direito bastante mais amplo.⁷⁸⁸

E não se trata apenas de ficar em silêncio quando do interrogatório⁷⁸⁹, mas

⁷⁸⁷ Como afirmou Franco Cordero: “Da notare poi come sia una facoltà relativa al proceso: il silenzio non significa niente ai fini della decisione; farlo pesare significherebbe addosargli l’onere d’una prova negativa; sotto quest’aspetto, parli o no e qualunque cosa dica, non ha niente da temere”. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. Edizione. Milano: Giuffrè, 2000. p. 250.

⁷⁸⁸ No Brasil, tal direito se encontra assegurado no art. 5º, 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), da Constituição Federal de 1988 e também no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto Legislativo 226/91) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto Legislativo 27/92). Mas também aí não se esgota, pois o art. 186 do Código de Processo Penal dispõe: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Ou seja, além de garantido na Constituição Federal, o direito ao silêncio encontra guarida também na norma instrumental, de forma que se pode apontar como evidente o prejuízo decorrente do desrespeito ao princípio apontado. Na Constituição Portuguesa, como resultante mais genérica da presunção de inocência, está presente a ideia de que o arguido poderá ficar em silêncio sobre perguntas que lhe sejam feitas. Ler ANTUNES, Maria João. “Direito processual penal: ‘direito constitucional aplicado’.” In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 747-748. A lei processual portuguesa consagra o direito a não prestar declarações sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo (art. 343, nº 1, do CPP), bem como o dever de advertência e informação (art. 343º, arts. 61º, nº 1; 141º, nº 4, e 143º, nº 2). Também na Alemanha, onde o acusado deve ser informado do direito ao silêncio, Código de Processo Penal (§ 136, I, 2). Relevante também o estudo de Kirsch, sobre o direito de não se autoinculpar, na Alemanha. E é relevante, pois traz esse direito como um direito de personalidade de alto valor constitucional, além de referir inúmeras considerações sobre ilegalidades que podem surgir relativas a esse direito, como as pressões do magistrado para que o réu confesse. KIRSCH, Stefan. “Derecho a no autoinculparse.” In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La insostenible situación del derecho penal*. Estudios de derecho penal. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 247-264.

⁷⁸⁹ E, nesse ponto, importa ressaltar decisão bem recente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, repelindo prova que desrespeitou o direito ao silêncio, considerando-a uma prova ilícita: “... O direito do investigado ou do acusado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso LXIII). É essa norma que garante *status* constitucional ao princípio *Nemo tenetur se detegere* (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 14.12.2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. [...] 3. “Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais, parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163626 – TJR 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e

também de não fazer prova contra si e de ser advertido, de maneira clara e correta, acerca da possibilidade de permanecer em silêncio, sem que daí decorra qualquer prejuízo. Trata-se também do direito de não fornecer qualquer elemento de prova que lhe possa prejudicar, sem que daí decorra um prejuízo de índole processual. Do direito de não realizar acareações, de não depor, de não fornecer material genético ou sanguíneo, de não fornecer impressões digitais, de não colaborar para o fornecimento de provas caligráficas, de não realizar exames de DNA, etc.

É certo que o fornecimento dessas provas poderá ajudar na afirmação de uma tese acerca da inocência. Contudo, o não fornecimento não poderia redundar em nenhum prejuízo processual, como um enfraquecimento da presunção de inocência. Talvez se afirme que isso será inevitável, na psique do magistrado, que será impactado pela postura não colaborativa do suspeito, réu ou arguido. Contudo, a lei e a fundamentação da decisão não podem retirar daí qualquer juízo desfavorável, sob pena de se estar estabelecendo um “modelo de pensamento” inquisitorial, com a inversão do ônus da prova. Esse, talvez, o principal problema que hoje se percebe quando se está a tratar do direito ao silêncio, isto é, aquele pré-juízo que se estabelece na mente do julgador, em desfavor do réu, em decorrência de uma postura não colaborativa na formatação da prova. O que se dá aí é o “sequestro” psicológico do magistrado, em razão de um “modelo de pensamento” com raízes inquisitoriais. Não se pode, pois, trabalhar com uma ideia assim, que restringe garantias e busca alcançar a justiça de maneira ilegítima e ineficiente.

de não produzir provas contra si própria.” (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). [...] 5. Na espécie, a autoridade policial, ao ouvir o Paciente durante a fase inquisitorial, já a tinha por suspeita do cometimento do delito de falsidade ideológica, tanto é que, de todas as testemunhas ouvidas, foi a única a quem foi requerido o fornecimento de padrões gráficos para a realização de perícia, prova material que ensejou o oferecimento de denúncia em seu desfavor. 6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção de laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 7. Apenas advirta-se que a observância dos direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares.” Decisão do Superior Tribunal de Justiça, Relatora a Ministra Laurita Vaz, *Habeas Corpus* 107.285, j. Em

E, isso, impõe-se como fundamental, pois não era e não é raro que o silêncio continue a ser interpretado em desfavor do réu. Inclusive, para prendê-lo cautelarmente.⁷⁹⁰ Não é incomum, que, no seu inconsciente, quando não mesmo na sentença, o magistrado valere negativamente esse direito fundamental. Quantas e quantas vezes, nas sentenças, magistrados afirmam que o réu poderia ter efetuado defesa e, no entanto, acabou por ficar calado.

E também não é incomum que suspeitos ou acusados sejam ouvidos “informalmente” pelas autoridades policiais ou do Ministério Público, sem que sejam devidamente advertidos e esclarecidos sobre o direito ao silêncio, bem como sobre o fato de que estão sendo gravados ou filmados, sem sua autorização, ou ainda de que tais declarações serão, posteriormente, usadas em juízo. Uma prova que não é legítima, já que coletada ao arrepio das advertências legais, acerca do direito ao silêncio. Uma prova própria de modelos processuais inquisitoriais e desfocados de uma realidade democrática. Contudo, uma prova que ainda acaba por ser tolerada para fins de denúncia ou de investigação. Trata-se de uma medida que, sob o epíteto de atingir a verdade e a justiça, nada mais faz do que deslegitimar a ação do Estado, pois age a partir de uma eficiência que não é legítima, já que não observa garantias fundamentais, como o direito ao silêncio e o direito de não fazer prova contra si próprio.

09.11.2010, citado em *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 220, p. 1443, mar. 2011.

⁷⁹⁰ Tal fato não é incomum no Brasil, embora a Constituição e a lei o repilam. Ainda há magistrados que fixam, na sua consciência, o silêncio do réu, como sinal de culpa. Entretanto, tais decisões vêm sendo rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de violação da Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão, da lavra do Min. Gilmar Mendes: “Habeas Corpus. 1. “Operação Navalha”. Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e de ofensa ao direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art. 5º, inciso LXIII e CPP, art. 186). 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. 8. *Na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva.* 9. *Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento.* 10. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 11. Motivação insuficiente. 12. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente. HC 91414/BA, julgado em 11.02.2008”. In www.stf.jus.br, acesso em 02.09.2010.

Medidas, pois, que não são aceitáveis dentro do contexto de um processo que julgamos íntegro e garantista, que não pode tolerar o atingimento da justiça sem o respeito devido por garantias essenciais ao Estado democrático de Direito e também àquela construção de eficiência que julgamos correta. Desse modo, nenhum prejuízo poderia decorrer do exercício do direito ao silêncio.

Conforme Eugenio Pacelli, “O exercício do direito ao silêncio pode ser caracterizado como uma intervenção passiva do acusado, no sentido de uma manifestação defensiva não impugnativa dos fatos articulados na acusação, já que os ônus de sua prova são exclusivos do Ministério Público, na ação pública, e do querelante, na ação privada. Diz-se passiva pela ausência de impugnação expressa.”.⁷⁹¹ Assim, devemos repetir: impor um prejuízo processual ou probatório em decorrência do exercício de um direito constitucional é uma construção que não podemos aceitar, sob pena de repelir toda a ideia que estamos a estruturar, acerca de uma eficiência legítima e aceitável.

Como dissemos, esse direito não se circunscreve à hipótese de não responder perguntas que lhe possam ser prejudiciais. Mas se estende, a partir de uma amplitude maior, decorrente do direito a não auto-incriminação, também àquelas situações de não fornecimento de documentos, de exames de DNA⁷⁹², de exames de sangue, de exames de teor alcoólico e assim por diante, que possuem pertinência com o direito de não fazer prova contra si mesmo.

Trata-se, pois, de defender um direito fundamental, verdadeiramente

⁷⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2010. p. 402.

⁷⁹² Sobre exame de DNA é relevante o artigo de Thiago Ruiz, acerca da possibilidade ou não da coleta dessa prova. Isso em razão de que, nesse trabalho, verifica-se a defesa da coleta forçada de material genético, por autores como Alejandro Carrió e Carlos Carbone, bem como o rechaço desse mecanismo, na esteira do pensamento de Maria Elisabeth Queijo e Aury Lopes Júnior. O autor ainda traz à baila a situação do Código de Processo Penal da Argentina, que em 27 de novembro de 2009, por intermédio da Lei 26.549, que incluiu o art. 218 *bis* no Código de Processo Penal, disciplinou “a obtenção de DNA do acusado na perseguição criminal, dispondo que o juiz poderá ordenar a coleta de DNA do imputado ou outra pessoa quando for necessário para a sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade. Assim, é permitida a mínima extração de mostras biológicas sem que provoque prejuízo à integridade física da pessoa que será submetida à medida, bem como sem que se afete seu pudor”. O autor ainda refere o caso do *Codice di procedura Penale* italiano, no art. 244 e ss, bem como o caso da Alemanha, no § 81 da StPO, além do art. 171 do Código de Processo Penal de Portugal, que regem tais matérias. RUIZ, Thiago. “Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do Acusado.” *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 14-15, jan. 2011.

essencial para a configuração de um processo penal justo, igualitário, ponderado, equilibrado. Um direito do acusado, a ser exercido no desenvolvimento da autodefesa, seja como opção do acusado ou estratégia defensiva, que não comporta valorações.⁷⁹³ E, para além disso, que não comporta diminuições, como a exigência de que ele seja pleno ou completo.

A preservação do direito ao silêncio e a vedação absoluta de produção ou utilização de provas decorrentes da sua violação não apenas erige um sistema mais garantista, mas, acima de tudo, edifica também um sistema que preserva, de forma eficiente, direitos fundamentais e evita a impunidade. Muitos e muitos processos acabam por ser anulados justamente pela violação do direito ao silêncio. O fundamental, por conseguinte, é a preservação desse direito, sob pena de se legitimar, logo adiante, a produção de uma decisão judicial desprovida de garantias e com grandes chances de modificação e revisão.

Ademais, a afirmação do direito ao silêncio é uma proteção àquele que, via de regra, está mais fragilizado no curso do processo penal, o réu. É ele, por certo, que deve enfrentar todo o poderoso aparato estatal de persecução penal, de forma que carece de um rol mais alargado de garantias.

Trata-se, pois, de proteger o mais fraco no curso do processo penal, por intermédio do direito ao silêncio. Assim, haveria não apenas a preservação de garantias, aliás, de uma garantia fundamental, como também uma eficiência processual na busca da justiça, tendo em vista que a verdade, pretendida pelo processo, não estaria a atropelar direitos fundamentais. Haveria, desse modo, maior legitimidade do próprio processo penal, que se apresentaria como mais íntegro e mais democrático e equilibrado, não apenas ante os olhos dos juristas, mas fundamentalmente, ante os olhos da sociedade, que almeja justiça, de maneira

⁷⁹³ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191-194. Ademais, importa também lembrar aqui que a referida autora distingue em os exames de DNA, por exemplo, aqueles que são invasivos e não invasivos. E acaba por aceitar que a exigência de não colaborar apenas poderia ser aceita em casos muito graves, em razão da proporcionalidade e do interesse público. *Ibid.*, p. 317. Não podemos concordar com tal afirmativa. O que se dá, mais uma vez, é o estabelecimento de cláusulas de exceção para a fragilização de garantias fundamentais, como o direito de não fazer prova contra si mesmo, sob a alegação do interesse público e da proporcionalidade.

eficiente, mas não pelo costumeiro e incessante atropelo de garantias fundamentais.⁷⁹⁴

De outra parte, a violação do direito ao silêncio quebraria a própria igualdade no processo penal, posto que se aplicaria apenas ao réu. O correto, como lógica, seria a afirmação da obrigatoriedade da verdade para o acusador, que não poderia, por conseguinte, fazer delações ou acordos ou transações com o réu, pois assim estaria a usurpar a verdade, que seria a motivação ética e lógica da não aceitação do direito ao silêncio. Dessa forma, ocorreria uma pretensa igualdade em processo penal. Ocorre, contudo, que não se pode deixar de aceitar o direito ao silêncio, dentro de um processo penal democrático e acusatório.

Assim, estar-se-ia preservando o equilíbrio daquela hélice tríplice antes referida, pois a preservação desse direito fundamental torna mais legítima e eficiente, em casos tais, a busca pela justiça.

6.2.3 Vedação da produção e utilização de provas diretamente decorrentes de denúncias anônimas para fins de condenação criminal e o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Não se trata aqui de discutir a possibilidade de qualquer cidadão do povo dar conhecimento à autoridade responsável pela investigação criminal acerca da ocorrência ou suspeita de um delito. Essa possibilidade está expressa no Código de Processo Penal brasileiro.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ Como salientou Ferrajoli, ao tratar do Direito penal mínimo e do Direito do mais fraco: “Esta legitimidade, como mostrarei nos parágrafos 37 e 57, não é ‘democrática’ no sentido que não provém do consenso da maioria. É, sim, ‘garantista’, e reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. ‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e imputados, o direito penal e o princípio majoritário”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 312.

⁷⁹⁵ Conforme dispõe o art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal: “Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará

Trata-se, sim, de discutir uma forma muito comum de dar início não somente para as investigações criminais, mas, fundamentalmente, de discutir a correta valoração dessas provas em âmbito penal, no momento da sentença, da decisão que põe fim ao processo penal.

Na atualidade, uma forma sutil de enfraquecimento e desconsideração de princípios fundamentais como os da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, da CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF/88), tem sido a utilização desbragada de denúncias anônimas. Denúncias que servem para condenar e, não raro, para permitir um lastro sem fim de outras providências probatórias em questões criminais, que acabam por solapar e violar direitos fundamentais. De forma que a denúncia anônima, acaba por servir como elemento de convicção não reconhecido e subliminar, para a condenação de réus em processo penal. Trata-se, a denúncia anônima, de um instrumento que vem encontrando grande popularidade, inclusive para subsidiar condenações criminais, de forma direta e indireta.

Não se pode negar que uma recorrência do processo penal hodierno é a utilização desbragada de denúncias anônimas para fundamentar interceptações telefônicas, delações premiadas, quebras de sigilo bancário, captações de imagens e até prisões cautelares.

Até que ponto a denúncia anônima tolerada é aceitável, tendo em vista que passará a legitimar toda a sorte de medidas posteriores. Essa realidade permite toda a espécie de perversão da ideia de eficiência que ora se pretende legitimar. De um lado, permite a manipulação do material probatório para outros fins que não sejam o de investigar e apurar a ocorrência de ilícitos típicos. Pode-se, assim, lançar mão desse expediente para a manipulação política da investigação criminal. Assim, não é raro que a denúncia anônima não objetive a manutenção daquela relação de cuidado de perigo, a proteção do bem jurídico ou a justiça e a paz, mas sim a perversão da eficiência e sua substituição por uma ideia de efficientismo utilitarista. Além disso, desrespeita garantias fundamentais, como a publicidade das provas, a

fim de que sejam refutadas, bem como acarreta uma inegável problematização para a busca da verdade. Como aceitar como legítima e hígida uma prova que não é possível refutar ou que conduz para uma condenação criminal, sem outros critérios e elementos?

Não é possível deixar de comparar, essa situação, com aquelas situações próprias dos regimes totalitários ou inquisitórios, nos quais o sujeito processual não sabia quem o acusava, se era qualificado ou não, se era uma acusação legítima ou não, se era uma acusação lícita ou não. No passado, a Inquisição usou e abusou da acusação anônima, sem base para uma contra-resposta, sem alternativa de reação. Como rebater uma acusação que é anônima, que pode ser fabricada por esse ou aquele interesse.

Infelizmente, na atualidade, essa prática, cada vez mais, vem sendo utilizada para combater a criminalidade dos “poderosos”. Não é raro que inúmeras prisões cautelares e investigações que redundam em invasões da intimidade tenham origem em denúncias anônimas, provenientes, em não poucas ocasiões, de meras disputas políticas e pessoais, travestidas de demandas jurídicas. E tais denúncias anônimas, posteriormente, acabam “instrumentalizadas” por outras provas, que delas decorrem, mas que surgem nos autos por outros meios ou ainda, como não raro se alega, de forma espontânea. E, nesse tópico é que a discussão acerca da legitimidade da denúncia anônima se deve colocar. É aceitável que a denúncia anônima sustente invasões de privacidade, cerceamento da liberdade e interceptações telefônicas, sem outras evidências? E tolerável esse entendimento a partir de um processo penal que se pretende legítimo, acusatório, democrático e garantista?

Admitir a utilização ou produção de provas invasivas da intimidade a partir de denúncias anônimas, fabricadas unilateralmente, como nas ditaduras, é uma prática que não se coaduna com a noção de eficiência que construímos. Ao contrário, essa visão de permissividade com denúncias anônimas e com a adoção de medidas invasivas de prova e de cerceamento da liberdade a partir de denúncias sem origem é própria de uma visão efficientista meramente instrumentalizadora do direito penal, justamente aquela visão que criticamos fortemente ao longo do presente trabalho.

Uma visão que acarreta o esfumaçamento de garantias como a ampla defesa e o contraditório.

O mais grave é que muitas investigações acabam por se legitimar a partir da alegação de que, a partir das denúncias anônimas, novas circunstâncias indiciárias ou de prova acabaram por surgir, motivo pelo qual há um número não desprezível de decisões judiciais acabam por tolerar essas investigações oriundas do anonimato. E que, por serem oriundas do anonimato, não raro, não se preocupam com a busca da verdade e da justiça, mas, sim, com pretensos interesses políticos ou ideológicos, próprios de visões mais autoritárias. Tudo isso fragiliza de forma extraordinária garantias fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório. Há, pois, a partir da ideia de uma denúncia anônima como elemento probatório vital para a condenação de uma pessoa, o desprezo por garantias de extrema relevância, o que acaba por desequilibrar aquela ideia de hélice tríplice que antes referimos.

Por isso, entendemos que essa vedação aqui se deve aplicar, a fim de evitar a vulgarização de provas decorrentes do anonimato que, no mais das vezes, nada mais são do que autênticas e evidentes prova ilícitas ou derivadas de ilícitas.

Permitir o anonimato para, de imediato, propor provas invasivas, sem maiores cuidados e de forma desatenta a filtragem das informações é um mecanismo de investigação e de produção e utilização de provas que afronta, em nossa visão, um processo penal eficiente, garantista e justo.

E mais, a permissão desbragada do anonimato pode significar a introdução de um perigoso mecanismo de obtenção de provas, pois, assim os órgãos de investigação poderão “fabricar”, como lamentavelmente ainda ocorre, determinadas denúncias anônimas ou dossiês anônimos ou até a introdução das chamadas “testemunhas sem rosto”, a fim de pedir, posteriormente, a partir delas, aprofundamento de investigações, com uma profusão sem fim de interceptações telefônicas, sequestro e arresto de bens, quebras de sigilo, prisões temporárias, que nada mais fazem do que fragilizar, na psique social e na própria consciência do

jugador, a ideia da presunção de inocência.⁷⁹⁶

Enfim, não é justo, não é razoável, a utilização de provas produzidas decorrentes do anonimato. Não é justo, pois não permite uma contradita, não é justo, pois não é razoável, não é ponderado, não é proceder com equilíbrio, a partir de uma concepção mais garantista.

Para além de tudo isso, é preciso dizer que o processo deve ser também ético⁷⁹⁷, de forma que a utilização de uma prova oriunda do anonimato, mormente quando violadora da liberdade ou da intimidade dos cidadãos, é prova não adequada àquela noção que acreditamos mais frutífera, aquela noção mais eficiente.

Com isso, não estamos a referir que toda denúncia anônima deve ser proibida em direito penal. É razoável que, em determinadas situações, seja pelo temor de represálias, seja para a proteção de sua intimidade, a testemunha de um delito,

⁷⁹⁶ Muito relevante é o caso a seguir, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Embora não tenha repellido a denúncia anônima, com o que concordamos, pois ela não pode ser repelida em todos os casos, mas apenas naquelas situações em que elas objetivam a flexibilização direta de garantias fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilegais as interceptações telefônicas decorrentes das denúncias anônimas, justificando que: "1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima. 2. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 8/10/07). 3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando [...] não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal). 4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada". 5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus. 6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada." (HC 64.096, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27.05.2008).

⁷⁹⁷ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

embora forneça os detalhes do crime, não queira aparecer. Essa é uma realidade que não se pode negar, especialmente em locais dominados por uma espécie de Estado paralelo, como no caso do tráfico de drogas, no Rio de Janeiro e em outras regiões. Contudo, o mesmo cuidado que dispensamos para a suposta prova ilícita ou derivada da ilícita devemos dispensar para aquela prova que decorre de denúncia anônima. Ela deve ser averiguada com o máximo cuidado e, a partir de suas informações, devem ser buscados outros meios de prova, a fim de se coletar um material probatório de acordo com os ditames de um processo penal acusatório, legítimo e democrático.

Assim, toda prova produzida ou utilizada que decorra diretamente de uma denúncia anônima, fabricada unilateralmente, sem outros filtros e decorrências, deve ser afastada do processo penal e expurgada dos autos, bem assim como a autoridade, investigativa ou judicial, que a produziu ou utilizou, já que contaminada por essa quebra da lealdade processual. Isso também decorre daquela necessidade de equilíbrio e ponderação que viemos defendendo.

E isso se dá, como dissemos, em razão de toda série de malversações que essa denúncia anônima pode trazer em si, no seu bojo. Desde interesses políticos, econômicos, interesses de poder, até meras vinganças pessoais, contra determinadas pessoas, principalmente aquelas que exercitam funções de projeção.

Por fim, não se pode esquecer de que a prova derivada da denúncia anônima significa uma espécie de retorno ao medieval, àqueles tempos em que o acusado não sabia qual era a origem da prova que deveria atacar e tampouco o motivo pelo qual estava sendo acusado, sequer sabia quem eram os acusadores.

E é tal o retrocesso que devemos repelir, caso queiramos um processo eficiente, garantista e justo. Retroceder, nesse momento histórico de crise de paradigmas e de pressão veemente sobre os estatutos de liberdades, seria algo muito próximo a deixar fluir, sem resistência, todo o caudal de garantias que nos foram legadas com sacrifício pelas gerações que nos precederam. Uma atitude que não se coaduna com um ideário de liberdade, paz e justiça pelo qual devemos zelar.

Ademais, aqui se tem também o afastamento daquele equilíbrio que deveria ocorrer entre garantias, justiça e eficiência. Sempre que uma denúncia anônima, só por si, estripar uma acusação ou uma condenação, o que haverá é uma pretensa justiça, alcançada de maneira “eficientista”, sem o respeito por garantias como contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Assim, embora a decisão tenha almejado justiça, na prática, desrespeitou garantias e desobedeceu aquela noção de eficiência que pretendemos construir, uma eficiência com uma função, uma finalidade e um fundamento. Como falar em eficiência legítima, nesse caso, se a decisão não é ponderada, não é razoável, não permite à contradita, à ampla defesa, à verificação de qual é o interesse dessa denúncia anônima, se é a apuração da verdade e a realização da justiça ou, como acaba por acontecer, uma mera vingança pessoal, travestida de anseio pela paz e pela justiça.

6.2.4 Vedação da produção e utilização da prova produzida por agente infiltrado ou encoberto e as Leis 11.343/06 e 9.034/95

A legislação brasileira prevê expressamente, em determinadas situações, a utilização de agentes infiltrados para a apuração de ilícitos penais.⁷⁹⁸

Na Alemanha, como salienta Costa Andrade, há uma tendência de aceitar as informações de um agente infiltrado, diferentemente do que ocorre no direito

⁷⁹⁸ A Lei 9.034/95, por exemplo, que trata da utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevê, no inciso V, do art. 2º, que em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [...] “V – infiltração por agentes da polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.” Também prevê a infiltração, por exemplo, a Lei 11.343/06, que trata dos crimes relacionados às drogas, dispondo, o art. 53 do referido diploma legal, que “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração de agentes de polícia, em tarefa de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. Ou seja, há previsão legal expressa sobre tal possibilidade. Entretanto, muito pouca é a reflexão acerca da repercussão constitucional desses institutos. E muito pouca também é a repercussão da efetiva infiltração de agentes em tais situações. Isso tudo a revelar a pouca densidade do instituto na realidade brasileira, bem como a insegurança jurídica dele decorrente, em razão da atuação do agente infiltrado. Contudo, impõe-se aqui a reflexão sobre a legitimidade desse procedimento, violador não raro da garantia da intimidade, bem como postado numa linha limítrofe com a figura do agente provocador, repelida pela jurisprudência.

americano.⁷⁹⁹ E também há uma generalizada tendência dos testemunhos de “ouvir dizer”.⁸⁰⁰

No entanto, não se pode negar que a utilização do agente infiltrado ou do agente encoberto, nem de longe, alcançou a “popularidade” prática do agente provocador ou daquela situação que se pode afirmar de flagrante esperado, na qual “não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência.”⁸⁰¹

Em primeiro lugar, relevante é que não se confundam as figuras do agente infiltrado e do agente encoberto. Segundo Polastri Lima, o agente infiltrado é o que oculta sua identidade e sua qualidade para fins de obtenção de provas para incriminar o suspeito, de forma a ganhar sua confiança e, assim, passar a fazer observação, passar informações. Já o agente encoberto atua em passividade, ficando na espreita, a fim de obter informações e provas.⁸⁰²

Como diz Aires de Sousa, a doutrina e a jurisprudência têm distinguido as figuras do agente provocador e do agente infiltrado. O agente infiltrado é uma técnica de investigação que consiste, essencialmente, na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua direcção contactarem os suspeitos da prática de um crime com ocultação de sua verdadeira identidade, actuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efectiva condenação dos criminosos. O agente provocador é definido como ‘membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir

⁷⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006. p. 163-164.

⁸⁰⁰ *Ibid.* p. 165.

⁸⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 517. Embora a doutrina e a jurisprudência venham aceitando a legalidade do flagrante esperado, relevante é a crítica de Eugênio Pacelli de Oliveira, pois afirma, com razão, ao menos em nossa perspectiva, que mesmo numa situação em que a polícia apenas espera a ocorrência do delito, ela também estará, de antemão, evitando a consumação do delito. Dessa forma, não nos parece apropriada a diferenciação que se faz de flagrante preparado e flagrante esperado, com base na eventual passividade da atuação policial. Em ambos os casos, a polícia terá total possibilidade de evitar a consumação. Essa não parece ser a diferença. E, o mais grave, é que, assim, ao invés de manter intocada uma relação onto-antropológica de cuidado de perigo e de proteger um bem jurídico, muitas vezes o que se dá é a espera da lesão, da ofensa, para, só após, o Estado passar a agir, sob os auspícios de uma visão utilitarista e eficientista de processo, que não se coaduna com um ideário equilibrado e ponderado, capaz de congregiar justiça, garantias e eficiência.

⁸⁰² LIMA, Marcellus Polastri; AMBOS, Kai. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso' (Acórdão STJ de 13.01.1999 – processo nº 98P999). Ou seja, o agente provocador impulsiona o suspeito à prática de actos ilícitos, agindo, por exemplo, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado limita-se a ganhar a confiança do suspeito, para ter acesso a informações, planos, confidências.⁸⁰³

Como referimos anteriormente, os tempos atuais são generosos na propositura desses meios invasivos de investigação. E, nesses tempos modernos, o método do agente infiltrado ou encoberto vem sendo, cada vez mais, defendido pelos órgãos de investigação criminal e de persecução criminal, em que pese a dificuldade de sua operacionalidade prática, até mesmo para garantir a segurança, a integridade e a intimidade desses agentes.

E não apenas são defendidos por esses órgãos, como passaram a ser incluídos em boa parte das legislações processuais penais. Basta ver, por exemplo, os casos de Brasil, Portugal e Alemanha.⁸⁰⁴

Tudo isso é fruto de um pensamento que acaba por unir, numa névoa de confusão, investigações com ou sem garantias mínimas. É como se o “combate ao crime” colocasse os órgãos de investigação e seus direitos num patamar moral de superioridade, em detrimento dos direitos de garantia. E, sob a alegação de combater “o terrorismo”, “a criminalidade organizada”, “o tráfico de drogas”, “a criminalidade econômica”, esses meios invasivos, cada vez mais, são colocados ao dispor dos órgãos de investigação, ainda que por vezes se trate de crimes sem qualquer violência ou grave ameaça.

O risco indelével que aqui se corre é o de erigir uma categoria ou espécie de meio de prova, absolutamente violadora da intimidade e, portanto, refratária, no seu âmago, àquelas ideias mais caras acerca de garantias fundamentais que antes referimos.

⁸⁰³ SOUSA, Susana Aires de. “*Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1222-1223.

⁸⁰⁴ Em Portugal, as investigações encobertas estão principalmente na Lei 101/2001 e Lei 5/2002. Na

A figura do agente infiltrado não apenas viola uma regra básica de confiança entre as pessoas, mas introduz, na investigação criminal, uma prática capaz de obter “provas” advindas de invasões sem precedentes da intimidade, desde confissões “caseiras”, até a obtenção não autorizada de provas dentro dos espaços de intimidade dos suspeitos. Uma forma grave de obtenção e “fabricação” de provas.

Ademais, a figura do agente infiltrado suscita uma série de dificuldades para a própria eficiência e estabilidade das investigações. Como se daria a “infiltração”? Com a prévia autorização judicial, com poderes delimitados e ordens claras, com autorização para a prática de delitos excepcionalmente? Até que ponto poderia agir o agente infiltrado? E se cometesse delitos? Seria responsabilizado ou atuaria sob o abrigo de uma excludente ou justificante? O fato seria típico? Seria inculcado por esses delitos? E depois de sua atuação, o agente infiltrado teria a identidade trocada? Seus atos de colaboração com os criminosos seriam responsabilizados ou não?⁸⁰⁵ Haveria um sem fim de interrogações, cuja prática da dogmática atual ainda não conseguiu responder e, talvez, sequer possa ou consiga responder.

Na atualidade, tantos são os problemas que a atuação desses agentes tem sido reduzida, em que pese a celeuma que está a levantar. Não obstante, é preciso reconhecer que essa figura é absolutamente instigadora, não raro, da própria prática delitativa. E aí se estebece, mais uma vez, aquela confusão entre agentes da autoridade e criminosos.

Em muitas ocasiões, a figura do agente infiltrado se confunde com a figura do agente provocador, que é rechaçado pela maioria dos ordenamentos democráticos, já que, muitas vezes, pune ou objetiva punir um crime impossível, que não se consumaria, caso não houvesse a ação decisiva do agente provocador ou infiltrado. Ou seja, o Estado acaba por instigar o delito e, não, preveni-lo.

Alemanha, especialmente no Código de Processo Penal.

⁸⁰⁵ No caso de instigação, que se pode dar inclusive por omissão, basta imaginar a criação de um vínculo de confiança entre o agente infiltrado e o suspeito, a responsabilização do instigador não é de se desprezar. Se é verdade que o instigador não teria duplo dolo, de modo que não responderia pelo delito, verdade também é que, para Eduardo Correia e Faria Costa, poderia responder pelo fato criminoso se houvesse dolo eventual. Em SOUSA, Susana Aires de. “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1226-1227.

Trata-se, pois, de repelir uma figura que perverte uma ideia de investigação probatória escorreita, ética, justa e equilibrada. Por certo que alguns dirão: como se poderia falar em ética, em moral, em justiça, entre criminosos e quadrilheiros?

Mas o fato que se deve realçar está justamente centrado nessa questão. O Estado, para seguir aquela aporia já referida, utilizada por Hassemer, não pode perder a prevalência moral sobre o crime. Utilizar o subterfúgio da “infiltração” é proceder como os próprios criminosos, usando o ardil, o engodo e a manipulação, como regra de agir. Tudo isso num quadrante histórico em que a pleora de instrumentos em favor do Estado investigador está prodigalizada.

O mais grave é que tal artifício acaba, muitas vezes, por beneficiar os próprios criminosos que, com razão, buscam a guarida do Poder Judiciário para coibir os abusos da máquina estatal na apuração dos delitos.

Ora, os meios de investigação, por significarem uma efetiva e contundente violação de direitos fundamentais, em muitas ocasiões, devem ser conduzidos absolutamente de acordo com a Lei, com a Constituição e, acima de tudo, de acordo com os paradigmas de garantias de um Estado Democrático.

Esquecer isso seria o mesmo que estruturar órgãos de investigação e de persecução penal próprios de outros tempos, mais alinhados com o desprezo pelas garantias que estamos a zelar.

Como diz Flávia Loureiro, “de uma outra perspectiva, podemos fazer incidir a nossa lente sobre a utilização de agentes encobertos ou infiltrados, opção comumente apontada como uma das mais importantes - porque das mais eficazes - no combate à criminalidade de alto nível. Desconsiderando, por não caber aqui, a fronteira tênue e de muito difícil concretização entre agente encoberto e agente provocador, alvo sempre de tantas reflexões, teremos que referir ser esta talvez a mais obtusa forma de obtenção de provas no seio do processo criminal, uma das quais invade a esfera do outro, já que faz com que o agente de investigação adentre na vida do cidadão alvo da suspeita, passando a fazer parte dela, com o único fito de conseguir

provas que permitam incriminá-lo”.⁸⁰⁶

E, acima de tudo, importa repelir a produção e utilização de um meio assim de investigação, em razão da contaminação certa que tal meio acarretará para o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88)⁸⁰⁷, para a intimidade (art. 5º, X, da CF/88)⁸⁰⁸, para o contraditório e para a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88)⁸⁰⁹. Isso em razão da dificuldade evidente de rebater uma prova assim, sem contraditório, sem ampla defesa, própria dos tempos anteriores aos que vivemos, de vigor e plenitude democráticas.

Trata-se, pois, de um método de investigação violador da intimidade e que não se coaduna com uma coleta de material probatório que tenha legitimidade, pois absolutamente desprovido de garantias. Não se apresenta, pois, capaz de alcançar a justiça de forma eficiente, devendo ser repellido ante um juízo constitucional que deve tutelar não só a garantia da intimidade e da vida privada, mas também do contraditório, da ampla defesa e do direito ao silêncio.

6.2.5 Vedação da produção e utilização do agente provocador e a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal

Em Portugal, o agente provocador está enquadrado nos métodos proibidos de prova, *sub specie* meios enganosos. Nesse sentido Costa Andrade, Maria João

⁸⁰⁶ LOUREIRO, Flávia Noversa. “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 280. A Lei portuguesa (101/2001), no seu art. 1º, n. 2, dispõe: “consideram-se ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação de sua qualidade e identidade”. Sobre o tema, SOUSA, Susana Aires de. “Agent provocateur’ e meios enganosos de prova: algumas reflexões.” In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1207 e ss.

⁸⁰⁷ Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

⁸⁰⁸ Assim dispõe o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁸⁰⁹ O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 é expreso sobre tais garantias: “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”.

Antunes, Mário Ferreira Monte. Já para Germano Marques da Silva, a actuação do agente provocador constituiria sempre uma violação do princípio democrático.⁸¹⁰

No Brasil, a ação do agente provocador acaba por incidir na súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”. Trata-se, pois, de conduta repelida pela jurisprudência e pela doutrina. Contudo, na prática, há uma névoa que encobre as figuras do agente encoberto ou infiltrado e do agente provocador. Não é simples, na prática, distinguir, como já referimos, as situações de um flagrante esperado e de um flagrante preparado. Mas, se repelimos, com vigor, as deletérias figuras do agente infiltrado e do agente encoberto, ainda devemos repelir, com mais empenho, a figura do agente provocador. E isso se dá em razão da natural amoralidade desse meio de prova. Uma sistemática invasiva e que nada mais faz do que instigar, em situações propícias, a prática do delito.

Como diz Costa Andrade, “as dificuldades começam logo a ganhar relevo quando se questiona a legitimidade ético-jurídica do procedimento, máxime nas formas mais expostas de *Lockspitzel*. Isto é, em que o homem de confiança se converte em *agent provocateur*, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. É, na verdade, cada vez mais forte o coro de vozes que, tanto no direito alemão como americano, contestam abertamente a solvabilidade ético-jurídica desta prática. Aponta-se para a imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra. Acabando, não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinqüência e potenciando os factores da extorsão, da violência e do crime em geral”.⁸¹¹

⁸¹⁰ Tudo em SOUSA, Susana Aires de. “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1231. No mesmo sentido se inclina a jurisprudência, considerando nulas as provas obtidas mediante provocação. Relevante aqui é recordar a condenação que sofreu o Estado português, por parte do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por violação do art. 6, parágrafo 1º, da CEDH. No caso, dois agentes da PSP contactaram por várias vezes um suspeito de tráfico para financiar seu próprio consumo, esperando conseguir chegar, através dele a um fornecedor. Tendo chegado ao fornecedor, cujo nome era Teixeira de Castro, este foi preso no acto de venda da droga para os policiais, na casa do primeiro suspeito, após solicitação. *Ibid.*, p. 1232-1233.

⁸¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006. p. 221 e ss. De forma muito desenvolvida também o tema no direito americano, acerca da ideia de não punição do provocado, em razão da chamada *defense of entrapment*. *Ibid.*, p. 228 e ss.

No mais das vezes, o agente provocador “empurra” o agente para a prática delitativa. Aproveita-se de circunstâncias excepcionais, em geral, criadas por ele próprio, para, logo adiante, insuflar o agente para a perpetração do crime.

Há aí uma conduta amoral, pois cria, não raro, um vínculo psíquico, tal qual nos casos do agente infiltrado, entre o provocador e o agente.⁸¹²

O agente provocador, em tal situação, constrói, no mais das vezes, o cenário delitivo. Utiliza-se de um ardil, de um engodo, de um artifício, para induzir o acusado para a prática do delito. Trata-se de uma conduta que atenta contra uma certa equidistância que deveria nortear a postura dos órgãos de investigação, sejam eles policiais ou oriundos do Ministério Público.

Como diz Costa Andrade, citando Müssig e Köhler, no caso do agente provocador, há “em primeira linha a reconformação (Umgestaltung) estratégica do ambiente pessoal. As declarações provocadas não acontecem num ambiente privado apenas carregado com os normais riscos de informação, mas num contexto que foi exclusiva ou decididamente redefinido e modelado por autoridades estaduais de investigação. Trata-se de uma privatização da produção estadual da informação.”⁸¹³

Nessa condição, o acusado, sem sombra de dúvida, é flagrado numa situação que lhe é propícia e instigadora do delito. Fragilizado por essa condição, acaba por delinquir, aproveitando-se da evidente instigação do agente provocador.

⁸¹² É verdade, como dissemos, que, no Brasil, o flagrante provocado é repellido formalmente, pois impede, de qualquer modo, a consumação do delito. Basta ver o art. 17 do Código Penal e a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. O mesmo não se pode dizer das ações dos agentes infiltrados ou encobertos, pois, em geral, a flagrância em tais casos é considerada, comumente, um flagrante esperado. E é aí que se dá o problema, pois, via de regra, a ação do agente provocador é transformada em mera espera do flagrante, de forma que é tornada rarefeita a linha limítrofe entre agente infiltrado ou encoberto e agente provocador. É muito tênue essa linha. Usando uma imagem de Faria Costa, já referida noutro contexto, pode-se afirmar que caminhamos aqui “sobre a linha”, perigosamente. Tudo a exigir o afastamento dessas figuras trágicas presentes na investigação criminal.

⁸¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral).” In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma: Colóquio em homenagem ao IBCCRIM*. São Paulo: 2007. p. 108.

Trata-se, pois, de uma situação muito grave, que com os meios tecnológicos dos tempos atuais, cria as maiores capacidades de fabricação e formulação de provas, de forma a aniquilar garantias e alcançar a verdade e a justiça com um preço altíssimo.

Outrossim, essa figura, muito própria daqueles regimes autoritários de outrora, acarreta uma liberalidade investigativa deveras grave, pois capaz de vulnerar a intimidade e fomentar a prática delitiva.

De outra parte, a figura do agente provocador, assim como aquelas figuras do agente infiltrado e do agente encoberto, pode gerar uma vinculação perigosa entre autoridades legais e o mundo criminoso. Cria-se, assim, uma relação espúria, embasada na traição e no arдил. Um Estado que faz do arдил e da violação da confiança uma forma de agir, uma praxe de investigação.

Como reconhecer a idoneidade de uma prova decorrente de uma situação na qual o indivíduo é, não raro, instado à prática delitiva? Como admitir que o Estado perca a prevalência moral sobre o delito, agindo a partir da violação da confiança? Como aceitar uma forma de coibir o crime instigando o próprio crime?

Romper com um método de investigação assim é o que nos parece mais adequado num paradigma garantista e eficiente que queremos. Mais ainda, quando essas situações acabam por ser, aqui e ali, repelidas pelos Tribunais no decorrer da ação penal. Ou seja, quanto mais tais métodos forem utilizados, maior será a possibilidade de ataque contra esses próprios métodos, o que acabará por gerar mais impunidade, mais injustiça e maior descrença no próprio Poder Judiciário.

Sabemos que uma posição assim, mais frontal, é passível de críticas, principalmente uma crítica sobre a pretensa ineficiência de um sistema constituído dessa forma. Porém, entendemos que o momento atual impõe uma enérgica ação de bloqueio, sob pena de se legitimar medidas invasivas de coleta de prova, que servirão como um autêntico “cavalo de Tróia” no âmbito de processos penais que deveriam estar norteados pela protecção dos direitos humanos e pela extensão do rol de garantias individuais.

Por isso, aqui se nos impõe uma discordância em relação ao pensamento de Figueiredo Dias, quando repele um pensamento contrário às vedações de prova no caso de agentes encobertos, infiltrados ou provocadores. Segundo Figueiredo Dias, “um outro tema central do trabalho dogmático futuro respeitará – como neste Colóquio, e nas conferências que o antecederam, foi insistentemente acentuado – à cada vez mais crucial intervenção na investigação criminal de agentes provocadores, encobertos ou infiltrados e dos chamados homens de confiança dos órgãos de polícia criminal. Sabe-se como uma tal problemática se desdobra em duas vertentes. Uma respeita ao direito penal substantivo, quanto a determinar se, como e em que medida pode o agente oculto vir a ser responsabilizado pelo crime cometido pelo executor. Outra, não meramente consequencial da anterior, releva autonomamente em matéria de provas proibidas. Só uma referência a este segundo nível é obviamente cabida aqui. Algumas legislações empreenderam já uma regulamentação do problema, todavia limitada a certas situações e muitas vezes duvidosa ou mesmo contestável nas soluções preconizadas. Outras legislações continuam a omitir qualquer regulamentação, deixando que tudo se passe ao nível da aplicação dos princípios legais gerais em tema de ‘provas ilícitas’ e de ‘proibições de prova’. Este último caminho parece-me, nos resultados a que pode conduzir, em geral criticável. Não que eu queira sufragar a tese de que a grande e nova criminalidade moderna só pode combater-se com a plena admissibilidade da prova carregada por homens ocultos e de confiança. Mas quero opor-me igualmente à tese contrária, da total inadmissibilidade de princípio, seja qual for o tipo de criminalidade em causa, da actuação de tais agentes.”⁸¹⁴

O nosso temor, temor que é sério, real, honesto, é o de que a aceitação dessa espécie de meio de investigação venha a trazer um efeito de arrasto, como se vem assistindo no caso das interceptações telefônicas. Isto é, que tais medidas sejam adotadas sem apuro, sem proporcionalidade, sem ponderação, meramente como uma reprodução dos pedidos acusatórios. Que o pretexto de combater uma criminalidade mais grave, praticada por minorias, acabe por tornar praxe a violação da intimidade da ampla maioria dos cidadãos, tudo isso sob o fundamento da

⁸¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O processo penal Português: problemas e perspectivas.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 811.

proteção dessa mesma maioria.

Chegamos ao ponto de afirmar que um método assim será capaz de induzir não apenas criminosos, como também todos os cidadãos para a prática delitiva, em razão da espetacular situação propícia para o cometimento de um ilícito-típico que é construída por tais agentes.

A instrumentalização desse método de investigação parece-me uma realidade que já é muito clara, de forma que as perversões que daí poderão surgir são inegáveis. Perversões contra a intimidade, contra o *nemo tenetur se detegere*, contra o direito ao silêncio, contra a liberdade e, não se pode negar, contra a moralidade, que deve caracterizar as ações do Estado. Aliás, qual a moral de uma sociedade em que o Estado, para perseguir os delitos, os instiga e induz? Qual a moral de uma sociedade em que o Estado faz da violação da confiança um método de investigação? Qual a moral de uma sociedade em que o Estado, que combate delitos, instiga os seus próprios agentes a praticarem um delito para perseguir pretensos criminosos?

Por tudo isso, entendemos que aqui não se pode abandonar as trincheiras, sob pena de nos responsabilizarmos, mais adiante, pelo incremento acentuado da redução das liberdades e em razão da repercussão que um Estado assim terá para a ideia de Justiça como ponderação, equilíbrio, serenidade. Ainda que se alcunhe um posicionamento assim de conservador, não podemos deixar de ficar do lado da conservação de garantias, em detrimento de sua futura destruição, enfraquecimento ou ineficiência.

6.2.6 Vedação da utilização de meios e exames invasivos de prova e os arts. 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal de 1988

Da mesma forma que se combate a adoção de provas ilícitas de agentes encobertos, infiltrados ou provocadores, repele-se também a ideia de adoção massiva de meios invasivos de prova, atentatórios contra a intimidade e a vida

privada, bem como contra a dignidade da pessoa humana.⁸¹⁵

Por certo que a quebra do sigilo fiscal, bancário, telefônico, bem como as interceptações telefônicas, são, no atual quadrante histórico, meios legítimos de investigação, em determinadas situações excepcionais. Por certo que sim. Sem tais invasões da intimidade, por meio de autorizações judiciais devidamente fundamentadas, seria difícil investigar os fatos, em muitas situações. Tudo isso é verdade.

Mas, também, é verdade que os tempos atuais se caracterizam muito por uma certa “futilidade de garantias”, isto é, uma certa relativização da ideia de garantias como maneira de perseguir criminosos e combater os delitos e a violência. E isso se dá a tal ponto que a defesa desses direitos e garantias individuais tão referidos neste trabalho pode conduzir a situações constrangedoras, especialmente para aqueles que não receiam externar suas ideias em prol dos direitos humanos e das liberdades do homem.

Contudo, isso não significa um motivo para descuidar da ideia de garantias, mormente quando já existem respeitáveis sistemas processuais que admitem a tomada invasiva de provas, como coleta de sangue e saliva, sem esquecer as legislações que determinam a realização de exames, sob o risco de penalizações administrativas ou criminais, o que acaba por afetar o direito ao silêncio na sua versão mais dilatada.

É relevante observar que, mesmo em países democráticos, como a Alemanha, mesmo num período de queda da criminalidade, o que se vê é um incremento dos métodos invasivos de investigação.⁸¹⁶

⁸¹⁵ O art. 1º, III, da Constituição Federal brasileira, trata da dignidade da pessoa humana e o art. 5º, X, da proteção da intimidade e da vida privada.

⁸¹⁶ No direito dos Estados Unidos a polêmica maior sobre a intimidade se dá acerca da questão processual da legitimidade ou ilegitimidade de obtenção da prova, diferentemente do direito alemão, em que se dá uma discussão mais de mérito, acerca da intimidade. No caso do diário (utilização de fatos descritos em diários pessoais dos réus, apreendidos na investigação criminal), por exemplo, discute-se o conteúdo do diário. Especialmente no segundo caso do diário, em que se dá a aceitação de sua valoração, tratando-se de criminalidade grave. Não se pode esquecer da assertiva de Costa Andrade, de que, nos Estados Unidos, o cumprimento ritual dos *Miranda warnings* parece deixar à polícia a mão livre para recorrer à fraude e ao engano para a obtenção de provas (por exemplo, mentir que o correu confessou ou afirmar que suas impressões digitais

Embora reconheçamos como verdadeira a assertiva de E. Schmitt, citado por Costa Andrade, de que “o interesse do Estado na perseguição do agente nunca pode valer como interesse prevalecente sobre a tutela do direito de personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valoração num caso concreto, mesmo que a título puramente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valoração generalizada, e contra a vontade do interessado, das gravações ocultas”, o fato é que a realidade é diferente.⁸¹⁷

Bastará ter presente a clarificadora decisão do *segundo caso do diário*. Segundo a qual a repressão da criminalidade grave legitima a valoração de diário mais íntimo do réu, em que ele se confronta com problemas existenciais e radicalmente incomunicáveis. Diários que a *doutrina dos três graus* definiria como expressão paradigmática daquela *área nuclear intangível (unantastbaren Kernbereich)*, de todo em todo subtraída ao alcance dos juízos de ponderação.⁸¹⁸

Nesse contexto, ainda na referência de Costa Andrade, segue-se uma tendência, denunciada por Grünwald, de “dissolução de princípios jurídico-constitucionais num sistema móvel de valores a ponderar entre si”.⁸¹⁹ Sendo certo, precisa o mesmo autor, que estes princípios não comportam uma relativização sem perderem sua função. Dessa forma, Grünwald recorda que “o princípio do Estado de Direito resultava num conjunto de fronteiras, e fronteiras intransponíveis, à realização dos interesses do Estado e da comunidade, [...]. Em termos metafóricos: o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal. Agora, vem, porém, o Tribunal Constitucional a inserir o interesse da perseguição penal na própria muralha do princípio do Estado de Direito, sendo precisamente no interior desta muralha que ele será levado à ponderação com os direitos dos cidadãos argüidos”. E daí o “perigo de estes princípios aparecerem relativizados e disponíveis em sede de ponderação com os

foram encontradas no objecto do crime). ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 151.

⁸¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 34.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 34-35.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 34-35.

interesses da perseguição penal”.⁸²⁰

Já para Roxin, no processo penal alemão, um processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação, preserva-se claramente alguns princípios fundamentais de garantia: a reserva da lei e a exigência de decisão judicial em todas as medidas restritivas da liberdade (art. 104 da Grundgesetz), o princípio da audiência judicial (art. 103, I, GG), a permissão de acompanhamento por defensor em todas as fases do processo (§ 137 do Código de Processo Penal, StPo), a proibição de coação e engano (§ 136a StPO), a direito à não autoincriminação e à obrigação de informação sobre esse direito (§ 136 StPO), a presunção de inocência (art. 6, nº 2, da Convenção dos Direitos do Homem, CDH), o princípio de um processo justo (art. 20, 28 GG; art. 6º, nº 1, CDH), o princípio *in dubio pro reo* (§ 261 StPO; Art. 6º, nº 2, CDH), a exigência de um processo célere e justo (não está *qua tale* previsto no StPO, mas pode retirar-se do princípio do Estado de Direito) e o *ne bis in idem* (art. 103, nº 3, GG); e também o ofendido, com o desenvolvimento da vitimologia, foi ‘elevado’ a sujeito processual, com direitos processuais próprios (§§ 8 155a, b, 403-406n StPO).⁸²¹

Pois esse processo tem levado a uma situação em que a criminalidade na Alemanha tem um sentido decrescente e se encontra – partindo de uma medida internacional – controlada, de forma que, na realidade, de acordo com Roxin, estariam presentes todas as condições para se estar satisfeito com o processo penal alemão.⁸²²

Contudo, o que se tem visto é a defesa e a pregação da redução de garantias e dos direitos do réu. E essa defesa chega a tal ponto que o fortalecimento de medidas de controle e intervenção, que deveriam servir para combater a criminalidade organizada e o terrorismo, está a servir para afetar as garantias de todos os cidadãos, de forma que, nas investigações criminais, cada vez mais, são implicadas pessoas que não são suspeitas e nem relacionadas aos fatos.⁸²³

⁸²⁰ Ibid., p. 34-36.

⁸²¹ ROXIN, Claus. “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 386.

⁸²² Ibid., p. 387.

⁸²³ Ibid., p. 392. Conforme Roxin, há casos de delitos de pornografia infantil, nos quais foram devassados mais de 22 milhões de cartões de crédito, só na Alemanha. Isso para não esquecer aquelas situações em que se permite a coleta de ADN ou DNA de comunidades inteiras, para descoberta de agentes de

Para Roxin, o preço a pagar pela erosão de formalidades de regras é elevado.⁸²⁴ As hipóteses de desformalização vêm sendo criticadas, por permitirem acordos entre suspeitos e Ministério Público, pois facultam decisões arbitrárias e não fundamentadas.⁸²⁵

Mas a questão não se esgota aí. Entendemos que se deve repelir também aquelas situações que estabelecem presunções em razão de o acusado não colaborar ou não aceitar se submeter a exames que lhe podem ser desfavoráveis. É bem verdade que essa questão se liga ao direito ao silêncio, mas, é bom que se diga, repercute em razão de tais meios de prova serem invasivos. Como afirmar a existência do direito ao silêncio se tal silêncio ou se o direito de não fazer prova contra si é flexibilizado por imposições normativas em sentido contrário? Ou tais meios são repelidos ou se faz tábula rasa do direito ao silêncio e do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Em razão disso, a vedação da utilização de meios invasivos de prova, bem como a vedação de prejuízo ou de penalidade contra o réu em razão do exercício do direito ao silêncio são medidas que se impõem.

E isso se dá não só pela necessária preponderância que as garantias devem possuir, mas também em razão de uma necessária eficiência do processo penal para o alcance da justiça. Aceitar a fragilização de garantias desse quilate (como o caso do direito ao silêncio) significa desequilibrar aquela hélice tríplice que antes referimos, pois coloca, numa situação de supremacia, a busca da justiça, por intermédio de uma hipereficiência.

Ademais, um modelo de investigação embasado ou leniente com

crimes violentos. A recusa ao exame coloca o indivíduo na condição de suspeito o que permite a recolha obrigatória de DNA, o que faz, na verdade, com que a medida seja obrigatória para todos (§ 81h, StPO). Ibid., p. 392-393.

⁸²⁴ ROXIN, Claus. "Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.), *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 388.

⁸²⁵ Segundo Roxin, muitas críticas surgiram na Alemanha no caso envolvendo o ex-Chanceler, responsável pela Reunificação Alemã, Helmut Kohl, um prejuízo de 100 000 euros decorrentes de contribuições partidárias e também o caso de um alto dirigente do Deutsche Bank, cujas despesas injustificadas ascenderam a cerca de 50 milhões de euros. Ibid., p. 389.

investigações invasivas acaba por trazer à lembrança os vetustos métodos de investigação dos regimes autoritários, como a confissão mediante tortura. Exigir que um cidadão se submeta a exame grafotécnico, a exame de sangue, de teor alcoólico, que forneça dados de DNA, nada mais é do que afrontar o direito ao silêncio.

Com isso, não queremos refutar essa espécie de prova caso o réu com ela concorde ou, por que não, se esses métodos forem obtidos de outras formas, como por intermédio de coleta de sangue no local do crime ou consulta a banco de sangue, a exame de DNA com fio de cabelo obtido sem violência.⁸²⁶

Assim, um processo penal que atente para a eficiência, para as garantias e para o alcance da justiça deve repelir a tomada invasiva de provas, não apenas em razão da evidente violação do direito ao silêncio, mas, fundamentalmente, da afetação da intimidade (art. 5º, X, da CF/88) e, em determinadas situações, em razão da afetação autêntica da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), penalizada pela tomada invasiva de provas.

6.2.7 Vedação da produção e utilização da delação premiada não espontânea

Inicialmente, soa estranho que se fale de “delação premiada não espontânea”. Contudo, a realidade impõe essa afirmação. E isso se dá em razão da má-utilização e vulgarização do instituto da delação premiada.⁸²⁷ Esse método “moderno” de investigação criminal é amplamente utilizado no cotidiano forense, ainda que esteja

⁸²⁶ Embora na jurisprudência brasileira venha sendo repelida a tomada invasiva de provas, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, como no caso de não admissibilidade de exame compulsório de DNA (HC 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), já houve caso de tomada de prova junto à vítima, com realização de exame de DNA, sem sua autorização, a fim de apurar possível crime de estupro (RCL 2.040/DF, 2002, Rel. Min. Néri da Silveira). Em www.stf.jus.br, acesso em 10.10.2010.

⁸²⁷ Na lição de Jacinto Coutinho, “Afina! (perguntou-se várias vezes) o que o Brasil deseja sobre delação premiada? Isso que está aí, sem regra e inconstitucional? E feita como se estivesse num balcão de negócios, com presos temporários sendo pressionados ao acordo ou ao engodo? Meio como um *contrato de adesão*... e condenação para sempre do delator, destinado a viver com medo de sua sombra? Enfim, até que ponto o Estado, por uma(s) pessoa(s) que o apresenta(m), pode garantir o cumprimento da sua parte e, de fato, proteger o delator, se for o caso para sempre?”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, p. 16, ago. 2010. Edição Especial.

carente de formalização adequada.⁸²⁸ Por intermédio desse expediente, o acusado ou suspeito que denuncia um crime e colabora, “espontaneamente”, com as autoridades investigativas ou de acusação poderá receber inúmeros benefícios, tais como a redução de pena, a aplicação de penas alternativas e até o perdão judicial.

Inicialmente, importa dizer que a ideia de um “direito premial” não é nova, como aponta o estudo de Mário Pisani.⁸²⁹ Recompensa e prêmio, faz muito tempo, acabaram por compor o mundo do Direito. Como referia Jhering, citado por Pisani, em Roma o direito premial chegou a ter precisão maior que o próprio direito penal.⁸³⁰ Ou ainda como referiu Pisani, citando Norberto Bobbio: “lo studioso torinese parla di ‘funzione promozionale del diritto’ nell’intento di cogliere e sottolineare – egli scrive – ‘uno dei aspetti rilevanti, e ancor poço studiati proprio in sede di teoria generale del diritto, delle nuove technique di controllo sociale, Che caratterizzano l’azione dello stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello stato

⁸²⁸ No Brasil, a delação premiada está prevista em diversas leis, como nos caso da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), ao prever a redução de 1 a 2/3 da pena, caso a colaboração espontânea resulte na elucidação do fato criminoso. Também é prevista na Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), podendo reduzir a pena de 1 a 2/3 e também acarretar o perdão judicial ou a aplicação de pena restritiva de direitos, caso a “colaboração espontânea” ocasione à apuração das infrações penais e de sua autoria, bem como a localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime. Também é prevista na Lei 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária), no art. 16, § único (Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). E também na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), no seu art. 41 (O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). E, ainda, com o mesmo teor, nas Leis 9.807/99 (Lei de Proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas). Também está prevista no § 4º, do art. 159 do Código Penal, no caso de extorsão mediante sequestro.

⁸²⁹ PISANI, Mario. *Studi di Diritto Premiale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010. Segundo Pisani, as obras de Melchiorre Gioia (*Del merito e delle ricompense*), de Giacinto Dragonetti (*Delle virtù e de' premio*), Diderot (*Essai sur le mérite et la vertu*), Benthan (*Teoria delle pene e delle ricompense*), bem como de Jiménez de Asúa (*La recompensa como prevención general. El Derecho Premial*), passando ainda por Serenella Armellini (*Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*) e Norberto Bobbio, atestam que a ideia de introdução de um direito premial compõe um cenário possível com o tradicional direito penal. Jiménez de Asúa chega a colocar o direito premial como “*contre-partie nécessaire du droit penal*”, numa espécie de direito complementar ao direito penal, inclusive como meio preventivo geral na luta contra o crime, afirmando que “La ciencia penal clásica y represiva se va retirando poco a poco y lleva em alma la conciencia del fracaso; hoy se lucha primeramente contra el crimen con medios preventivos, por qué no ensayar la recompensa como médio de profilaxis general? Nada hay en la justicia laudativa que haga suponer malos resultados; por ensayarla nada se pierde y puede ganarse mucho”. PISANI, Mario. *Studi di diritto premiale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, p. 262/263. E, ainda como exemplo histórico de direito premial, veja-se o caso do General Giuseppe Garibaldi, que recebeu uma pensão do governo italiano, em razão dos serviços prestados para a Unificação Italiana. Sem esquecer que, antes disso, ao deixar o exército rio-grandense, durante a Revolução Farroupilha, no Rio Grande do Sul, recebeu cerca de 500 reses, por ato do Presidente da República Rio-Grandense, o general Bento Gonçalves da Silva. CAPUANO, Yvonne. *Garibaldi*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007. p. 170-173.

⁸³⁰ PISANI, op. cit., p. 14.

liberale clássico: l'impiego sempre più diffuso delle tecniche di incoraggiamento in aggiunta a, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento".⁸³¹

Contudo, a delação não se constitui propriamente num prêmio para uma conduta nobre e ativa. Mas, efetivamente, numa premiação para o autor de um delito. Autor esse que, por sua deslealdade e traição para com os demais comparsas, receberá um prêmio, com a redução de pena, o perdão judicial ou a substituição por pena restritiva de direitos. Difere, pois, de uma ideia de premiação de comportamentos corretos, lícitos, éticos e elevados. Em que pese uma pretensa eficiência desse instrumento de "combate à criminalidade", mormente aquela de caráter econômico, o fato é que a popularização desse instituto está a ocasionar sérias distorções.

A começar pela suposta espontaneidade desse instituto. Na realidade, em muitas ocasiões, suspeitos e acusados são verdadeiramente "caçados" por órgãos da investigação, seja a Polícia, seja o Ministério Público. Não é raro que, à revelia da defesa técnica, o Ministério Público faça propostas ao acusado ou suspeito, a fim de que ele venha a delatar suas supostas atividades e outros indivíduos que seriam coautores ou partícipes do delito. Isso fragiliza a crença num Ministério Público minimamente imparcial. E, além disso, essa postura torpedeia, de forma violenta, a ampla defesa, fortemente estribada na defesa técnica. E acaba por afetar também as referidas leis que prevêm as ditas delações. A realidade é que se apresenta ao acusado um autêntico "canto da sereia", no qual ele literalmente confessa o que fez e o que não fez, mesmo sem provas, com o intuito de, via de regra, livrar-se da prisão.

Como se não bastasse, não é raro que, em nome da eficiência desse instituto, eficiência que levaria à Justiça, o suspeito ou acusado seja literalmente constricto à delação premiada. E isso se dá numa espécie de ritual. Um ritual de sadismo

⁸³¹ PISANI, op. cit., p. 15-16. Ou ainda como diz Mario Pisani: "Se è vero che con la mano sinistra ha inasprito le sanzioni e con la mano destra há elargito 'premi', o sconti di pena, ai collaboratori della giustizia, Il legislatore di questi ultimi anni trova però, comes'è visto, molti predecessori, dentro e fuori del sistema penale, e trova anche molti ispiratori, italiani e stranieri...Ma la simmetria, prima ancora, sta nei concetti e nelle funzioni. Come attraverso la pena Il legislatore minaccia un castigo a chi volesse accingersi ad una azione socialmente riprovevole, ovvero Il ruolo di sanzione (negativa), che, oltre al castigo, mira anche a distogliere dal comportamento oggetto di disciplina, per contro, attraverso Il premio (o sanzione positiva) il legislatore si propone di incentivare e di incoraggiare i comportamenti socialmente vantaggiosi". Ibid., p. 17-18.

acusatório, sem forma legal definida em lei, no qual indivíduos são “presos preventivamente”, têm os bens arrestados ou sequestrados com autorização judicial, suas residências são invadidas na primeira hora da manhã, por agentes armados que os despertam, tudo isso na frente dos seus familiares, seja para efetuar sua detenção, seja para apreender bens. E não raro sai o sujeito algemado do seu lar, para, logo após, ser mostrado para a imprensa. Está pronta a execração pública. Mas o espetáculo não para por aí, pois não é raro que o indivíduo suspeito ou acusado seja submetido a interrogatórios longuíssimos, nos quais são levadas ao extremo suas resistências físicas e psíquicas.⁸³² E, assim, não é incomum, tal como ocorria na Inquisição, que o sujeito confesse o que não fez, como também invente fatos e diminua ou aumente sua participação, a fim de obter benefícios no instante da aplicação da pena. Trata-se, pois, quase de uma extorsão processual.

É um instrumento que desequilibra, de forma brutal, o embate processual entre as partes. O poder que é ofertado para a acusação desequilibra o processo, pois é capaz de submeter, por completo, a defesa pessoal. O poder de pressão que a acusação dispõe com tal instrumento destrói um equilíbrio e uma igualdade que deveriam ocorrer entre as partes.

Outrossim, percebe-se que não raro é violado também o próprio princípio do contraditório, pois os corréus não têm acesso aos autos da delação e tampouco ao tipo de acordo que se estabeleceu. Como refutar, assim, o alegado pelo delator? Como comprovar a espontaneidade da delação? Como contraditar essa prova?

⁸³² É bem verdade que, em Portugal, de forma exemplar, a proposta de revisão de 2007 já previa um limite ao interrogatório. E isso se deu em razão de uma visão com características garantistas do processo. Como referiu Rui Pereira, a “última revisão pressupõe que não há, no processo penal, excesso de garantismo. Aliás, em si mesma, a expressão encerra até uma contradição. As garantias não são excessivas. O seu uso, esse sim, pode ser exagerado. Mas a resposta a situações de abuso não é a supressão ou restrição de garantias, é o sancionamento do próprio abuso (através, por exemplo, da rejeição liminar de recurso manifestamente infundados ou da aplicação de multas processuais). Assim, a Revisão de 2007 pretendeu alcançar uma maior celeridade processual, sem sacrificar as garantias de defesa”. PEREIRA, Rui. “Entre o ‘garantismo’ e o ‘securitarismo’: a revisão de 2007 do código de processo penal.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 250. Relevante, como dissemos, que o processo de revisão tenha estabelecido um limite de duração para o interrogatório. O prazo máximo é de quatro horas, com um interregno de 60 minutos e mais quatro horas no mesmo dia. No máximo oito horas por dia. No Brasil, não é incomum que interrogatórios durem 12 a 16 horas diárias, inclusive em Comissões Parlamentares de Inquérito.

Como exercer de direito e de fato as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88)?

Aqui, mais uma vez, assim como no caso dos agentes infiltrados, encobertos ou provocadores, o Estado lança mão de um instrumento violador da confiança entre os homens, um instrumento que se caracteriza pela traição, pela pressão, pela coerção psíquica para a sua perfectibilização.

Não podemos concordar, desse modo, com a delação premiada que não se verifica como espontânea, que não se deu às claras, após o suspeito ou acusado consultar um advogado, a fim de conhecer os seus direitos e as consequências de seu gesto. Mais ainda nos casos atuais, em que não há uma forma clara estabelecida em lei. E repelimos não apenas pela afetação da igualdade processual, não apenas pelo malferimento ao contraditório, mas, fundamentalmente, num prisma mais largo, pela violação da confiança.

Por certo que dirão ser esse um instrumento eficiente. Um instrumento capaz de alcançar a Justiça. Mas, como perguntou Mário Monte, a que preço? Um preço que, para nós, perverte uma sadia relação processual que deve ser equilibrada. Um preço que instaura, oficialmente, a quebra de confiança, a deslealdade, a traição, como método de investigação de Estado. Um preço que sinaliza, para os cidadãos, que a gravidade do delito se pode minorar pela delação, por “acordos com as autoridades”. Ou seja, podem delinquir, pois, se forem pegos ou considerados suspeitos, terão sempre a possibilidade de “negociar” com as autoridades reduções ou isenções de pena. Para nós, não há dúvida de que esse instrumental poderá instaurar uma metódica potencialmente corruptora e instigadora da prática delitiva.

E não se pode esquecer, como recorda Aires de Sousa, que Melo Freire, nas suas *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, advertia para o facto de ser merecedor de gravíssimas penas aquele que, nas perguntas feitas ao réu durante o processo, usasse de dolo, sugestões, concussões e promessas.⁸³³ Ou seja, a atuação desleal há de ser punida também quando objetiva a busca da verdade, por intermédio de

⁸³³ SOUSA, Susana Aires de. “Agent provocateur e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1217.

promessas vazias e genéricas, sem o devido esclarecimento.

Não se trata, mais uma vez insistimos, de voltar ao passado, mas sim de equilibrar garantias, eficiência e justiça no processo penal. Acima de tudo, e isso não se pode negar, a delação premiada é um instrumento meramente funcional. Um instrumento que se destina, via de regra, para aquela criminalidade mais aquilatada economicamente. Por isso, esse instrumento elitista é próprio de um sistema que privilegia sua adoção apenas em situações especiais e em crimes especiais, como nos casos de lavagem de dinheiro, de crimes tributários e de delitos relacionados ao comércio de estupefacientes.

Tudo isso reduz a legitimidade desse instituto, afetando, por via de consequência, sua pretensa eficiência e justiça.

Com isso que afirmamos, não repelimos a possibilidade de obtenção de benefícios em razão da confissão do acusado. Não é raro que a confissão não seja uma simples estratégia da defesa, mas uma imposição moral para o acusado. Ela se impõe, em certas ocasiões, como um dilema moral e ético. Por isso, jamais iremos repelir a confissão, até como adoção efetiva de um direito premial.

Porém que isso se dê após a assistência de um advogado, com todas as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como que sejam perfeitamente claros os benefícios em razão de tal conduta.

Não estamos, pois, a negar que a confissão do arguido, assistido pelo advogado, perante o juiz, não se possa fazer. Conforme salienta Paulo Pinto de Albuquerque, essa é uma realidade aceite em todos os quadrantes, daí inclusive a possibilidade de um processo abreviado ⁸³⁴, o que não seria desprezível, embora discutível do ponto de vista das garantias. Porém, que o Estado não se utilize de meios de coação para pressionar o acusado a confessar o que fez e o que não fez, o que os outros fizeram e não fizeram, com o interesse, muitas vezes, abjeto, de

⁸³⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. "Os princípios estruturantes do processo penal português: que futuro?" In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 437. Segundo o autor, é assim em toda a Europa, inclusive por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Caso Dikme v. Turquia e Magee x Reino Unido, ambos em 2000).

obter apenas vantagens processuais, por intermédio da traição, da delação, da violação da confiança e da mentira travestida de verdade.

Não haverá, aí, equilíbrio capaz de sustentar uma ideia sadia de eficiência, capaz de alcançar a justiça de forma legítima, a partir de garantias claras.

6.2.8 Vedação da produção e utilização de meios de provas violadores da intimidade como *prima ratio* frente ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988

Conforme viemos referindo, a intimidade e a vida privada⁸³⁵ são valores ou bens jurídicos defendidos na quase totalidade dos países de cariz democrático.⁸³⁶

Porém, é inegável que, em situações especiais, o Estado não terá outra alternativa para investigar, senão utilizar-se de instrumentos violadores da intimidade e da vida privada, mormente naqueles casos de crimes graves e violentos, tais como o tráfico de drogas, a criminalidade organizada, o terrorismo, os delitos sexuais, etc.

Também é uma semelhança visível em todos os ordenamentos democráticos

⁸³⁵ Como salienta Paulo José da Costa Júnior, a pessoa possui uma personalidade com duas esferas, uma particular ou privada, na qual pretende desenvolver seus interesses como indivíduo e outra, que poderia ser chamada de individual, na qual desenvolve seu interesse na vida de relação. No primeiro caso, trata-se da intimidade, no último, trata-se do direito ao nome e reputação digna. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano, 2004. p. 27-28.

⁸³⁶ Assim é no Brasil (Art. 5º, X, da CF/88): "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." Também tratam de intimidade os incisos XI (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial) e XII (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal). Na Alemanha, segundo Roxin, a vigilância acústica domiciliar, ou seja, a audição de conversas em casas ou residências privadas nunca foi admitida. Porém, o legislador resolveu por modificar a Constituição e, em 1998, acabou por prever tais medidas. O Tribunal Constitucional considerou parte dessas medidas inconstitucionais, pois deveria limitá-las aos casos mais graves e de modo a não ferir o núcleo fundamental da intimidade da vida privada. Esse núcleo seria protegido pela dignidade da pessoa humana, protegida pela Constituição, especialmente para que o cidadão pudesse exprimir fenômenos pessoais, como sensações, sentimentos, pensamentos, opiniões e vivências altamente pessoais, sem receio de que as autoridades estatais o vigiassem, para tanto necessitaria de um domicílio privado, como uma espécie de último refúgio. ROXIN, Claus. "Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 394. No Brasil, a Lei 9.034/95, que trata do combate ao crime organizado, dispõe sobre a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial (inciso IV, do art. 2º).

que essa medida deve ser necessária, adequada e proporcional. Portanto, a medida violadora da intimidade, tolerada pelos ordenamentos jurídicos democráticos, seja uma interceptação telemática ou uma quebra de sigilo bancário ou de telecomunicações, nunca deve ser a primeira ação perpetrada pela investigação ou acusação.

Ademais, há de ser uma medida sob controle judicial e subsidiária, só após a tomada de outras provas ou indícios, ou ainda no caso de impossibilidade de atingimento desses atos de investigação.

Para além disso, não se pode aceitar que uma prova produzida diretamente a partir da violação da intimidade seja a única prova ao dispor do juiz para efetivar um juízo condenatório. E isso se dá pela notável capacidade manipulatória da prova produzida nas investigações violadoras da intimidade, em geral secretas.

Tolerar que um juízo condenatório se legitime por intermédio de uma prova violadora da intimidade decorrente de uma mera vontade do órgão acusador ou investigador é o que não se pode fazer no atual quadrante histórico.

A tendência natural seria a fabricação de indícios, forjados em denúncias anônimas, para que posteriormente fossem solicitadas as medidas judiciais autorizadas das coletas de prova violadoras da intimidade.

Com o propósito de refutar uma ideia assim, é que se deveria afastar do processo judicial ou impedir que se produzisse, nesse processo, qualquer prova violadora da intimidade como *prima ratio*.

Assim se preservaria não apenas o rol de garantias protetoras da intimidade e da vida privada, mas, fundamentalmente, dar-se-ia eficiência ao sistema processual penal.

E a eficiência decorreria justamente da higidez e relevância dessa prova violadora da intimidade, mas conseguida de forma subsidiária, proporcional, adequada ao fim proposto e devidamente fundamentada pela autoridade judicial.

Seria reduzida, dessa maneira, a natural desconfiança que caracteriza o surgimento de medidas gravosas à intimidade, como violadoras do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Medidas que, por exemplo, decorrem de denúncias anônimas ou daquelas situações em que, sem maiores delongas ou esforços, a autoridade investigatória solicita, como primeira medida, uma autorização para violar a intimidade ou a vida privada, como interceptações telefônicas, escutas ambientais, infiltração de agentes (o que repelimos), quebra de sigilos telemático ou fiscal etc.

E tudo isso sem que ocorra a demonstração clara, inequívoca e incontestável, de indícios da autoria do delito. Simplesmente o que se faz, não raro, é devassar a vida da pessoa, a fim de se “sair à caça” de indícios e provas. Uma espécie de retorno ao direito penal do autor, em detrimento de um direito penal do fato.

Não se pode, pois, em nosso sentir, tolerar que a medida violadora da intimidade ou da vida privada seja a primeira medida a ser utilizada na investigação criminal, sob pena de se banalizar, sem sombra de dúvidas, a restrição de garantias fundamentais.

Aqui, também, se poderá ouvir a afirmação de que assim se estará impedindo a devida investigação criminal, haja vista que, em algumas situações, especialmente nos casos de terrorismo, criminalidade organizada e crimes econômicos, dificilmente serão obtidos indícios antes de atos de investigação violadores da intimidade.

Poder-se-ia afirmar, sem receios ou tergiversações: eis o ônus de um Estado Democrático de Direito. Eis o ônus de uma sociedade que pretende que os órgãos de investigação não tutelem a magistratura sob o pretexto do combate à criminalidade. Um ônus duro e severo, dirão alguns. Talvez injusto em algumas situações específicas. Mas um ônus necessário, caso efetivamente queiramos um controle constitucional, democrático e ponderado sobre as restrições de garantias.

É preciso que se entenda que “existe um dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade certos meios de investigação criminal. A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito

pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas nas leis podem ser transpostos (ATC, 22 (1992), p. 349, BMJ 425 (1993), p. 179 e AC 607/03, de 5/12)".

Todavia, a realidade atual é que, por intermédio de denúncias anônimas ou, por vezes, sem outros indícios, simplesmente por notícias de jornal, a intimidade e a vida privadas dos cidadãos são devassadas, para que então sejam buscadas as provas que irão estruturar as denúncias e, não raro, os juízos condenatórios.

Ou seja, não são os indícios de autoria ou a prova da materialidade de um delito que estão a justificar as autorizações de medidas mitigadoras da intimidade e da vida privada, mas essas medidas que estão a instrumentalizar, sem outro arrimo, a busca de provas no processo penal. Uma inversão absoluta na avaliação das garantias fundamentais.

E uma inversão que está a fragilizar, em muitas situações, a crença na Justiça e no funcionamento do sistema processual penal. Isso em razão de que algumas dessas medidas, por vezes, são repelidas, seja por descumprimento da Lei ou de Constituições que zelam pela intimidade, gerando a cassação dessas decisões. O resultado é que se incrementa a sensação de impunidade, debilitando esse sistema. E assim não apenas as garantias são violadas, mas também aquelas ideias de eficiência e justiça acabam abaladas e desmoralizadas.

6.2.9 Vedação da utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico para a aceitação da prova ilícita ou da prova ilícita por derivação em desfavor do acusado ou suspeito e o art. 5º, LVI, da CF/88

Na atualidade, há uma tendência poderosa de utilização do princípio da proporcionalidade para a viabilização de uma prova ilícita ou derivada da ilícita contra o réu.⁸³⁷

⁸³⁷ Nesses mesmos termos: CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes. "O sigilo e a

Isso decorre, via de regra, de uma noção que coloca o cumprimento da justiça penal ou da proteção penal como um valor constitucional, de forma que a prática de delitos autorizaria, em determinadas circunstâncias, o cerceamento de garantias por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o pretense alcançamento da justiça, legitimaria, por uma questão de eficiência, a diminuição de garantias e a conseqüente adoção de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas, pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Isso, por certo, redundaria, no plano fático – e, aqui, não se pode esquecer, mais uma vez, a afirmação de Costa Andrade, de que em matéria de proibição de prova há uma tensão para a concretude dos fatos⁸³⁸ -, em que a conquista de certos limites à descoberta da verdade material e à perseguição penal, como salienta Aires de Sousa, “tem vindo a ser questionada por aqueles que, com base no reconhecimento da eficácia funcional da justiça penal enquanto bem jurídico de dignidade constitucional, têm advogado o sacrifício dos direitos fundamentais, máxime da intimidade privada, em sede de produção e valoração da prova, na luta contra a criminalidade mais grave e em nome da justiça penal, segundo um princípio de ponderação de interesses. A ideia de que a preservação de uma justiça criminal eficaz constitui um elemento do próprio estado de direito tem vindo a acentuar-se como forma de luta contra a criminalidade mais grave, conduzindo, segundo Hassemer, criticamente, a uma ‘dramatização da violência’, ‘convertendo tendencialmente o delinqüente em inimigo e o direito penal em direito penal de inimigos’. Com efeito, enquanto expressão de um Estado de Direito, o *jus puniendi* há-de aparecer perante o delinqüente como um poder dotado de superioridade ética, como expressão das suas mãos limpas, como refere Radbruch. Neste sentido, a protecção dos direitos fundamentais manifestada no regime das proibições de prova, não tutela apenas o seu titular mas a própria credibilidade, reputação e imagem do

prova criminal.” In: FERNANDES, Antônio Scarance (Org). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008. p. 107. O Projeto de Lei 156/2009, que propõe a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, em sua Exposição de Motivos, ressalta a adoção da proibição do excesso e do princípio da proporcionalidade, como desdobramento do Estado Democrático de Direito. In: www.ibccrim.org.br. Acesso em 28 de agosto de 2010. Contudo, ainda prevê adoção de prova derivadas das ilícitas em desfavor do réu, prisões de ofício, etc, na contramão da própria Exposição de Motivos.

⁸³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 115. Prova disso é a teoria do Tribunal Constitucional Alemão, acerca dos três graus, a fim de permitir ou não a valoração de provas. Ibid.

Estado de Direito”.⁸³⁹

E tal fato, por certo, de forma tópica, foi influenciado pela realidade alemã, bem dissonante, em matéria de garantias factuais e reais, da realidade brasileira. Aliás, sobre a questão da flexibilização dos direitos individuais na realidade alemã, refere Costa Andrade que à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade. Este é o entendimento a que o BGH se tem mostrado fiel e que conheceria com a decisão do *primeiro caso do Diário (Tagebuchfall, 1964)*, que veda a valoração de diários pessoais e íntimos apenas quanto atributo da personalidade, mas não quando trata do registro de crimes e de vítimas.⁸⁴⁰

Conforme Costa Andrade, a tal ponto chegou a doutrina da ponderação, que autores como Grünwald, Hassemer, Wolter ou Amelung vêm pondo em evidência que um pensamento assim, para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de Direito, só seria possível em nome de uma compreensão de direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico.⁸⁴¹

Por isso, a relevância do que diz Hassemer, referido por Costa Andrade, de que é “importante e actual tornar a ideia de indisponibilidade familiar e operante no seio da política e da ciência do processo penal. E, à sua luz, começar uma discussão sobre quais os valores que verdadeiramente definem a nossa *RechtsKultur* e que, como tais, mesmo na hora da necessidade, devem ser

⁸³⁹ Tudo em SOUSA, Susana Aires de. “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1212.

⁸⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28. Em tais situações, o Tribunal Federal se pronunciou abertamente por um princípio geral de ponderação que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar seu sacrifício. *Ibid.*, p. 29. Da mesma forma, deve-se ao Tribunal Constitucional a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 30.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 28.

defendidos como indisponíveis”. Como salienta Costa Andrade, essas são exigências que o ‘estado-de-necessidade-de-investigação’ (Ermittlungsnotstand), que tem marcado o cotidiano mais recente, torna, afinal, mais instantes.⁸⁴²

Mais uma vez, o que se depreende é a tentativa de transposição, irrefletida, de uma realidade bem diferente e incomparável com a realidade brasileira, pródiga na violação de garantias e de direitos humanos fundamentais, que, de maneira contraditória, encontram-se protegidos formalmente na Constituição e nas leis.

É muito comum que um número sem par de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas sejam aceitas por intermédio de inúmeras motivações, desde a afirmação do caráter não absoluto dos princípios, o que não é incorreto, até a afirmação de “abuso de garantias fundamentais”.⁸⁴³

⁸⁴² Ibid., p. 36.

⁸⁴³ Expressão usada por ÁVILA, Thiago Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 211. No entanto, ao tratar do tema o autor enfrenta o problema da gravação de conversa entre vítima e autor do delito de extorsão, aduzindo haver aí uma exacerbação na defesa da intimidade (art. 5º, X, da CF/88). Mas aí não nos parece que haja qualquer ilicitude da prova, no instante em que se verifica, na verdade, a prática de um delito contra aquele que efetiva a gravação. Trata-se, pois, de uma conduta ilícita, combatida por uma outra conduta não proibida pelo direito e não atentatória contra a intimidade. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, nesse caso referido pelo autor, entendeu pela legalidade da gravação efetuada pela vítima (HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim). Diferente, para nós, é a situação em que a gravação da conversa é feita por terceiros. Nessas situações, por certo, é preciso um apuro maior. Aí não é a vítima que diretamente está a se proteger de uma conduta criminosa. Portanto, se aí há uma intervenção da autoridade da investigação (polícia ou Ministério Público), orientando ou aconselhando um dos interlocutores à prática da gravação, a figura que se pode dar, de fato, é a do agente provocador ou infiltrado, de forma analógica, o que poderá contaminar, ao fim e ao cabo, a higidez desse material probatório. Embora, no Brasil, seja corriqueira a adoção de gravações por particulares e por parte dos órgãos de imprensa, o fato é que essa prática vem despertando sérios questionamentos em âmbito judicial, em razão da utilização de autênticos “flagrantes preparados” pelas autoridades, o que afrontaria a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Ocorre, entretanto, que a gravação por terceiros já foi admitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que, em caso de crime contra a administração pública, estaria a ocorrer uma legítima defesa de terceiro e não uma conduta ilícita (HC 74678 – STF, Rel. Min. Moreira Alves). Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a gravação de conversa entre particulares, sem que um tome conhecimento de que está sendo gravado pelo outro, sob a alegação de que se trata do exercício de defesa (AI 503.617/PR, Rel. Min. Carlos Velloso). Não se pode relevar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal considerou legal conversa entre policiais e presos sobre determinado delito, em que o preso atribuiu responsabilidade a terceira pessoa (HC 69.818 JSTF 224/235). E, como se não bastasse, o Superior Tribunal de Justiça vem aceitando, pacificamente, gravação de conversa por um dos interlocutores (STJ – HC 4654/RS). Decisões em www.stf.jus.br. Trata-se, pois, de reafirmar aquilo que dissemos. Sempre se haverá de averiguar, e aí a tendência dessa questão para os casos concretos, sobre a inexistência de delito forjado, preparado ou esperado por parte da vítima. Em caso de não ocorrência, não nos parece sequer que tenha havido adoção de uma prova ilícita ou derivada da ilícita a exigir a chamada do princípio da proporcionalidade, quando a vítima de um delito está a efetuar uma gravação. Diferente é a situação da gravação de uma simples conversa ou consulta sobre determinado ato, na qual aquele que grava não é vítima e se utiliza desse material para

No entanto, é visível que essa relativização na abordagem do problema da prova ilícita causa também efeitos perversos não só para aquela garantia que veda a prova ilícita ou aquela que é dela derivada, como também ao equilíbrio que deve pautar a relação processual.

A adoção pura e simples do princípio da proporcionalidade como cânone interpretativo para a aceitação da prova ilícita ou derivada da ilícita (as quais já refutamos anteriormente) em desfavor do acusado, desequilibra o jogo processual e praticamente anula a igualdade entre as partes.⁸⁴⁴

E isso se dá não em razão de uma desvalia do princípio da proporcionalidade⁸⁴⁵, mas em razão de que sempre se poderá alegar, em favor da acusação, a gravidade do delito, a emergência da questão criminal, a verdade real, a busca da justiça, o combate à impunidade, o fato de que a prova poderia ter sido conseguida de outra forma, a inevitabilidade da prova, além da necessidade da medida, da adequação, como argumentos sólidos em busca da aceitação da prova ilícita ou derivada da ilícita. Ou seja, primeiro será efetivada a prova derivada da ilícita e, posteriormente, por um raciocínio silogístico, será fundamentada a sua aplicação, em nome de um sempre necessário enfrentamento da criminalidade ante

efetuar denúncias contra o gravado. Nesses casos, pensamos que o ardil e o engodo não devem ser aceitos, nem sob a alegação da chamada relevância jurídica. Tolerar esse sem fim de gravações entre interlocutores, de forma privada, é afirmar uma constrição não razoável da intimidade, uma inflexão de garantias inaceitável, mesmo à luz da proporcionalidade, bem como permitir a promoção de uma cultura jurídica meramente efficientista, mas sem legitimidade e garantias. Em sentido semelhante é a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira, ao afirmar que “quando um dos interlocutores promove a gravação da conversa sem o conhecimento do outro, a ilicitude não ocorrerá, efetivamente, do fato da gravação...Evidentemente, a gravação clandestina feita por terceiros já é, ela mesma, ilícita; não só a gravação, mas também a escuta (pessoal) da conversa sem a autorização dos interlocutores, ainda que por ele não fosse gravada...” “Então, para que seja válida a revelação da gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, é necessário que esteja presente situação de relevância jurídica a que poderíamos chamar de justa causa, conforme se vê, por exemplo, no art. 153 do CP, no qual se estabelece ser crime a divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, sem justa causa.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 360.

⁸⁴⁴ Relevante ainda acerca da proporcionalidade no processo penal, o artigo de MORAES, Maurício Zanóide de. “Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira.” In: FERNANDES, Antônio Scarance (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008. p. 29-55.

⁸⁴⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade e suas origens: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. E também GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003. Em Portugal, o art. 18 da Constituição da República traça os limites das medidas restritivas de direitos fundamentais.

a realidade concreta ou em nome da realização efetiva da Justiça penal.

Estabelece-se, assim, um mecanismo perverso de derrocada de uma garantia fundamental, um mecanismo de extrema eficiência instrumental, mas de escassa legitimidade democrática e constitucional.

Não se pode negar que o argumento do princípio da proporcionalidade, seja no seu viés da proporcionalidade em sentido estrito, da adequação ou da necessidade, é sedutor. E é sedutor, pois sempre poderá trabalhar as excepcionalidades das situações.

No entanto, como salienta Gomes Filho, essa realidade “conduziria a uma sistemática violação da presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas”.⁸⁴⁶

Mas, além disso, para além da desigualdade processual, para além do desequilíbrio processual e da violação da presunção de inocência, o mais grave seria a decorrência subsidiária dessa adoção do princípio da proporcionalidade: a adoção de um mecanismo permanente de flexibilização e redução de garantias, das proibições de prova e, especialmente, do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

A vedação constitucional da utilização da prova ilícita vem sendo, paulatinamente, fragilizada pela adoção do princípio da proporcionalidade, como mecanismo de sopesamento. Uma vez adotado um critério assim no âmago de um processo penal, que nada mais é do que o retrato do *status* institucional e constitucional de um país, o que se daria seria a implementação de uma cláusula aberta de restrição permanente de garantias. Uma metódica própria de um regime que não se aperfeiçoa como democrático no instante em que torna uma constante a privação e a restrição de garantias fundamentais, mormente através de atos ilícitos ou derivados de ilícitos.

⁸⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 106.

O custo decorrente dessas medidas seria demasiado para a efetiva construção de um processo supostamente democrático. A eficiência que se alcançaria com a adoção da prova ilícita ou derivada da ilícita para a obtenção da verdade seria anulada pelo apequenamento das garantias e, por conseguinte, pela adoção de um processo penal sem o vigor de justiça exigido num mundo contemporâneo.

Portanto, daí advém a relevância da refutação da proporcionalidade como mecanismo de relativização das garantias fundamentais para a adoção de uma prova ilícita ou ilegítima em desfavor do acusado ou suspeito.

É preciso manter um núcleo duro e respeitável em matéria de garantias, mormente quando se trata, via de regra, da figura mais fraca da relação processual, o acusado.

6.2.10 Vedação da produção e utilização de prova testemunhal sem devido processo e contraditório pleno à luz do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988

Em que pese a reconhecida “fragilidade” da prova testemunhal, não se pode negar que essa espécie de prova, quando confiável e escoreita, possui um poder inegável de convencimento.

A testemunha visual de um fato criminoso é, via de regra, essencial para apontar a autoria ou para elucidar, por exemplo, se a ação tida como criminosa se deu ou não sob o abrigo de uma excludente de ilicitude, como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

Contudo, não é incomum que muitas declarações ou depoimentos em fase pré-judicial ou em fase judicial, mas sem as garantias do devido processo e do contraditório, sejam utilizadas em desfavor do réu, numa completa afronta aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88).

Em geral, a relevância desses depoimentos, que depois acabam não confirmados em juízo ou com as garantias do devido processo e do contraditório, acaba por ser escamoteada na sentença, mas termina por concretar, na psique do magistrado e na realidade processual, um juízo desfavorável ao réu.

Assim, o julgador passa a trabalhar com um preconceito de tese, não partindo de provas e indícios para chegar à conclusão, mas partindo de um “pré-conceito” de tese e de um “pré-juízo” para sair em busca de elementos de prova para coadjuvar a sua posição pré-concebida.

Trata-se, pois, de uma medida que afronta o devido processo legal e também o contraditório, pois não permite que se decida com base numa prova legítima, construída sob o crivo dessas garantias fundamentais.

Como advertem Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Gomes Filho, é essencial a presença do juiz e das partes na produção e na discussão das provas, a fim de que elas tenham validade.⁸⁴⁷ Mas não só. Para nós isso é fundamental para que as provas tenham validade, legitimidade e eficiência, pois através de uma prova testemunhal escorregia é que se poderá edificar uma decisão justa e que respeite as garantias fundamentais.

E aqui é que se deve atentar para o inevitável problema da oitiva de testemunhas e do interrogatório a distância, por intermédio de processos eletrônicos e de videoconferências.⁸⁴⁸

⁸⁴⁷ Como afirmam os referidos autores, quando tratam da prova testemunhal: “Por outro lado, a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada em diversos aspectos, que se podem assim resumir: a) proibição da utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova. Em última análise, tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes. A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção das provas é essencial à sua validade.” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 146.

⁸⁴⁸ Importante é ressaltar que o Código de Processo Penal brasileiro, no seu art. 217, prevê a possibilidade de oitiva de testemunha por videoconferência, caso a presença do réu possa causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento. Essa alteração legislativa, com a introdução da possibilidade de videoconferência, surgiu em 2008, com a Lei 11.690, que deu nova redação ao dispositivo citado.

Por certo que o transporte de presos para diversas partes do território de um país causa custos elevados. Porém, assistir à audiência é um direito do preso, a fim de que possa contribuir com o pleno direito de defesa, consistente na defesa pessoal, que deve também auxiliar a defesa técnica.

Quem vivencia a realidade palpitante do mundo jurídico e forense sabe a relevância, para a defesa técnica, da figura do acusado ao seu lado, dando-lhe sugestões e orientações sobre os testemunhos prestados em Juízo. Essa interface e imediatidade constante e ininterrupta entre defensor e acusado é vital para um pleno e amplo direito de defesa, com as garantias do contraditório.

Por isso, quer nos parecer que poderá haver danos para o pleno exercício do direito de defesa e também para o contraditório, em razão da oitiva de testemunhas por videoconferência ⁸⁴⁹, caso não se respeite um contato prévio, constante e ininterrupto entre defensor e acusado.

Contudo, apesar do risco, a oitiva de testemunhas por videoconferência nos parece inevitável, inclusive como meio de aceleração dos feitos criminais nos casos de prova testemunhal ouvida em comarcas que não sejam aquelas de tramitação dos referidos processos. Haverá aí, sem dúvida, um ganho inegável de eficiência,

⁸⁴⁹ Sobre o interrogatório de preso por videoconferência, a Lei brasileira dispõe, no seu art. 185, § 2º, o seguinte: Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública. § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência... § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”. Assim, nos parece claro que ainda mais prejuízo poderá ocorrer no caso de interrogatório a distância, por videoconferência, em razão da separação e ausência de interação entre acusado e defesa. O simples contato prévio, antes do ato, além de não garantir a total intimidade e sigilo que o deveria caracterizar, afasta aquela imediatidade fundamental nessa relação. Até em razão de que não é incomum que, em muitos casos, esse contato se dê por via telefônica, na sala do juiz e, não raro, em sua presença. Tudo a transformar a entrevista prévia e reservada em autêntica fantasia processual. Desse modo, quer nos parecer que o interrogatório por videoconferência só irá frutificar com a concordância do réu, em razão do prejuízo de monta que poderá sofrer, com a afetação de princípios e garantias constitucionais.

que poderá respeitar garantias, a fim de alcançar uma autêntica justiça.

Assim, num processo que se pretende eficiente e justo, a justiça só poderá ser alcançada com enlevo se forem respeitadas as garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo na coleta da prova testemunhal.

Devem, pois, ser repelidos aqueles depoimentos ou informações prestadas em fase inquisitorial, exceto para subsidiar o oferecimento ou não da ação penal. Aliás, tais provas, uma vez utilizadas para o oferecimento da ação penal, deveriam ser desentranhadas dos autos, sob pena de contaminarem a independência e a imparcialidade do julgador, mormente quando esse julgador pode tomar medidas cautelares em favor ou desfavor do réu.

Dessa forma, seriam respeitadas todas as garantias constitucionais, sem prejudicar a eficiência do processo penal, tendo em vista que tais provas poderiam ser reproduzidas em juízo, com as garantias antes referidas. Tudo isso como meio capaz de fazer crescer a justiça e a legitimidade das decisões judiciais.

6.3 Eficiência, presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e os requisitos e fundamentos da prisão preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal

O cerceamento da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da condenação criminal sempre é uma medida gravosa. Uma medida que, ao longo da história, foi objeto de acirrada crítica por inúmeros pensadores.⁸⁵⁰ Porém, em que pese a gravidade e o radicalismo desse procedimento, tais medidas são inevitáveis e necessárias, em algumas situações.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ Sobre tais críticas, especialmente de Voltaire, Beccaria, Bentham, Filangieri, Carrara e Diderot, ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2006. p. 507-511.

⁸⁵¹ Por isso, num aspecto relevante, não podemos concordar com Ferrajoli, quando fala da ilegitimidade do encarceramento preventivo e fala de um processo sem prisão preventiva, ao menos no atual momento histórico. *Ibid.*, p. 511-517. A crítica de Ferrajoli, entretanto, nos faz aprofundar a discussão do problema. Basta observar que, em fins de 2009, existiam cerca de 175.000 presos no regime fechado, no Brasil. E, de forma desproporcional, cerca de 151.000 presos provisórios. Tudo isso, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, retirados de www.mj.gov.br. Ou seja, há uma relação que é quase de um preso provisório para cada preso

Como antes afirmou Faria Costa, onde há sociedade, há crime e, onde há crime, impõe-se a atuação do direito penal e da forma mais gravosa de sua intervenção, o cárcere. Oxalá, no futuro, as gerações vindouras olhem para trás e qualifiquem a realidade que ora enfrentamos como radical e bárbara. Oxalá se consiga, um dia, acabar com o cárcere. Nos dias atuais, entretanto, uma medida assim nada mais seria do que, para além de uma utopia, talvez muito sadia, uma rematada temeridade. E, de forma mais incisiva, seria uma medida que poderia redundar, de forma incontestável, na ineficiência absoluta do ordenamento jurídico-penal, ainda mais quando se leva em conta a complexidade da criminalidade dos tempos atuais. Uma eficiência que afastaria a ideia de justiça e, por via de consequência, em movimento de reversão, acabaria, logo adiante, por enfraquecer as próprias garantias penais.

Um ordenamento jurídico-penal eficiente e justo exige, por conseguinte, no atual quadrante histórico, a previsão das prisões cautelares. Porém, como estamos a sustentar, desde o princípio, essa medida eficiente e que, ao fim e ao cabo, objetiva preservar a verdade e a justiça por intermédio de um processo justo, ético e correto, há de estar estruturada sob o manto protetor de garantias claras e solenes, de forma que tais medidas sejam concebidas apenas em situações absolutamente

no regime fechado, o que demonstra uma certa letargia da Justiça, mas, também, a profusão de medidas cautelares pessoais. Daí a relevância da alteração proposta no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/2009) e que se implementou de fato e de direito com a Lei 12.403/11, ao prever que a prisão antes do trânsito em julgado deverá ser a última medida colocada ao dispor do juiz, apenas cabível nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se o paciente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; ou ainda se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ademais, a alteração legislativa abriu uma nova gama de medidas cautelares ao dispor do juiz, deixando evidente o caráter subsidiário das prisões cautelares. Dentre as medidas cautelares alternativas, referidas no art. 319 do Código de Processo Penal, estão a fiança (como novos valores, bem mais elevados), recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, comparecimento periódico ao juízo, proibição de manter contato com determinada pessoa, internação provisória no caso de semi-imputabilidade ou inimputabilidade. E, além disso, é de repercussão também a previsão expressa da prisão em flagrante como prisão pré-cautelares, afastando a “velha tese” de que o flagrante deve prender por si só. Nesse diapasão, o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal assevera que o magistrado deverá relaxar a prisão, se ilegal, ou decretar a prisão preventiva, caso presentes os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal. Com crítica semelhante, nesse sentido, LOPES JÚNIOR, Aury. “Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, p. 7, ago. 2010. Edição Especial.

necessárias, excepcionais e subsidiárias, o que ficou ainda mais marcado com a alteração recentemente produzida no Código de Processo Penal brasileiro.

Portanto, a partir da noção de eficiência que pugnamos por erigir, há de se aceitar as prisões cautelares, apenas e tão somente naqueles casos de conexão evidente entre a medida e a necessidade do processo penal. Ou seja, a prisão, antes do trânsito em julgado, há de ser meramente instrumental, não se podendo transformar em execução provisória da pena ou em antecipação da pena.⁸⁵²

Daí o motivo pelo qual sempre se deve confrontar, à luz do panorama atual, ainda mais quando se estrutura uma ideia de eficiência que atenta para garantias e para a ideia de justiça, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) com a prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.⁸⁵³

⁸⁵² Embora a Lei 12.403/11 não tenha trazido tais hipóteses, tais sugestões estão a ser vivamente defendidas no Congresso Nacional. O próprio projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, que vem sendo retalhado em alterações pontuais, dá um passo decisivo na adoção de penas antecipadas, por consenso, com processos abreviados e dispensa de prova. Esse fato, sem dúvida, dará um poder de barganha ainda maior aos órgãos de acusação, para quem parece ser construída boa parte da reforma processual penal, especialmente em casos assim, alheios ao princípio acusatório. Trata-se, sem dúvida, de buscar um aumento da chamada justiça consensual no processo penal, conforme refere FERNANDES, Antonio Scarance. "Os procedimentos no Código Projetado". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, p. 6, ago. 2010. Edição Especial.

⁸⁵³ A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, manteve os mesmos elementos da prisão preventiva, dispondo que ela poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, por sua vez, dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A jurisprudência do STF oscila, ora falando em presunção de inocência (HC 81.685; HC 80830; HC 81946), em não culpabilidade (HC 80.719; HC 80.096-3), mas aduzindo sempre a impossibilidade de execução provisória da pena ou sua antecipação (decisões em www.stf.jus.br, acesso em 11.12.2010). Assim, só se admite a prisão processual, antes do trânsito em julgado, no caso de ocorrência de motivação cautelar. De outra parte, a Constituição também prevê, no seu art. 5º, LXI, que "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." Dessa maneira, além do flagrante, previsto no art. 301 e ss do Código de Processo Penal, que em verdade é uma prisão pré-cautelar, que deve ser homologada ou não pelo juiz, para posterior decreto de prisão preventiva, caso haja necessidade, o cerceamento da liberdade antes do trânsito em julgado só se pode dar pela prisão temporária ou pela prisão preventiva. A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89. Trata-se de prisão que se pode dar apenas durante a fase preliminar de investigação, antes da denúncia criminal (ação penal), caso seja imprescindível para o inquérito policial (art. 1º, I) e caso haja fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do investigado no rol de delitos previstos na lei (art. 1º, III). O inciso II, do art. 1º, da referida lei, é meramente contingente, sendo irrelevante, pois faz menção ao fato do indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para a sua identificação. Tal fundamento é irrelevante, pois, mesmo um indiciado com residência fixa, pode estar a conturbar a investigação, por exemplo, corrompendo testemunhas, o que tornaria necessária a prisão, por ser imprescindível, caso houvesse fundada suspeita de autoria ou participação. Contudo, o foco a que devemos atentar diz respeito à prisão preventiva, pois nos parece que a ideia de eficiência se vê afetada também aqui, nessa forma de prisão prodigalizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso em razão de que sempre o cerceamento da liberdade, antes do trânsito em julgado, estará a exigir um requisito (*fumus commissi delicti*) e um fundamento (*periculum libertatis*).⁸⁵⁴ O primeiro a ponderar indícios claros de autoria ou participação em um fato criminoso. A probabilidade de existência de um delito. O segundo, a motivação jurisdicional acerca da necessidade, da proporcionalidade, da subsidiariedade, da imprescindibilidade, da eficiência do cerceamento da liberdade. E aí, no caso do *periculum libertatis*, podemos referir aquelas situações de ameaça à instrução processual, por intermédio da corrupção e coação às testemunhas, da destruição de provas, da “fabricação” de provas ou ainda naquelas situações em que haveria uma ameaça para a aplicação da lei penal, nos casos de indícios concretos de fuga do acusado. Apenas nessas situações é que se poderia permitir, antes do trânsito em julgado, o cerceamento da liberdade de um cidadão. E, diga-se de forma clara, apenas enquanto tais motivos persistissem. Isto é, uma vez coletada a prova ameaçada, uma vez comparecendo o réu em juízo, uma vez preservada a limpidez da instrução processual, o cerceamento da liberdade deveria desaparecer, em nome da provisionalidade da medida restritiva de liberdade. Nessas situações – garantia da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal – não se pode negar, há de se aceitar o cerceamento da liberdade, pois os fins são evidentemente instrumentais.

O mesmo não se pode afirmar naquelas hipóteses de prisão em razão da gravidade abstrata do delito, da ordem pública, do clamor público, da integridade das instituições, da ordem econômica, do risco de cometimento de novos delitos, tudo são argumentos que não referem, de forma expressa, uma relação com o processo penal. Aliás, são argumentos que violam o princípio fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e instituem uma presunção de periculosidade, como naquelas situações em que um acusado é preso “para evitar que pratique novos delitos”. Ou seja, presume-se que um delito ele já cometeu, embora não tenha havido ainda toda a instrução processual, bem como se institui uma presunção invertida de que ele praticará novos delitos. Tudo muito eficiente do ponto de vista

⁸⁵⁴ De forma mais aprofundada, WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 78 e ss. E também LOPES JÚNIOR, Aury. “O fundamento da existência do processo penal: a instrumentalidade garantista.” *Revista da Ajuris*, n. 76, p. 223 e ss e PALAO, Julio Banacloche. *La libertad prisional y sus limitaciones*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 378 e ss.

do alcance da justiça, mas pouco legítimo à luz da Constituição e das garantias que lá estão.

Da mesma forma ocorre nos casos de ordem pública ou ordem econômica. A lei brasileira não define, de forma objetiva e concreta, quando se dará a ameaça contra a ordem pública ou contra a ordem econômica. No primeiro caso, não é incomum que no bojo da expressão “ordem pública” sejam acolhidas prisões para proteger a “credibilidade do Poder Judiciário”⁸⁵⁵, “o clamor público ou social”⁸⁵⁶, “o clamor da mídia”⁸⁵⁷, “a gravidade do delito”⁸⁵⁸, “os antecedentes do criminoso”, “o risco de reiteração delitiva”⁸⁵⁹, “a repercussão em pequena cidade”. Parece, de forma clara, que em falta de um requisito preciso de natureza cautelar, a liberdade seja cerceada a partir de um conceito extremamente aberto e impreciso, como os de ordem pública ou ordem econômica.

Por isso a necessidade de olhar para o art. 312 do CPP com o devido resguardo, a partir de nossas convicções sobre o significado da eficiência.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ O STF passou a repelir as prisões com essa fundamentação: HC 80.719-4, Rel. Min. Celso de Mello. Também o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem repelindo tais decisões: HC 121548, de 19.04.2010. Em www.stf.jus.br e www.stj.jus.br, acessos em 16.12.2010.

⁸⁵⁶ Sobre a inconstitucionalidade desse fundamento da prisão: SANGUINÉ, Odone. “A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão”. In: SHECAIRA, Sérgio S. (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 257-295.

⁸⁵⁷ Fundamento que, ainda que ilegal, também vem sendo utilizado em Portugal, conforme refere Germano Marques da Silva: “É ilegal e abusiva, por exemplo, a aplicação ou manutenção da prisão preventiva com o fundamento de que o processo tem merecido grande destaque na comunicação social”. SILVA, Germano Marques da. “Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1367.

⁸⁵⁸ Já há também jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a impossibilidade do decreto de prisão preventiva pela simples alegação da gravidade abstrata do delito (HC 98966, Rel. Min. Eros Grau). Entretanto, em graus inferiores de jurisdição, esse entendimento não goza do mesmo prestígio. Em www.stf.jus.br, acesso em 16.12.2010.

⁸⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal (STF) vem admitindo a prisão preventiva para a garantia da ordem pública nos casos de especial gravidade do delito, desde que correlata com a hipótese de reiteração delitiva (HC 100.216, de 20.04.2010, rel. Min. Cármen Lúcia; HC 93.570, de 02.03.2010, rel. Min. Cezar Peluso). Ver em www.stf.jus.br, acesso em 16.12.2010.

⁸⁶⁰ Como referido antes, a Lei 12.403/11 nada mudou nesse tópico. Portanto, em que pese tenha sido eficiente para propor novas alternativas cautelares, não avançou sobre o cerne do problema, ao permitir a sequência do jogo semântico com as expressões “ordem pública” e “ordem econômica”, que continuarão a “fundamentar” um sem número de prisões, sem uma efetiva e real motivação cautelar. Ademais, ainda permite que tais prisões sejam decretadas de ofício, em desprezo ao princípio acusatório. Mais uma vez, o legislador pretende lançar mão de argumentos não apropriados, causadores de grande insegurança jurídica, bem como sem qualquer conotação com a necessidade do processo. Trata-se, pois, de manter, dentro de certos padrões, espécies de prisões antecipadas ou de antecipações de pena, decorrentes da gravidade do delito ou da dita reiteração delitiva, o que se assemelha muito com um puro direito penal do autor ou até, por que não, com um direito penal do inimigo. Em Portugal, não são muito diferentes os requisitos, como salienta Germano Marques da Silva: a) fuga ou perigo de fuga; b) o perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do

E, por conseguinte, se as decisões que acabam por cercear a liberdade antes do trânsito em julgado não expressam uma relação com a necessidade do processo, do seu bom andamento, da sua higidez e integridade, não possuem natureza cautelar, já que não se vinculam ao procedimento criminal, mas a uma antecipação da pena ou execução provisória de uma quimérica condenação criminal ainda não ocorrida.

Também, naqueles casos em que se vislumbra a ocorrência de prisão em razão de eventuais recursos criminais não possuem efeito suspensivo, isto é, não obstaculizarem, momentaneamente, a aplicação da lei penal. Afirmar que uma prisão se deve impor em razão de ainda haver recursos e de tais recursos não possuem efeito suspensivo nos parece uma forma sutil de fazer um menoscabo ao princípio de presunção de inocência, intimamente ligado à prisão cautelar. Se há recurso a ser julgado, ainda que tal recurso verse apenas sobre matéria de direito, há de se preservar a presunção de inocência, evitando a prisão, exceto no caso de efetiva situação cautelanda, como nos casos de prisão para a proteção da instrução processual ou para garantir que seja aplicada, ao final do processo, a lei penal.

Como afirmou Américo Taipa de Carvalho, no caso de Portugal, mas o que se pode aplicar, agora sim, ao caso brasileiro, “É de recusar – na sequência-imposição constitucional (CRP, art. 32º, 2.-2ª) – uma concepção gradualista da presunção de inocência, segundo a qual esta presunção se ia relativizando, esbatendo, à medida que o processo avançasse (dedução da acusação, decessão instrutória, etc.), de modo que, como alguns pensariam, com a condenação em primeira instância, se não ocorreria a inversão da presunção de inocência em presunção de culpa, desapareceria, contudo, a presunção de inocência. Como é evidente, este ‘estado neutro’ não existe. A presunção de inocência vale e impõe-se, sem quaisquer graduações, até o trânsito em julgado.”⁸⁶¹

processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova, ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa. E o fim ou função das medidas é o de assegurar o desenvolvimento do processo até ao seu termo. SILVA, Germano Marques da. “Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1366.

⁸⁶¹ CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 311. No Brasil, em fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, reconhecendo

Trata-se, pois, de permitir a prisão com absoluta atenção à presunção de inocência. Desse modo, qualquer prisão, antes do trânsito em julgado, que não guarde relação expressa com a instrumentalidade processual, não deve ser aceita.

Como referiu Américo Taipa de Carvalho, citando Guido Salvini, “a tutela de um bem tão delicado como a liberdade pessoal não pode ser sacrificada por circunstâncias que não se ligam com a disponibilidade do tempo adequado, mas que só encontram justificação na crise da *eficácia da administração da justiça*, crise da eficiência *que não pode transformar-se em prejuízo do arguido*’. Há, por outro lado, que resistir à tentação de ver a prisão preventiva, na prática, como um meio de intimidação (prevenção geral negativa) – o que acontece sempre que ela é ope legis, isto é, imposta por lei - , como uma expiação antecipada da pena – que é razoável presumir acontecer, quando as diligências de investigação e os actos processuais são dinamizados em função do prazo limite da prisão preventiva – ou como um meio de coacção em ordem à obtenção de uma confissão. Em qualquer dessas situações, há uma perversão da função processual e do carácter excepcional e subsidiário da prisão preventiva. Esta perversão ou desvirtuamento atenta contra a dignidade da pessoa humana – na medida em que instrumentaliza o arguido – e contra o expresso princípio constitucional da presunção de inocência. Nessa linha de crítica e de alerta contra a utilização abusiva da prisão preventiva para fins que lhe são absolutamente estranhos, diz Mario Chiavario: ‘Será um grande equívoco pensar que a Constituição configurou uma espécie de ‘normalidade’ da prisão preventiva, desde que decidida pelo juiz... É de temer, e não sem fundamento, que, na prática, os vários fins, a que se orientam as medidas restritivas de liberdade, não sejam invocadas senão para encobrir a mais inaceitável das possíveis instrumentalizações da prisão preventiva: a de a transformar numa antecipação de pena’⁸⁶².

como inconstitucional a decisão que decreta a prisão preventiva sem carácter cautelar, isto é, sem atentar para os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal. Como relatou o Min. Eros Grau, no HC 84.078/MG, de 05.02.2009: “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP”. Ver em www.stf.jus.br, acesso 11.12.2010. Em que pese o entendimento do STF, a matéria ainda não se tornou súmula vinculante, de forma que, na prática das instâncias inferiores, ainda se acabe por decretar a restrição da liberdade em razão de haver recursos sem efeito suspensivo.

⁸⁶² CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 314-315.

Da mesma forma deve-se repelir, como não cautelar, a prisão em razão de determinação infraconstitucional, como naqueles casos em que a lei, *ab initio*, dispõe não ser possível a liberdade do cidadão.⁸⁶³

Na lição de Américo Taipa de Carvalho, a presunção de inocência do arguido até o trânsito em julgado da sentença condenatória é um direito e uma garantia fundamental⁸⁶⁴, de forma que a prisão preventiva *ope legis* é, seguramente, inconstitucional, pois seria uma distorção da função cautelar processual, uma violação do seu carácter rigorosamente excepcional e subsidiário, sendo inconstitucional a vários títulos.⁸⁶⁵

O mesmo, repetimos, não se daria nos casos da garantia da instrução criminal ou da garantia da aplicação da lei penal. No instante em que uma decisão judicial comprova, de forma escorreita, que está a proteger o bom andamento do processo, a honestidade das provas, a lisura dos procedimentos, a possibilidade de o processo chegar ao fim com um juízo condenatório ou absolutório, essa decisão estará, de certo modo, relacionando, ainda que, muitas vezes, não o faça de forma expressa, as ideias de eficiência, justiça e garantias.

De eficiência, por preservar o bom andamento do feito, a correção das provas, a garantia da aplicação da lei; de justiça, por fazer tudo isso com o fim de chegar a uma decisão independente e correta, por intermédio de um processo lícito e limpo; e de garantias, por demonstrar o carácter excepcional, necessário e proporcional da medida, de forma a não violar a presunção de inocência, a fundamentação e, inclusive, a ampla defesa.

⁸⁶³ No Brasil, por exemplo, a Lei 11.343/06, no seu art. 44, dispõe que os delitos de tráfico de drogas são insuscetíveis de liberdade provisória. Por via de consequência, os réus, sem exceção, teriam que aguardar o julgamento recolhidos à prisão. E tal previsão está a causar viva controvérsia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que há acórdãos que aceitam essa espécie de “prisão obrigatória”, em razão da gravidade do delito e da impossibilidade de liberdade provisória sem fiança, nessas situações. Como também há acórdãos que a refutam, sob a alegação de violação da presunção de inocência, bem como de que a mera gravidade abstrata do delito não pode fundamentar a violação da liberdade antes do julgamento. Pelo impedimento da liberdade provisória (HC 92.723, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.10.2007, e HC 92.243, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.2007). Pela inconstitucionalidade dessa espécie de prisão: (HC 96.041, rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.02.2010, e HC 93.056, rel. Min. Celso de Mello, j. 15.05.2009). Decisões em www.stf.jus.br, acesso em 09.04.2011.

⁸⁶⁴ CARVALHO, op. cit., p. 309.

⁸⁶⁵ CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 316-317. Aliás, uma medida que ofenderia, em nossa visão, a Constituição da República Portuguesa, especialmente os seus artigos 1º (dignidade da pessoa) e 32, nº 2 - 1ª (presunção de inocência).

Portanto, a decisão que decreta uma prisão cautelar deve atentar sempre para o *fumus commissi delicti* (probabilidade de existência do delito), bem como ao *periculum libertatis*, o perigo da liberdade desse sujeito passivo, que poderá ameaçar a instrução criminal, o bom andamento do processo ou a garantia da aplicação da lei penal.

Assim, estaremos diante de uma prisão escoreita, necessária, proporcional, bem-fundamentada, excepcional e, acima de tudo, eficiente, pois permitirá que o processo prossiga de forma honesta e lícita, a fim de que realmente, ao fim e ao cabo, se faça justiça.

Contudo, é preciso recordar que talvez a maior repercussão do anseio pela eficiência no processo penal seja a pressão por um crescente encarceramento, a fim de diminuir a “sensação de impunidade da população”.

Uma realidade muito clara em Portugal e no Brasil. Em Portugal, as medidas de coação exigem o respeito dos princípios referidos no Código de Processo Penal de 1987, alterado pela reforma de 2007, como a necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade e precariedade. Porém, como refere Tereza Pizarro Beleza, a subsidiariedade foi letra morta, quando vista à luz da excepcionalidade da medida, ⁸⁶⁶referindo diagnóstico de Boaventura Souza Santos, de que “o excesso de prisão preventiva entre nós resulta da morosidade da justiça e do tipo de criminalidade”.⁸⁶⁷

Há uma confusão consciente no sentido de que a imediatidade da prisão coíbe a impunidade. Como se um cidadão não tivesse direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao julgamento em prazo razoável. Essa perversão processual em prol da eficiência funcional faz tábua rasa da presunção de

⁸⁶⁶ BELEZA, Teresa Pizarro. “Prisão preventiva e direitos do arguido.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 674.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 675. Relevante é que, ao contrário do Brasil, o número de presos em Portugal vem caindo, inclusive nos casos dos presos preventivos. Segundo Teresa Beleza, em 1999, os presos preventivos representavam mais de 30% da população prisional e, em final de 2006, eram 23,1%. Já, no Brasil, conforme já referimos, o número de presos aumentou 390% nos últimos 15 anos. Também sobre dados penitenciários: TEIXEIRA, Alessandra. O cerceamento de informações sobre o sistema prisional de São Paulo. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 176, p. 8, jul. 2007.

inocência.

E, assim, muitas e muitas dessas prisões antes do trânsito em julgado possuem um notório caráter de julgamento antecipado e de aplicação provisória da pena. Não se perquire, via de regra, a relação da medida restritiva de liberdade com o processo. Não se indaga se a prisão possui relação com o processo, mas, sim, se ela está a satisfazer a genérica e desproporcional “ordem pública” ou “ordem econômica”.

Essa é uma clara opção que afeta nitidamente aquela “eficiência instrumental”. A prisão não pode ser uma forma de abreviar o processo e de solapar garantias. Deve, sim, existir e ser decretada com o fim de proteger a lisura do processo penal, o seu bom andamento, a exatidão e a integridade dos seus atos.

Por isso, num processo eficiente que acolhe as garantias da fundamentação, da presunção de inocência, da necessidade, a prisão só deveria ocorrer para proteger a boa instrução processual ou ainda para garantir que o processo poderá chegar a bom termo, sem redundar na mais absoluta impunidade.

Ou seja, o cerceamento da liberdade apenas poderia ocorrer naqueles crimes mais graves, naqueles casos em que a ação do acusado esteja, de fato, a turbar o bom andamento do feito com ações como a coação a testemunhas, a destruição ou adulteração de provas, a corrupção dos agentes do Estado. E também naquelas situações em que o acusado esteja a planejar, com elementos concretos, a sua fuga, com o fito de impedir a aplicação da lei penal e alcançar a impunidade.

Não estamos, pois, a repelir a prisão cautelar, mas a defender que ela efetivamente fique restrita àquelas situações excepcionais e necessárias, nas quais se objetiva proteger o bom andamento do processo e a efetiva aplicação da lei penal.

Nessas situações, não apenas se está protegendo garantias do quilate da presunção de inocência, da fundamentação, do devido processo. Mas, também, importante é reconhecer que assim se está buscando estruturar e proteger um

processo justo e ético, capaz de alcançar a Justiça sem solapar direitos individuais. Tudo isso de forma eficiente, preservando garantias e protegendo o bom andamento do feito.

É bem verdade que a pressão dos meios de comunicação em algumas situações é irrefreável e poderosa. Entretanto, não cabe ao operador do direito permitir que outros cumpram o seu papel. Concretizar a prática de transformar prisões cautelares em prisões-pena é o que não se pode fazer numa visão de eficiência que entendemos correta e que coloca, em primeiro plano, a pessoa humana e seus direitos.

Por mais duro que possa parecer, por mais insensível que possa transparecer, mormente para a vítima, o fato é que a ausência dos requisitos acima não pode permitir uma prisão cautelar, sob pena de se fazer pouco de uma garantia fundamental.

É bem verdade que, em algumas situações, poderemos ter réus confessos, que não interferem no andamento do feito para turbar, de forma desonesta, a relação processual e que tampouco apresentam indícios ou provas de tentativa de fuga. Em tais casos, como reduzir a sensação de impunidade decorrente da liberdade? Imaginemos o exemplo do réu confesso. O que fazer? É preciso que aqui se faça uma opção clara e relevante. Não se trata mais de preservar a presunção de inocência ou de não culpabilidade, tendo em vista que o réu é confesso. Trata-se, sim, de verificar se, em caso de condenação, haveria a aplicação de uma pena privativa de liberdade ou se o acusado seria beneficiado por institutos que suspendessem a pena ou a substituíssem por outras penas não privativas de liberdade. A partir daí, verificada a possibilidade efetiva de uma aplicação de pena privativa de liberdade, tratar-se-ia, caso não fosse necessária a prisão, de simplesmente reconhecer que só uma sentença definitiva pode imputar a efetiva culpabilidade do réu, não uma decisão contingente, cautelar e interlocutória. O que se há de fazer é tratar de conduzir o feito criminal com presteza e eficiência, dando ao réu o julgamento em prazo razoável.

De outra parte, impõe-se que se estabeleça um limite temporal para as

prisões cautelares, com o propósito de se evitar que elas se arrastem por anos e anos. A ausência desse limite temporal pode perpetuar a violação da presunção de inocência, tornando essa garantia fundamental meramente pictórica e ineficiente.⁸⁶⁸

Da mesma forma, impõe-se que essa medida seja revista de tempo em tempo, sob pena de se esquecer do preso, tal como ocorre no Brasil, em que não há a obrigatoriedade de revisão da medida.⁸⁶⁹

Assim, preservam-se princípios fundamentais como a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), sem afetar a eficiência e a justiça. Pelo contrário, aqui se interligam eficiência, justiça e garantias, conduzindo o processo para adiante, sem a afetação ou desequilíbrio

⁸⁶⁸ Como salienta Ferrajoli, “esse princípio fundamental da civilidade representa o fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. ‘Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, escreveu LAUZÉ DI PERET, ‘ pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos. É sobre essa opção que MONTESQUIEU fundou o nexos entre liberdade e segurança dos cidadãos: ‘a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança, e ‘essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas’; de modo que, ‘quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade’”. Disso decorre se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica et al. São Paulo: RT, 2006. p. 506. Ferrajoli ainda refere que foi Carrara quem elevou a presunção de inocência a postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as demais garantias. Bem como recorda que partiram de Ferri e Garófalo os primeiros ataques contra a presunção de inocência, como se fora absurda, vazia e ilógica. Porém, o ataque mais duro veio de Manzini, para quem essa garantia era um ‘estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês’, julgando-a ‘grosseiramente paradoxal e irracional’. *Ibid.*, p. 507.

⁸⁶⁹ De referir que Portugal não incorreu no mesmo erro, não apenas explicitando, no seu Código, limites específicos para as prisões, como determinando uma nova análise da medida, de tempos em tempos, para verificar a manutenção da necessidade da medida. O Projeto de Lei 156/2009, que trata da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro dispõe sobre tais temas, prevendo que o tempo máximo de prisão será de quatro anos (inicialmente a proposta previa 3 anos, como tempo máximo). Ainda assim, trata-se de um prazo bastante elástico, capaz de gerar ainda mais leniência por parte do Estado na persecução dos delitos. Como diz Ivan Luís Marques: “Obrigar uma pessoa que ainda não foi definitivamente julgada aguardar 4 anos pela prestação jurisdicional por ineficiência estrutural do Estado nos parece absurdo, principalmente se estiver com sua liberdade restringida. Isso fere diretamente o princípio da duração razoável da prisão cautelar e, por consequência, a presunção de inocência com a pragmática antecipação da responsabilidade penal do agente. Observe-se que o STF já declarou irrazoável pessoa presa cautelarmente por 1 ano – HC 97.522/SP”. MARQUES, Ivan Luís. “Prisão preventiva com prazo determinado, mas irrazoável”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, p. 14-15, ago. 2010. Edição Especial. De outra banda, o Projeto de Lei 156/2009 também dispõe ser um dever do magistrado reapreciar a prisão que ultrapassar os 90 dias, sob pena de a prisão ser considerada ilegal. Sem dúvida que aqui agiu com razão o legislador, pois estabeleceu a devida sanção ao comportamento leniente do Estado, em decorrência não apenas da necessária excepcionalidade da

daquela hélice tríplice antes referida.

6.4 Eficiência, intimidade e interceptações telefônicas (Lei 9.296/96)

Não há constrangimento em se reconhecer que um dos direitos mais afetados pelo espraiamento da ideia de eficiência instrumental no processo vem sendo a esfera da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X, da CF/88).

Como se viu antes, a violação da intimidade e da vida privada está prodigalizada na realidade atual das ciências criminais. Todos os dias, milhares de telefones e dados telemáticos são interceptados e violados com autorização judicial, sob o abrigo de Constituições democráticas e de leis infraconstitucionais (Lei 9.296/96).⁸⁷⁰

E aqui se deve reconhecer que, em muitas situações, seria absoluta a ineficiência do sistema penal e do processo penal sem tais autorizações para a realização de interceptações telefônicas, escutas ambientais, gravações clandestinas etc.

Não nos cabe, pois, nos tempos atuais, repelir, de forma absoluta, a invasão da intimidade e da vida privada por medidas judiciais e proporcionais aos fins

medida, mas também em decorrência de sua necessária instrumentalidade.

⁸⁷⁰ Além da autorização constitucional do art. 5º, XII, da Carta Magna de 1988, também a Lei 9.296/96 dispõe, no seu art. 2º, que “Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada [...]”. E no Art. 5º da mesma Lei, consta que “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Interessante é que no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal em andamento no Congresso Nacional (PL 156/2009), prevê-se, de forma taxativa, em quais crimes será possível a interceptação telefônica, como, por exemplo, tráfico de drogas e de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de espécies animais, corrupção de menores, crimes contra o sistema financeiro nacional, crime contra a ordem econômica e tributária, crimes contra a administração pública punidos com pena de reclusão, falsificação de moeda, roubo, latrocínio (matar para roubar), extorsão simples, extorsão mediante sequestro, sequestro e cárcere privado, homicídio doloso, ameaça e crimes contra honra por intermédio de comunicação telefônica, crimes praticados por organização criminosa, atos terroristas.

pretendidos, como neste caso.

Contudo, que isso se dê dentro de limites racionais, à luz da Constituição, por uma decisão judicial devidamente fundamentada e que não seja proferida de ofício. E, como se não bastasse, que haja um limite para tais intromissões na vida privada, sob pena de se legitimar não uma investigação criminal, mas uma devassa, na qual não se investiga um fato concreto e determinado, mas a pessoa humana suspeita ou acusada.⁸⁷¹ Um limite não apenas material, mas também temporal e ético.

A experiência hodierna das escutas telefônicas vem demonstrando a gravidade da invasão da intimidade, como forma de investigação que acaba por aniquilar um reduto muito fechado da vida privada, como também por abalar os direitos de defesa.⁸⁷²

Impõe-se, assim, que tais invasões da intimidade sejam absolutamente excepcionais, subsidiárias, necessárias, proporcionais e eficientes ao fim pretendido, de forma que não se generalizem. A sua generalização será um sinal da incapacidade estatal de produzir uma investigação proficiente, mas também uma peculiaridade própria de Estados em situação de erosão democrática.

Por isso, numa situação ideal, de equilíbrio e ponderação entre eficiência, justiça e garantias, a intimidade deverá ser regra. A sua desconsideração, de forma fundamentada e prevista na lei, somente poderá se dar nos casos mais graves, com violência ou grave ameaça, ou ainda naquelas situações de especial gravidade do delito, em razão dos danos que acabará por produzir para o bem jurídico protegido.

Não se poderá aceitar, pois, a violação da intimidade a não ser nos casos mais gravosos contra o bem jurídico protegido, rigorosamente nos termos da lei e no caso de delitos especificados pela lei, respeitando-se os prazos de duração, a sua fundamentação constitucional, bem como a impossibilidade de prorrogação, *ad*

⁸⁷¹ Não se pode esquecer que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabeleceu limites claros para a interceptação telefônica, como se depreende dos casos *Huvig v France* (24.04.1990) e *Doerga v Netherlands*. Em www.echr.coe.int.

⁸⁷² Segundos dados fornecidos por operadoras de telefonia do Brasil, dão conta de mais de quatrocentas mil interceptações telefônicas. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 191, p. 1, out. 2008.

infinitem, desse meio veemente de investigação.⁸⁷³

Ademais, a lei deve prever, de forma expressa, os delitos que serão passíveis dessas medidas gravosas e intrusivas, sob pena de vulgarizar a violação da intimidade, o que acabaria por, verdadeiramente, liquidar com essa garantia.

Assim, pensamos que se poderia permitir a manutenção de um meio importante de investigação, equilibrando a necessidade de persecução criminal, a busca da justiça, mas sem solapar garantias a não ser em situações excepcionais, necessárias, subsidiárias, limitadas no tempo e com prazo fixo, devidamente fundamentadas. Uma situação que, como referimos, coloca a noção de garantias num patamar de superioridade necessário, capaz de levar adiante, com equilíbrio, aquela noção de hélice tríplice.

E isso se dá para obstar uma realidade que hoje já se faz presente, na qual a intimidade e a vida privada são cada vez mais desconsideradas em nome da investigação criminal.

⁸⁷³ Sobre a limitação desse meio de prova, é relevante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo Min. Nilson Naves, acerca da limitação temporal da interceptação telefônica, em caso que essa invasão da intimidade durou por mais de 2 anos (HC 76.686/PR). No referido acórdão, entendeu-se como excessivas as prorrogações de interceptações concedidas, sendo sugerido, senão o limite da lei, 15 dias prorrogáveis por mais quinze, o limite do chamado estado de defesa (art. 136, § 1º, I, “c”, da CF/88), que é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, a fim de se evitar a ausência de razoabilidade. Sobre a decisão do STJ, refere SCHMIDT, Andrei Zenkner: “A evolução jurisprudencial e legislativa referida acima desnuda nosso estranhamento com a tese de que, no Brasil, em pleno regime democrático, escutas telefônicas possam ser renovadas indefinidamente a pretexto de que ‘fatos complexos’ sejam adequadamente investigados, ao mesmo tempo em que a história nos é fértil em demonstrar o preço que pagamos sempre que o direito não foi capaz de limitar a interferência estatal na liberdade individual”...“E a crítica não se limita ao caso julgado: se realizamos uma pesquisa empírica envolvendo outras hipóteses em que o monitoramento telefônico também fora renovado judicialmente, veremos que, na maioria deles, as decisões tendem a assumir o mesmo caráter simplificador”. “A Quebra do sigilo telefônico após o HC 76.686”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 191, p. 12-14, out. 2008. Relevante é que o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, em andamento no Congresso Nacional, retira do âmbito da chamada interceptação telefônica a gravação de conversa própria, com ou sem o conhecimento do interlocutor, mas assevera que, caso seja clandestina, só poderá ser divulgada para o exercício regular de um direito próprio (art. 241, § 3º). E, de outra parte, o Projeto prevê como tempo máximo de duração da interceptação o prazo de 360 dias, o que vai de encontro com a jurisprudência antes referida, que foi ainda mais rigorosa, de forma acertada. O prudente, por conseguinte, talvez fosse permitir um período de 90 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, atingindo o máximo de 180 dias, como propugna Ada Pellegrini Grinover. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Do regime das interceptações telefônicas no projeto de novo CPP – Proposta de Emendas do IBDP”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, p. 2/3, ago. 2010, Edição Especial. O grande ganho, porém, do Projeto de Reforma, é a possibilidade de as partes se manifestarem sobre o material decorrente das interceptações, com o propósito de indicar quais diálogos deveriam ser transcritos, em razão de sua pertinência e relevância. *Ibid.*, p. 3.

Como aponta Costa Andrade, “os meios ocultos de investigação não representam uma novidade, sobretudo para a discriminação de agentes políticos. Na atualidade, o diferencial é o “carácter institucionalizado das medidas, a sua legitimação material e formal-procedimental pela ordem jurídica. Quando sua prática não encontra previsão legal, sempre é possível apelar para os princípios básicos da lei constitucional ou ordinária para a justificar e para legitimar a valoração processual das provas que ela permitiu alcançar. Nova é outrossim e em segundo lugar, a generalização destas práticas, por vezes a assumir a expressão verdadeiramente massificada. É o que bem ilustra a experiência das escutas telefônicas, que hoje, poucas décadas decorridas sobre o início da prática, se contam, em todo o lado por muitos milhares. Na certeza de que por cada autorização de escuta se interceptam dezenas, se não milhares de chamadas, devassando-se, directamente ou indirectamente, a vida privada de um universo incontável de pessoas. Vale por dizer que na conversão das escutas em valores relativos à efectiva danosidade social, o número de autorizações deve ser multiplicado por um factor particularmente elevado. Tudo, de resto, se conjuga no sentido de o recurso às formas ocultas de investigação ir continuar a aumentar, ao ritmo do progresso e das inovações tecnológicas. Basta ter presente o salto copernicano que a introdução do telemóvel trouxe consigo, a aumentar as possibilidades da investigação criminal. E, reflexamente, a criar recorrentes problemas de inovação legislativa, tendo em conta as exigências da reserva de lei”.⁸⁷⁴

Como prova da complexidade e problematicidade dessas invasões da intimidade, encontra-se a afirmação de Albrecht, de que a vigilância das telecomunicações, a busca de arrastão, a vigilância domiciliária, os agentes encobertos e infiltrados, a vigilância acústica e visual de espaços públicos são cada vez mais objeto de acordos europeus e internacionais, como demonstram a Convenção das Nações Unidas sobre Criminalidade Transnacional (a Convenção de Palermo de 2000) ou a Directiva 2006/24/CE da União Europeia relativa ao

⁸⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral).” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 532. Veja-se o caso das técnicas de IMSI SMS-Blaster, em que a primeira permite identificar o número de um aparelho e do cartão que se encontrem num determinado espaço, e a segunda permite mandar mensagens imperceptíveis para o telemóvel, ativando o aparelho, permitindo sua localização. *Ibid.*, p. 534.

armazenamento e utilização de dados de tráfego de telecomunicações.⁸⁷⁵

Por isso tudo, há necessidade de não tornar massificada essa gravosa técnica de investigação, a fim de manter a eficiência, a justiça e as garantias do ordenamento jurídico-penal, bem como a segurança mínima de um Estado de Direito.

A prodigalidade das invasões da intimidade enfraquece o Estado de Direito e, bem ao contrário do que se pensa, acaba por fomentar a impunidade, pois mais e mais processos serão anulados e extintos em razão dessa perversão da segurança jurídica.

Como refere Albrecht, “quanto mais rara é a autorização de vigilância de telecomunicações, mais alta é a taxa de condenações. Inversamente, tal também significa que quanto maior é o número de autorizações de vigilância de telecomunicações, maior é a resolução através de acordo ou absolvição”.⁸⁷⁶

Assim, em nossa noção, é possível tornar a intimidade uma garantia fundamental não apenas de direito, mas também de fato, sendo afastada apenas naquelas situações muito graves e caracterizadas por uma necessidade imperiosa, mas sempre de forma motivada e com prazo determinado, a fim de se manter sempre equilibrada a relação entre eficiência, garantias e justiça no processo penal.

⁸⁷⁵ ALBRECHT, Hans-Jörg. “A vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 725. Segundo Albrecht, com a transposição dessa directiva, o armazenamento de dados de telecomunicações, inclusive de telemóveis, deverá alcançar cerca de 300 milhões de pessoas. Ibid., p. 726. Ademais, o Tribunal Constitucional vem repelindo a vigilância domiciliária, bem como a vigilância policial de telecomunicações. Ibid., p. 730. Relevantes são os dados estatísticos trazidos por Albrecht, acerca do número de interceptações por cem mil habitantes. Nos EUA, chega a 0,5 por cem mil, na Itália a 76 por cem mil e na Alemanha, chega a 15, por cem mil. Ibid., p. 737. Notável ainda é que cerca de 97% dos pedidos do Ministério Público são deferidos, e as fundamentações são formais, apenas se remetendo ao sustentado pelo órgão da acusação ou investigação. Ibid., p. 739. Ademais, metade dos inquéritos são arquivados. Ibid., p. 740.

⁸⁷⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg. “A vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 740.

6.5 Eficiência, imparcialidade do juiz, gestão da prova e art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro

É inegável também que, na atualidade, uma das grandes repercussões de uma ideia mais simplória de eficiência é aquela que vislumbra o juiz como gestor da prova criminal, isto é, um juiz, que, no processo penal caracterizado por um princípio de investigação, é chamado a atuar de forma mais ativa, na busca da verdade e da realização da justiça, determinando, de ofício, atos probatórios e de investigação, bem como medidas cautelares, como a prisão preventiva.⁸⁷⁷

E, diga-se por bem, não é irrelevante essa noção, essa ideia de que se faz necessário um princípio de investigação a fim de buscar, de forma mais eficiente, a justiça e a verdade no processo penal.⁸⁷⁸ Mais ainda naqueles casos em que está presente a figura do juiz de instrução, que não irá proferir a decisão final, condenando ou absolvendo o réu. Há, em tais circunstâncias, uma espécie de “força de bloqueio”, pois é separada a figura do juiz instrutor e do juiz que julga o processo, condenando ou absolvendo o réu.

Se essa separação é uma qualidade, por outro aspecto, é um problema, pois descumpre aquela mediação entre o juiz e a coleta da prova, entre o juiz e o conhecimento das provas, entre o juiz e a oitiva das testemunhas e dos réus. A chamada oralidade processual. Isto é, pode afastar aquele princípio de imediatidade ou da identidade física do juiz, como também o princípio da oralidade. Um princípio que permite, importa asseverar, uma integração do magistrado com o material

⁸⁷⁷ O art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro prevê expressamente a possibilidade do juiz buscar provas de ofício: “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”. Portanto, é evidente que está presente, na norma infraconstitucional, um princípio de investigação no processo penal. Além da coleta da prova, também está previsto que o juiz poderá decretar de ofício a prisão preventiva (art. 311 do CPP), bem como o sequestro de bens (art. 127 do CPP), dispositivos que acentuam o caráter inquisitorial remanescente no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme se referiu, a Lei 12.403/11 manteve a prisão de ofício. In: www.ibccrim.org.br, acesso em 05.05.2011. Embora se argumente que assim o magistrado não estaria substituindo nenhuma das partes, não é de se desprezar a possibilidade desse dispositivo franquear ao magistrado a coleta de prova, em razão da atuação deficiente de uma das partes.

⁸⁷⁸ Sobre a evolução histórica do processo penal: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*.

probatório dos autos do processo, uma capacidade talvez maior, de valorar as provas que foram colhidas.

Como se não bastasse, a realidade de um processo acusatório com princípio de investigação está presente em muitos ordenamentos jurídicos que se notabilizam por uma fortíssima conotação democrática⁸⁷⁹. Trata-se, pois, de uma tradição e de uma herança que não é pueril ou irrelevante.

Contudo, é preciso ver que, ao tempo em que tais tradições e costumes se fortaleceram no ordenamento jurídico, os poderes dos órgãos de investigação e do Ministério Público não eram tão fortes, e tais órgãos não possuíam a estrutura, inclusive constitucional, que hoje possuem. No passado, muito se poderia necessitar do julgador, a fim de equilibrar o jogo processual entre partes não estruturadas, mormente ao tempo em que órgãos da acusação não faziam parte da magistratura ou não tinham autonomia plena (art. 127, § 2º, da CF/88).

Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 58-74.

⁸⁷⁹ E assim ocorre no Brasil, em Portugal e na Alemanha. Em Portugal, por todos, leia-se Figueiredo Dias: “A decantada natureza ‘publicística’ do processo penal em nada se opõe a um sistema acusatório, nem este é, necessariamente, o reino do formal, do disponível, do privatístico, do arremedo, em suma, da estrutura tradicional do processo civil; o sistema basicamente acusatório é só expressão de uma concepção personalista do Direito e de uma concepção democrática do Estado. Nem por isso a tónica social do Estado perderá ressonância na concepção do processo penal: ela conduzirá a que o sistema acusatório seja agora integrado (não desfigurado) por um princípio que será equívoco chamar ‘inquisitório’, mas que se poderá denominar ‘investigatório’, ou ‘instrutório’, através do qual se pretende traduzir o poder-dever que ao tribunal pertence de esclarecer e instruir autonomamente – i.é, independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o ‘facto’ sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão. Com uma tal integração logra-se acentuar convenientemente o carácter indisponível do objecto e do conteúdo do processo penal, a sua intenção dirigida à verdade material, as limitações indispensáveis às liberdades do arguido que não ponham em causa a sua dignidade nem o seu direito de defesa; sem que tal tenha de obter-se à custa do total aproveitamento da actividade probatória das partes, da ideia-mestra de sua fundamental igualdade, da exigência salutar de que a verdade ‘material’ sejam também ‘processualmente válida’, da concessão às partes do mais dilatado âmbito de actuação do processo, enfim, *do reconhecimento da sua participação constitutiva na declaração do direito do caso*”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editor, 2004. p. 71-72. Sobre o princípio, na Alemanha: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Ademais, como Susana Aires de Sousa: “Hoje reconhece-se, em matéria de valoração da prova, que a certeza necessária à condenação há-de pautar-se por critérios objectivos, uma vez que o juiz goza, nas palavras de Figueiredo Dias, de uma ‘liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material’, ou segundo Castanheira Neves, de uma ‘liberdade para a objectividade’”. Todavia, subverte-se, por outro lado, a acusatoriedade, ao reconhecer-se ao tribunal o poder dever de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, segundo um princípio de investigação. O julgador tem o poder dever de investigar, de reunir a prova necessária à fundamentação de sua decisão, respeitando, contudo, as regras legais de obtenção de prova”. SOUSA, Susana Aires de. “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. algumas reflexões”. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1210.

Era, pois, aceitável essa realidade num outro contexto histórico e político, em que a figura do juiz era necessária para equilibrar as assimetrias probatórias, bem como para corrigir insuficiências de garantias ou de meios probatórios.

Entretanto, no atual momento histórico, com o desenvolvimento das estruturas de acusação e de defesa, com a consolidação dos Estados democráticos e com processos majoritariamente garantistas, não nos parece aceitável que o magistrado continue a deter a gestão das provas em suas mãos.⁸⁸⁰ Isto é, não nos parece correto que, no atual quadrante histórico, com Constituições e processos democráticos, o juiz ainda possa, de ofício, determinar medidas cautelares, determinar a coleta de provas, sem que isso se faça por requisição de uma das partes.

Ademais, num contexto em que se busca, cada vez mais, a afirmação de um princípio da igualdade e da isonomia das partes, os poderes de iniciativa probatória e de investigação sob o domínio do magistrado, como terceiro imparcial, em nosso ver, não se justificam, pois denotam inclusive uma quebra da imparcialidade e da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88).

Ainda que se alegue que, vez por outra, essa quebra da isonomia poderia ser positiva em favor do réu, para equilibrar uma deficiência defensiva, assim não podemos entender. Primeiro, em razão de que uma constatação empírica indica o contrário, isto é, a ação de ofício dos magistrados, via de regra, objetiva a coleta de material probatório acusatório, fazendo com que o juiz se imiscua nos embates do processo, afastando-se da isonomia e da imparcialidade, o que não é medida correta e ponderada. E o mesmo afirmamos se fosse o contrário, a prática de ato de ofício em benefício da defesa. Não se trataria de tolerar uma defesa que não existe. Ao invés de determinar atos probatórios de ofício, deveria o julgador substituir a defesa, a fim de não prejudicar o acusado.

⁸⁸⁰ Como já referimos, também crítico sobre a gestão da prova distribuída nas mãos do juiz: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 1. Criticando também a concessão de poderes instrutórios ao juiz, veja-se CORDERO, Franco, salientando que assim estaríamos diante de um quadro mental paranóico. *Guida allá Procedura penale*. Torino: Utet, 1986. p. 51. E ainda, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro." *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 01, 2001, p. 37.

E aqui há de se fazer uma constatação relevante, pois é a gestão da prova que, em nossa visão, caracteriza o processo como acusatório ou inquisitivo.⁸⁸¹ Isto é, ao deter a gestão da prova em suas mãos, o magistrado acaba por quebrar uma regra de imparcialidade, tendo em vista que poderá, de ofício, determinar a coleta de material probatório ou atos de investigação, tais como medidas cautelares (prisão preventiva, invasões da intimidade, quebra de sigilo fiscal ou bancário etc.). Isso tudo acaba, em nossa visão, por fragilizar o embate processual pela verdade e pela Justiça. E mais, essa ação probatória do magistrado, prevista no art. 156 do Código de Processo Penal não é neutra, pois acaba por afetar, decisivamente, uma das partes.

E não é raro que isso ocorra em razão de esse juiz se deixar contaminar, na sua psique, via de regra, pela pretensa prova que pretende encontrar por meio do ato investigativo ou probatório. Ora, se o magistrado determina, de ofício, uma prisão, uma quebra de sigilo, uma interceptação telefônica⁸⁸², uma escuta ambiental está a entender que há indícios contra o réu ou contra a tese acusatória. Desse modo, determina os atos de investigação justamente para buscar mais elementos de prova que irão coadjuvar aquela pré-concepção já consolidada. Na verdade, ao assim agir, o magistrado trabalha com um preconceito de tese que afetará, por certo, ao fim e ao cabo, o seu juízo isento, no momento de proferir a decisão final do processo.

Daí, em primeiro lugar, o afastamento daquela polêmica inútil entre verdade processual e material que, como já afirmamos, foi vencida há mais de trinta anos por Figueiredo Dias. O que se deve buscar é a verdade, mas não por qualquer preço, com juízes inquisidores, com violações de direitos e garantias fundamentais, de forma “eficientista”, sem atentar para o equilíbrio entre eficiência, garantias e justiça.

⁸⁸¹ Para uma síntese do processo de evolução histórica dos sistemas processuais, ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Sica et al. São Paulo: RT, 2006. p. 519-529. No Brasil, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Sobre os métodos inquisitórios: EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorium: manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos. 1993.

⁸⁸² Como consta da Lei das Interceptações Telefônicas (9.296/96), no seu art. 3º.

Como afirmou o Tribunal Constitucional de Portugal, “a busca da verdade material é por demais importante, mas tem que ser alcançada ‘com total respeito das garantias de defesa do arguido’” (AC 212/93, Tribunal Constitucional).

Segundo Figueiredo Dias, “não obstante a descoberta da verdade material ser uma finalidade do processo penal não pode ela ser admitida a todo o custo, antes havendo que exigir da decisão que ela tenha sido lograda de modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que no processo se vêm envolvidas”.⁸⁸³

Importa, pois, trabalhar eficiência, justiça e garantias na promoção de uma gestão da prova que seja equilibrada e equidistante. Por certo que um juiz detentor da gestão da prova teria um poder enorme e extraordinário. Porém, em que pese esse poder, um poder capaz de mais facilmente alcançar a verdade, esse mesmo poder tende a desequilibrar a relação entre as partes, pervertendo a relevância das garantias. Haveria, assim, justiça num processo em que, em busca da verdade, o juiz abandona a sua independência e se traveste em parte, decidindo, aqui e ali, qual prova deve colher, de ofício?

Assim, estaríamos-nos afastando daquele equilíbrio que entendemos correto no processo penal. Um equilíbrio que possui, ao fim e ao cabo, o norte voltado para a pessoa humana, para a proteção de valores fundamentais, que permitem sua convivencialidade, para a justiça e a paz jurídica.

Impõe-se, assim, repelir uma pretensa eficiência ideal que decorreria de um princípio de investigação reforçado, de uma noção que, em pleno século XXI, ainda vê as partes como incapazes de buscar a justiça e a paz jurídica, uma noção que descrê na plena atuação da defesa ou do Ministério Público.

Não se trata de acreditar num processo ineficiente, no qual haja a mera intenção de resolução de um conflito, sem apego pela busca da justiça, da verdade e da paz, um processo relativista.

⁸⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 25 e ss.

Trata-se, é verdade, de uma visão que reserva ao juiz o papel de juiz, de terceiro imparcial, incapaz de perverter o equilíbrio entre as partes ou de procurar igualar, artificialmente, um pretense desequilíbrio. Um juiz como “[...] garante das liberdades, que está presente na construção de um ‘direito dos direitos do homem [...]”⁸⁸⁴.

Como viemos referindo, isso não quer dizer ou não significa a adoção de um processo relativista e despreocupado com a justiça ou a verdade, mas sim a crença de que essa mesma verdade e essa mesma justiça podem ser alcançadas, de maneira eficiente, num processo que preserve garantias e coloque o juiz no lugar de um terceiro imparcial, mais independente e equidistante e, por conseguinte, mais capaz de fazer a justiça e garantir a paz jurídica.

⁸⁸⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. “As relações entre o ministério público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu.” In: FERREIRA, Mário Monte et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 719.

CONCLUSÕES

Após tudo o que foi dito e exposto, é chegada a hora de apontar conclusões que se nos apresentam como necessárias e relevantes. Proposições que denotam não apenas o resultado da presente pesquisa e, é bem verdade, também uma concepção de ciência conjunta do direito penal, especialmente da dogmática penal, da política criminal e do processo penal, passível de críticas e ponderações.

Parte Primeira

A abordagem feita deve ser entendida no contexto de uma sociedade de risco e de uma profunda crise da ciência conjunta do direito penal, na qual se verifica uma dúvida relevante acerca da legitimidade e eficiência dessa ciência, especialmente quando se trata dos delitos de perigo abstrato e do processo penal. Tudo isso acaba por impor a busca da construção de um pensamento acerca da eficiência. Um pensamento que busca enfrentar a incerteza e a insegurança da sociedade atual, sem esquecer os valores que apontam para uma herança democrática plena de realizações e conquistas e que exigem um tempo adequado para o direito penal, um tempo de temperança. Daí a necessidade de uma certa interligação e congraçamento de postulados da chamada Escola de Frankfurt e da Escola de Coimbra, repelindo-se um funcionalismo mais radical como aquele que propõe um direito penal do inimigo, de forma a estruturar uma ciência penal garantista e aberta para bens jurídicos coletivos, para a responsabilidade penal da pessoa jurídica e para a técnica de tipificação de cuidado de perigo.

Parte segunda

A análise econômica do direito, em que pese a sua relevância como cânone interpretativo para a elevação de uma certa ideia de eficiência, não possibilita uma construção que otimize uma legitimação maior do direito penal. Ao contrário, a adoção dos seus postulados poderá, sim, fragilizar, de uma forma sem precedentes, a ciência penal, forçando uma instrumentalização do direito e da pessoa humana,

acarretando um inegável aumento do espectro de punição penal, em decorrência do fortalecimento de uma noção de prevenção geral negativa.

O mesmo se dá com o funcionalismo penal, especialmente aquele funcionalismo mais radicalizado, que objetiva não apenas a reafirmação da vigência da norma, mas que enfraquece a própria noção de pessoa, ao permitir o endurecimento da ciência penal, sem uma atenção mais acurada para a ideia de política criminal. Um funcionalismo assim não permite trabalhar, com segurança, a ideia de eficiência, justamente por potencializar aqueles riscos criados pela Análise Econômica, criando um direito instrumentalizador e meramente simbólico, como se depreende na concepção de direito penal do inimigo.

Por isso, a necessidade de conceber o direito penal a partir da ideia de ofensa contra os bens jurídicos. Essa, sim, a proteção dos bens jurídicos, a efetiva e real função do direito penal. Mas, indo mais além, fundamental também entender a necessidade de aceitar uma concepção onto-antropológica do direito penal, como forma de recolocar a pessoa humana na centralidade da questão criminal. Uma concepção onto-antropológica de cuidado de perigo alicerçada no pensamento de Faria Costa e que se dispõe como o fundamento do direito penal. É esse pensamento que permite trabalhar, legítima e democraticamente, a noção de eficiência para a seara penal, pois reduz o espectro penal, permitindo o dizer o sim e o dizer o não para a eficiência em direito penal. O não, para uma eficiência utilitarista e economicista, própria da razão calculadora. E o sim, para aquela finalidade eficiente que busca a justiça e a paz, por intermédio da conservação e do refazimento daquela relação fundamental onto-antropológica de cuidado de perigo.

Assim, torna-se possível conceber uma eficiência em direito penal. Uma eficiência que se há de encontrar numa unidade de sentido entre a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos, o fundamento onto-antropológico de cuidado de perigo e a finalidade de alcance da justiça e da paz social.

Poder-se-á observar, ainda que vista nesse contexto, que a eficiência passa a assumir uma autêntica posição de vertente da proteção subsidiária fundamental dos bens jurídicos. Uma posição que limita o direito penal e o torna mais circunscrito,

mais ponderado, mais objetivo, mais preocupado com as agressões e ameaças efetivamente relevantes. Mais eficiente, por ser capaz de circunscrever o âmbito de abrangência do direito penal àquelas situações efetivamente intoleráveis, quando outras esferas do direito, sejam administrativas, tributárias, cíveis ou de ordenação social não forem capazes de resolver o problema. O que não quer dizer apenas uma ideia de subsidiariedade, mas, ultrapassando essa noção, uma ideia de diversidade, isto é, uma ideia de proteção fragmentada. Assim ocorrendo, não há dúvida de que se estará diante de um direito penal mais limitado em seu tamanho, mas também mais ousado e, por conseguinte, mais legítimo, mais respeitado, mais digno e mais capaz de atingir aquelas finalidades essenciais de realização da justiça e da paz social, sempre temperadas pela ponderação, pela prudência e pela ideia de medianiidade.

Com esse arcabouço de pensamento, imaginamos a possibilidade de a eficiência ser vista como uma forma de otimização da legitimidade a partir de uma unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do direito penal. Trata-se, pois, de afirmar também um fortalecimento de uma ideia de ciência conjunta de direito penal, que mantém antigas e tradicionais conquistas, mas que está aberta para o futuro, impedindo uma banalização da política criminal com o esfumaçamento da própria dogmática penal.

Parte Terceira

Nesse ponto, abordamos a repercussão da ideia de eficiência sobre os delitos de perigo abstrato. Após a análise de múltiplas concepções acerca dos delitos de cuidado de perigo, arrancamos do pensamento de Faria Costa, deambulamos pela concepção de Fabio D'Avila e concebemos uma ideia própria sobre tais delitos. Uma ideia que vê ofensividade e relevância nessa técnica de tipificação, mas que não aceita a sua utilização como mecanismo de pretensa redução da criminalidade. Não é esse o nosso paradigma. Bem ao contrário. Entendemos ser impossível trabalhar os delitos de perigo abstrato sem atentar para a ideia de bem jurídico, para a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, como também para a finalidade de justiça e paz jurídica, que é a finalidade do direito penal. Não que sempre e em todas as situações, esse modelo de tipificação esteja a exigir um bem jurídico no raio de ação

da conduta perigosa ou a afetar direta e frontalmente, uma esfera de manifestação dinâmica dos bens jurídicos, mas, sim, que, sempre no norte da tipificação, deve estar a ideia de bem jurídico. Assim, parece-nos que há de se agregar àquela concepção de Faria Costa uma ideia de eficiência como unidade de sentido entre a função, o fundamento e a finalidade do direito penal. Mas aqui se impõe uma diferenciação. É que, ao nosso ver, a indagação que se haverá de fazer numa perspectiva *ex ante*, não é apenas aquela que diz respeito à real possibilidade de afetação do bem jurídico, mas, para além disso, uma dupla interrogação seja acerca da afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, bem como acerca da real possibilidade de afetação do bem jurídico. E, num segundo momento, aí sim, atinente ao âmbito normativo do tipo, mais uma dupla interrogação, acerca da não insignificância da conduta e da justiça e do encontro da paz jurídica pelo reconhecimento do ilícito típico. E diga-se, justiça no sentido que referimos, de ponderação, de equilíbrio, de medianidade, numa espécie de prognose, antes mesmo da visualização de um resultado concreto.

Quarta Parte

Por fim, foi necessário e fundamental relacionar a noção de eficiência que empreendemos com a realidade palpitante do processo penal. Não apenas porque nele se reflete toda a eficiência ou ineficiência do direito penal, mas porque não seria razoável estruturar uma noção de eficiência que não repercutisse no processo penal. Aliás, pensamos que isso não seria possível.

Desse modo, a eficiência atua no processo penal sem desprezar aquela unidade de sentido antes referida. E assim há de se ponderar a existência de uma hélice tríplice capaz de mover o processo penal, uma ideia de eficiência, garantias e justiça, em autêntico ponto de equilíbrio. Ainda que se trate de um equilíbrio frágil, há de haver equilíbrio. No entanto, esse equilíbrio não é feito de pesos iguais entre a justiça, a eficiência e as garantias. Isso em razão de que não há justiça sem garantias. Uma decisão justa sem o respeito pelas garantias perde a legitimidade. A garantia dá estabilidade ao sistema. Por seu maior peso, a garantia há de ser preservada num patamar mais altaneiro. Não se desconsidera que tal equilíbrio não será fácil. Contudo, não nos parece que tais questões sejam totalmente dissonantes

e inconciliáveis. A liberdade só se preserva num contexto de justiça e segurança jurídica, com eficiência, garantias e respeito aos princípios fundamentais do direito penal e do direito processual penal.

Em razão disso tudo, propusemos, como consequência, a não inversão do ônus da prova em matéria processual, a vedação da produção e utilização de provas ilícitas e derivadas das ilícitas em desfavor do réu, a vedação da produção e utilização de provas atentatórias contra o direito ao silêncio, a vedação da produção e utilização de provas diretamente decorrentes de denúncias anônimas para fins de condenação, a vedação da produção e utilização do agente infiltrado ou encoberto, a vedação da produção e utilização do agente provocador, a vedação da utilização de meios e exames invasivos de prova, a vedação da produção e utilização da delação premiada não espontânea, a vedação da produção e utilização de meios de provas violadores da intimidade como *prima ratio*, a vedação da utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico para a aceitação da prova ilícita ou da prova ilícita por derivação contra o réu, a vedação da produção e utilização de prova testemunhal sem devido processo e contraditório plenos, bem como sustentamos uma abordagem das medidas restritivas da liberdade e da intimidade e também dos atos correlatos à imparcialidade do julgador em matéria penal, a partir da concepção de hélice tríplice, numa unidade de sentido entre eficiência, justiça e garantias, tendo, na centralidade do problema penal, a ideia de pessoa humana e da sua liberdade.

BIBLIOGRAFIA

ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares, 2000.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALBRECHT, Hans-Jörg. “A vigilância das telecomunicações. análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Os princípios estruturantes do processo penal português: que futuro?” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALFONSO, Luciano Parejo. “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública.” *Documentación Administrativa*, n. 218-219, abr.-sep.1989.

AMBOS, Kai. “The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: _____; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Ed.). *Building a future on peace and justice, studies on transitional justice, peace and development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2009.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Raizman. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMODEO, Felipe. “Gestão fraudulenta: crime contra o sistema financeiro nacional (art. 4º da Lei 7.492/86).” In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del Delito." In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española); SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa. "Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)." In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. "Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)". In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 2006.

ANGELONI, Gian Carlo. "La 'cautio bene vivendi' e la nuova codificazione penale svizzera, acerca dos meios cautelares penais." *Il Pensiero Giuridico Penale, Rivista de Dottrina e Giurisprudenza*, ano 14, n. 20, fasc. 1, enero./mar. 1942.

ANTUNES, Maria João. "Direito processual penal: 'direito constitucional aplicado'." In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

APONTE, Alejandro. "Eficientismo penal y estados de excepción en Colombia." *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, ano 11, n. 15, 2001.

APONTE, Alejandro. *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el efficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Ibañez, 2006

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARATTA, Alessandro. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan./mar. 1994.

BARATTA, Alessandro. "Princípios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objecto y límite de la ley penal)." *Doctrina Penal*, Revista Trimestral, ano 10, n. 40, oct./dic 1987.

BARRETO, Tobias. *Fundamento do direito de punir. Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Gary. "Crime and punishment: an economic approach." *Journal of Political Economy*, n. 76, 1968.

BELEZA, Teresa Pizarro. "Prisão preventiva e direitos do arguido." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003.

BOSCHI, Marcus Vinicius. "As reformas penais e sua 'eficácia' frente à sociedade do risco: um breve ensaio". In: FAYET JÚNIOR, Ney. *Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*. Tübingen: Mohr, 1973.

BUENO, Paulo Eduardo. "O crime de posse irregular de arma de fogo e a questão do bem jurídico." *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 47, n. 261, jul. 1999.

CAEIRO, Pedro. "Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da 'justiça absoluta' e o fetiche da 'gestão eficiente' do sistema." *Revista do Ministério Público*, ano 21, n. 84, out./dez 2000.

CALABRESI, Guido. "Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho." *Anuário de Filosofia del Derecho*, Madrid, n. 2, 1985.

CALSAMIGLIA, Albert. "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación." *Documentación Administrativa*, abr./sept 1989.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco: "Uso de drogas, eficiência e bem jurídico." In: _____; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Direito constitucional ambiental português e da União Européia." In: _____; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada." In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Justiça constitucional e justiça penal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 329-344, jan./fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Rever ou romper com a Constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.15, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes. "O sigilo e a prova criminal." In: FERNANDES, Antônio Scarance (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

COASE, Ronald H.; CALABRESI, Guido. "O estudo de Coase: the problem of social cost, (traduzido para o espanhol)." *Revista da Hacienda Pública Española*, n. 68, 1981.

COIMBRA, Cícero Galli. "Dossiê". *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 18-25, 2007.

COMTE, Sponville. *O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1983

CORREIA, Eduardo. "Introdução ao direito penal económico." In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

CORREIA, Eduardo. "Notas críticas à penalização de actividades económicas." In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998. v 1.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. "Aborto eugênico ou necessário?" *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 44, n. 229, p. 27-29, nov. 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano, 2004.

COSTA, José Francisco de Faria "A caução de bem viver. um subsídio para o Estudo da evolução da prevenção criminal", Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 21, 1980.

COSTA, José Francisco de Faria. "A criminalidade em um mundo globalizado: ou playdoyer por um direito penal não securitário." *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 135, n. 3934, set./out. 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "A linha: (algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de 'técnica' e de "bio-ética")." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (Ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas, à luz do Direito Penal)." In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COSTA, José Francisco de Faria. "Consenso, verdade e direito." In: _____: *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?" *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 134, 2002.

COSTA, José Francisco de Faria. "Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "Habeas corpus (ou análise de um longo e ininterrupto "diálogo" entre o poder e a liberdade)." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial." In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL. *Anais...* Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

COSTA, José Francisco de Faria. "O Direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "O fenómeno da globalização e o direito penal económico." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 9-26, abr./jun. 2001.

COSTA, José Francisco de Faria. "O fim da vida e o direito penal." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "Um olhar doloroso sobre o direito penal." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. "Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena." In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, José Francisco de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico." In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. "Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro." *Boletim do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 1, n. 4, 2000.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro." *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, 2001.

CRAMER, Peter. *Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Tübingen: Mohr, 1962.

CRUZ, Pierpaolo Bottini. "Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 44-111, jul./ago. 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CHEVIGNY, Paul. "Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 386-407, mar./abr. 2004.

CHOUKR, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

D'AVILA, Fabio Roberto. "O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI. Entre a normatividade e a política criminal." In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DEZEM, Guilherme Madeira. "Novo código de processo penal: aspectos referentes à teoria geral da prova". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco.'" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, p. 39-67, jan./mar. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O papel do direito penal na proteção das gerações futuras." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 73, p. 1123-1128. 2003

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O processo penal Português: problemas e perspectivas." In: FERREIRA, Mário Monte et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Ônus de alegar e de provar no processo penal?" *Revista de Legislação e de Jurisprudência, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 155, p. 121-143, 1971

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma dogmática do direito penal secundário." In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a reforma penal, justiça penal portuguesa e brasileira, tendências de reforma." In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências de reforma*. Colóquio em homenagem ao IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente". *RDE*, ano 4, n. 1, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado." *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p. 01-37. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

DONINI, Massimo. "Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico." *Dei Delitti e Delle Pene*, anno 5, n. 3, sett. /dic. 1998. Edizioni Scientifiche Italiane.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EINDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip*. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Princípio da igualdade*. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

ETZKOWITZ, Henry. *Universidade-indústria-governo, inovação em movimento*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009.

EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium*: manual dos inquisidores. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos. 1993.

FARIA, Paula Ribeiro de. *A adequação social da conduta do direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Universidade Católica, 2005.

FARIA, Paula Ribeiro de. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. 2.

FERNANDES, Antônio Scarance. "Os procedimentos no Código Projetado". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

FERNANDES, Antônio Scarance. "Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal." In: FERNANDES, Antônio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. "Criminalità e globalizzazione." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 79-89, jan./mar. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. "*Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*." Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>. Acesso em: 09 out.2007.

FERRAJOLI, Luigi. "Entrevista." *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, p. 7-8, maio 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. "Termos de compromisso de cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel." *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 190, p. 9-10, set. 2008.

FIANDACA, Giovanni. "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale." In: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale in trasformazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1985.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (des) criminalização, redação típica e (in) ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. "Aborto por indicação eugênica." In: *Estudos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT. Fotocópia.

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e criminalidade dos poderosos." In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 235-277.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Tiranía do status quo*. Rio de Janeiro: Record, 1984.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma história breve do século XXI*. 2. ed. Lisboa: Actual, 2006.

FRIEDMAN: David. "Direito e ciência econômica." *Sub Judice Justiça e Sociedade*, v. 39, n. 2, jan./abr. 1992.

FUENTES OSORIO, Juan L. "Formas de anticipación de la tutela penal." *Revista Electrônica de Ciencia Penal y Criminologia*. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und methode, grundzüge einer philosophischen hermeneutik*. Tübingen: Mohr, 1990.

GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e Il Tramonto Dell'Occidente*. Milano: EST, 1996.

GALLAS, Wilhelm. "Abstrakte und Konkrete Gefährdung". In: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

GIANETTI, Eduardo. *Felicidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIUSINO, Manfredi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES Luiz Flávio. "Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela." *Revista Brasileira de ciências criminais*, p. 88-109, dez.1992. Número especial.

GOMES, Luiz Flávio. "Direito penal tradicional versus 'moderno e atual direito penal.'" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 236-241, jan./mar. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia. "Globalización, post-modernidad y política criminal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 9-32, out./dez. 2001.

GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Strafrechtliche Abhandlungen, *Neue Folge*, Band 69. Berlin: 1991.

GRECO, Luís. "A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 49, jul./ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Do regime das interceptações telefônicas no projeto de novo CPP – proposta de emendas do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual)". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

GUARNERI, Giuseppe. "Franz Von Liszt e la política criminale. La scuola positiva." *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, Milano, serie 4, anno 11, fasc. 1, p. 392-405, 1969.

GUIRAO, Rafael Alcácer. "Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico?" *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 15, n. 4, out./dez. 2005

HASSEMER, Winfried *et al.* *Prevención general y aplicación de la pena: principales problemas de la prevención general*. Montevideo: B de F, 2006.

HASSEMER, Winfried. "*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*." Disponível em: <<http://www.juareztavares.com>>. Acesso em: 09 out.2007.

HASSEMER, Winfried. "El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz." In:_____. *Estudios penales y criminológicos XV*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1990-1991.

HASSEMER, Winfried. "La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente las exigencias de su tiempo." In: MUNÓZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española);

ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

HASSEMER, Winfried. "Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 1998.

HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico." *Doctrina Penal*, ano 12, n. 46, abr./sept. 1989.

HASSEMER, Winfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. "Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)." *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero 1999.

HASSEMER, Winfried. "Rasgos y crisis del derecho penal moderno." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45-46, fasc. 2, enero./abr. 1992.

HASSEMER, Winfried. "Segurança pública no Estado de direito." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan./mar. 1994.

HAYEK, F. A. *Arrogância fatal, os erros do socialismo*. Porto Alegre: Ortiz, 1995.

HEFENDEHL, Roland. "Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto." *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14, p. 2, 2002. Disponível em: <<http://www.criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. 4. ed. Lisboa: Guimarães, 1990.

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

HERZOG, Felix. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo." *Revista Penal*, n. 4.

HIRSCH, Hans Joachim. "El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica." *Doctrina Penal, Buenos Aires*, jul./sept. 1987.

HIRSCH, Hans Joachim. "Gefahr und Gefährlichkeit." In: *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Faufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. "Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p.64-84, jan./fev. 2006.

HÖFFE, Otfried. "La Ciencia, Proto-Derecho Penal: programa y cuestiones de un filósofo". In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española), ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973.

JAKOBS, Günther. "La auto comprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente." In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin; HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal*. São Paulo:

IBCCRIM, 2010.

JUNIOR, Policarpo; FILHO, Expedito. "A Abin gravou o ministro." *Revista Veja*, ano 41, n. 35, 2008.

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

KAUFMANN, Arthur. "Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 93, 2002.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt Am Main: Klostermann, 1989.

KIRSCH, Stefan. "Derecho a no autoinculparse." In: *La insostenible situación del derecho penal*. estudios de derecho penal (Carlos Maria Romeo Casabona). Granada: Comares, 2000.

KISS, Alexandre. "Justiça ambiental e religiões cristãs." In: KISHI, Sandra; SILVA, Solange; SOARES, Inês Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

KOPP, Pierre. *A economia da droga*. Tradução: Maria Helena Assumpção. Bauru: Edusc, 1998.

KREBS, Pedro. "A (in)constitucionalidade do § 3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH." In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KUHLEN, Lothar. "La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo." In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER; Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

KUHLEN, Lothar. "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?" In: WOLTER, Freund (Ed.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamtem Strafrechtssystem*. Heidelberg: CF Müller, 1996.

KUNZ, Haral. *Ökonomik der Kriminalität, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1976

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción: Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha, 1991.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomic: o estranho mundo da economia, o lado escondido de todas as coisas*. Lisboa: Presença, 2006.

LINHARES, José Manuel Aroso. "A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, 2002.

LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Guttentag, 1905. v. 2.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. "Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)" *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

LOPES JÚNIOR, Aury. "Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelares: uma leitura garantista." In: BONATTO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Lumen Juris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio

de Janeiro Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Fábio Mota. "A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal". In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES, Fábio Mota. "O Encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 220, mar. 2011.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. "Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública." *Documentación Administrativa*. Material fotocopiado.s/p.

LOUREIRO, Flávia Novera. "A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LÚCIO, Laborinho. "Processo penal e consciência colectiva." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo: Editorial B de F, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Traduzione: Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. "Princípio da eficiência em matéria tributária." In: MARTINS, Ives Gandra. *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: CEU; RT, 2006.

MACHADO, J. Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 11, 1960.

MACHADO, J. Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 12, 1965.

MACHADO, Marta Rodriguez. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. (Monografias).

MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) -- PUCRS, Porto Alegre, 2008.

MADLENER, Kurt. "Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de 'prazo razoável' e de 'celeridade'. Observações a respeito da Justiça Alemã." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal 7.492/86*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. "Direito penal econômico e crimes de mero capricho." In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA; Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro (Org.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GV Law).

MANTOVANI, Ferrando. "Criminalità sommergente e cecità politico-criminale." *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 42, n. 4, luglio./set. 1999.

MANTOVANI, Ferrando. "Sobre a exigência perene da codificação." *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, n. 2, abr./jun. 1995.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. "Constituição e escolha dos bens jurídicos." Tradução José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, n. 2, abr./jun. 1994.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità." *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Padova, ano 42, n. 3, luglio/sett. 1999.

MARQUES, Ivan Luis. "Prisão preventiva com prazo determinado, mas irrazoável".

Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 2010. Edição Especial.

MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut Für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989.*

MARTINS, Ives Gandra. *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: CEU; RT, 2006.

MAURACH, Reinhart, ZIPF. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Grundlehren des Strafrecht und Aufbau der Strafrecht. 8. ed. Heidelberg: Müller, 1992. v. 1.

MAYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992.

MEDINA ARIZA, Juan José. "La eficacia y eficiencia de las penas." *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 2, p. 1-3, 2000. Disponível em: <<http://www.criminet.uger.es/recpc>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

MENDES, Paulo Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca. "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal." *Anuário de Derecho Penal Y Ciencias Penales*, t 52, enero./dic. 1999.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Jus puniendi." *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, 1989-1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 2.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2006.

MOCCIA, Sergio. "Función sistemática de la política criminal. principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente." In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española), SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

MOCCIA, Sergio. "L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta." *Dei delitti e delle pene: Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, ano 5, n. 1, genn./apr. 1998.

MOCCIA, Sergio. "Legalità e flessibilità dell'intervento penale." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1995.

MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. "Um Olhar sobre o futuro do direito processual penal: razões para uma reflexão." In: _____ et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Fernando Conde. "O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)." In: MONTE, Mário Ferreira al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORAES, Maurício Zanóide de. "Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira." In: FERNANDES, Antônio Scarance (Org). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

MORAES, Maurício Zanóide de. In: FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais*

especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MORIN, Edgar. Entrevista. In: SILVA, Juremir Machado da. *O pensamento do fim do século*. Porto Alegre: L&PM, 1993. p. 226-227.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003.

MORSELLI, Elio. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena." In: _____. *Anuário de Derecho Penal Y Ciencias Penales*, t. 68, fasc. 1, enero./abr. 1995.

NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In *Principales problemas de la prevención general*. Hassemer, Winfried et al. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

NELKEN, David. "Globalizzazioni del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi.: dei delitti e delle pene." *Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, ano 5, n. 2, mar./ago. 1998.

NESTLER, Cornelius. "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes." *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. *Estudios de Derecho Penal*, n. 15, dirigido por Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: 2000.

NEVES, António Castanheira. "O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade." In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.

NEVES, António Castanheira. "A imagem do homem no universo prático." In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira. "A justiça e o direito". *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira. "Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito." AAVV. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*.

Coimbra: Almedina, 2002. v. 2.

NEVES, António Castanheira. "O papel do jurista no nosso tempo". In: _____. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2010.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: A Triunfadora Artes Gráficas, 2001.

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PALAZZO, Francesco. "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia." *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 71.

PALIERO, Carlo Enrico. "Il principio di effettività del diritto penale." *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 430-544, 1990.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública." *Documentación Administrativa*, abr./sept. 1989.

PASTOR, Santos. "Derecho penal, política criminal y economía: un intento de generalización em homenaje al profesor Jiménez de Asúa." *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, n. 11, 1985.

PASTOR, Santos. *Heroína y política criminal: un enfoque alternativo la problemática de la droga en España; análisis y propuestas político-criminales*. Madrid: Edersa, 1986.

PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1989.

PEREIRA, Rui. "Entre o 'garantismo' e o 'securitarismo': a revisão de 2007 do código de processo penal." In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. "La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 52, enero/dic. 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86, de 16.6.86*. São Paulo: RT, 1987.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. "O mito da eficácia." *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.10, n.116, p.5-7, jul. 2002.

PIRES, P. Álvaro. "La "línea maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n 46, jan./fev. 2004.

PISANI, Mario. *Studi di Diritto Premiale*. II Edizione. Milano:Edizione Universitarie di Lettere Economia Diritto. 2010.

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. "Considerações sobre o crime de gestão temerária de instituição financeira." In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). *Direito*

penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001.

PLATÃO. *A República*. Tradução: Alberto Pinheiro. 7. ed. São Paulo: Atena, [194-?].

POPPER, Karl R. *A vida é aprendizagem, epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6 th ed. Aspen publishers, 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. "Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?" In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal, 2004. p. 108-109.

PRITTWITZ, Cornelius. "O Direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise Von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993 (Juristische Abhandlungen; Bd. 22).

PULITANO, Domenico. "La teoria del bene juridico fra codice e Costituzione." *La Questione Criminale*, anno 7, p. 113-121, genn./apr. 1981.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *O Direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

QUINTANA, Mario. *Apontamentos de história sobrenatural*. São Paulo: Globo, 2005.

RABL, Kurt Otto. *Der Gefährdungsvorsatz*. Breslau-Neukirch, 1933.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.

REGHELIN, Elisangela Melo. "O novo e multifacetado' artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de perigo." In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução: Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RIOCEREZO, Jose Maria Lopez. "San Agustín, precursor de la ciencia criminal moderna." *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 8, fasc 1, p. 49, enero/abr.1956. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. "Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal ('nuevas' racionalidades punitivas y posible escenarios penales)." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, mar./abr. 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "A propósito do crime de poluição (art. 279º do Código Penal)." *Direito e Justiça – RFDUCP*, [S.l.], v. 12, t. 1, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "As relações entre o ministério público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu." In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "O modelo de prevenção na determinação da

medida concreta da pena.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 12, n. 42, p. 154-155. abr./jun. 2002

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, Artigos 202º a 307º*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Editorial Comares, 2005.

ROXIN, Claus. “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro.” In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

ROXIN, Claus. “Pena y reparación.” *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 52, enero/dic. 1999.

ROXIN, Claus. “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão.” In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal: el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. v. 1

SALDITT, Franz. "Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias." In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. Versión Española); ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Coord. Versión Alemã). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

SÁNCHEZ OSÉS, José. "Jeremías Benthan y el derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 20, fasc.1-2, enero./ago. 1967/1968.

SANGUINÉ, Odone. "Função simbólica da pena." *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 1, jan. /mar. 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Leitão; PEDROSO, João. "Os tribunais nas sociedades contemporâneas." *Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra*, n. 65, nov. 1995.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. "Aborto, a política do crime." *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 13-24, 1979.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. "A Quebra do sigilo telefônico após o HC 76.686". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 191, out. 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. "Revisão crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista." In: FAYET JÚNIOR, Ney. *Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, 1969.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana." *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*,

Buenos Aires, n. 2, abr, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La política criminal y el sistema de derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 45, fasc. 3, sept./dez. 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre La dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente." *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SEMINARA, Sergio. "La evolución del derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva Europea." In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Direct.); MARTÍN, Víctor Gómez (Coord). *La política criminal en Europa* Barcelona: Atelier Penal, 2004.

SILVA LEAL, Rui. "Eu sou arguido.amanhã. Os direitos de garantia." In: FERREIRA, Mário Monte et al. (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 117-119.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Eficiencia y derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, enero/abr. 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6 n. 24, p. 67-80, out./dez.1998.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. "Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del status personae." *Revista Electrónica de Penal y Criminología*. Disponible em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>> Acceso em: 29 ago. 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Supremo Tribunal Español." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 15, jul./set. 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Política criminal "moderna"? considerações a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites." In: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Retos científicos y retos políticos da la ciencia del derecho penal." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 33-50, out./dez. 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio Rocha. São Paulo: RT, 2002. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 11).

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Germano Marques da. "Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática". In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. "Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SÓFOCLES. *Antígona. Introdução*, versão do grego e notas de Maria Helena Pereira. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

SOUSA, Susana Aires de. "'Agent provocateur' e meios enganosos de prova – algumas reflexões." In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "ser e tempo"* (Martin Heidegger). Petrópolis: Vozes, 1988.

STRATENWERTH, Gunther. Zukunftsicherung mit mitteln des strafrechts? *ZStW*, [S.I.], n. 105, p. 679-96, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. "Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SWAANINGEN, René Van. "Controle do crime no século XXI: analisando uma nova realidade." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 103-120, jan./mar. 2003.

TAVARES, Juarez. "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas", *RBCCRim*, São Paulo, 1992. Número especial.

TEIXEIRA, Alessandra. "O Cerceamento de informações sobre o sistema prisional." *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 176, jul. 2007.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. "Peligro abstracto y garantias penales." *Nuevo Fuero Penal*, n. 62, p. 70, 1999.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. "Direito, mercado e função social." *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 33, n. 103, set. 2006.

TORÍO LÓPEZ, A. "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)." *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 23, p. 842, 1981.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da lei n. 7.492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VIANELLO, Francesco; PADOVAN, Dario. "Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza." *Dei delitti e delle pene. Rivista Di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1-2, 1999.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Tradução: Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEDY, Gabriel de Jesus; WEDY, Delio Spalding de Almeida. "O aborto eugênico". In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Estudos críticos de direito e processo penal em homenagem ao desembargador Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís. "Uso de drogas, eficiência e bem jurídico." In: _____; _____ (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEDY, Miguel Tedesco. "Eficiência, Uso de Drogas e Análise Econômica do Direito". *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 14, n. 170, p. 9 e 10, jan. 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. "A sistemática da prova na reforma processual penal." In: CALLEGARI, André Luís; _____ (Org.). *Reformas do código de processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 159-167.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechjys: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Dunckr & Humblot, 2000.

WOLFGANG SARLET, Ingo. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência." *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

WOLTER, Jürgen. "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un Sistema Europeo del derecho penal." In: SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Española). *Fundamentos de un Sistema Europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

ZANATTA, Airton. "Teoria do funcionalismo penal: uma breve aproximação por este outro lado do atlântico." In: FAYET JÚNIOR, Ney. *Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

ZIELINSKI, Diethart. "El resultado en el concepto final de ilícito." *Doctrina Penal*, año 11, n. 42, p. 283-313, abr. /jun. 1988.

ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Jaén: Edersa, 1979.