

| Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais | nº 13 - maio/agosto de 2013 | ISSN 2175-5280 |

Expediente | Apresentação | Mudar é preciso | Entrevista | Alexis Couto de Brito entrevista Juan Carlos Ferré Olivé | Artigos | Presunções e Direito Penal | Maria del Carmen Gómez Rivero | Traduzido por Natália Macedo Sanzovo | Os crimes de perigo no Direito Penal Econômico e Empresarial | Carlos Martínez-Buján Pérez | Traduzido por Natália Macedo Sanzovo | A gestão da exclusão social por parte do sistema penal na contemporaneidade: novas epistemologias para uma análise socioeconômica do sistema penal | José Ángel Brandariz García | Traduzido por João Paulo Orsini Martinelli | A execução da pena no anteprojeto do Código Penal: uma análise crítica | Felipe Lima de Almeida | Uma década de pesquisa da NCSC sobre Sentenças Mistas para Jovens infratores: O que nós aprendemos a respeito de “Quem recebe uma segunda chance?” | Fred Cheesman | Traduzido por Renato Watanabe de Moraes | Reflexão do Estudante | O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual | Roberto Portugal de Biazzi | Orientado por Marco Aurélio Florêncio Filho | História | Vadiagem: efeitos revogados de uma contravenção que vigora | Raquel Rachid | Orientada por Humberto Barrionuevo Fabretti | Resenha de Filme | O amante da rainha | Alessandra Ramos de Souza

Expediente

revista *Liberdades*

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias

Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

Ouvidor: Paulo Sérgio de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

Publicação do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Coordenador-chefe da Revista *Liberdades*:

Alexis Couto de Brito

Coordenadores-adjuntos:

Fábio Lobosco

Humberto Barrionuevo Fabretti

João Paulo Orsini Martinelli

Conselho Editorial:

Alexis Couto de Brito

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Daniel Pacheco Pontes

Fábio Lobosco

Giovani Agostini Saavedra

Humberto Barrionuevo Fabretti

José Danilo Tavares Lobato

João Paulo Orsini Martinelli

João Paulo Sangion

Luciano Anderson de Souza

Colaboradores da edição:

Carolline Cippiciani

Glauter Del Nero

Milene Maurício

Projeto gráfico e diagramação:

Lili Lungarezi

Expediente

Expediente 2

Apresentação

Mudar é preciso 5

Entrevista

Alexis Couto de Brito entrevista **Juan Carlos Ferré Olivé** 7

Artigos

Presunções e Direito Penal 9

Maria del Carmen Gómez Rivero

Traduzido por Natália Macedo Sanzovo

Os crimes de perigo no Direito Penal Econômico e Empresarial 31

Carlos Martínez-Buján Pérez

Traduzido por Natália Macedo Sanzovo

A gestão da exclusão social por parte do sistema penal na contemporaneidade: novas epistemologias para uma análise socioeconômica do sistema penal 55

José Ángel Brandariz García

Traduzido por João Paulo Orsini Martinelli

A execução da pena no anteprojeto do Código Penal:
uma análise crítica 81

Felipe Lima de Almeida

Uma década de pesquisa da NCSC sobre Sentenças Mistas para Jovens infratores: O que nós
aprendemos a respeito de “Quem recebe uma segunda chance?” 119

Fred Cheesman

Traduzido por Renato Watanabe de Moraes

Reflexão do Estudante

O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual 131

Roberto Portugal de Biazi

Orientado por Marco Aurélio Florêncio Filho

História

Vadiagem: efeitos revogados de uma contravenção que vigora 141

Raquel Rachid

Orientada por Humberto Barrionuevo Fabretti

Resenha de filme

O amante da rainha 153

Alessandra Ramos de Souza

Mudar é preciso

Mudar é preciso. Ouvimos muitas vezes esta frase e balançamos a cabeça em sinal de concordância. Contudo, mudar nem sempre é preciso. Não era, no caso da *Revista Liberdades*, não no tocante ao seu comando.

Daí por que a dupla responsabilidade: manter o nível de excelência da *Revista* como uma das publicações do principal Instituto de Ciências Penais do Brasil e fazê-lo de forma a honrar a anterior impecável condução do [Dr. João Paulo Orsini Martinelli](#), que continua a nos acompanhar como membro do Conselho Editorial. Conselho, aliás, que em próximas edições contará com a participação de muitos outros profissionais de escol, que já se prontificaram a colaborar na elevação interminável da qualidade da publicação.

Neste intuito, a atual edição da *Revista* conta com artigos de interessante e indiscutível qualidade.

A Professora de Sevilha, [Maria del Carmen Gómez Rivero](#), aborda o tratamento da presunção no Direito Penal. Acostumados que estamos a tratá-la sob o aspecto processual e sempre em favor do réu, o artigo da professora vai além e aborda também os limites e implicações da presunção no direito material.

Retomando o assunto sempre presente, o professor de [A-Coruña Carlos Martínez-Buján Pérez](#), muito conhecido entre nós, aborda os crimes de perigo e sua adoção como opção típica nos delitos econômicos. Em destaque especial a abordagem do que se costuma chamar dolo de perigo, terminologia existente e utilizada várias vezes, concorde-se ou não com ela.

[José Angel Brandariz García](#) nos brinda com uma análise socioeconômica do Direito Penal. A ruína do Estado Social e as correntes e propostas que deste fato derivaram são analisadas pelo professor de forma acurada e provocativa, principalmente por não encerrar a questão senão convidar ao debate.

Um interessante estudo sobre a justiça da infância e adolescência nos foi apresentado por [Fred Chessman](#), que contrapõe dois modelos de resolução de conflitos nesta seara. O texto ganha particular importância para a comunidade jurídica pátria porquanto assistimos – de certa forma atônitos – à atual discussão sobre uma possível redução da maioridade penal.

Honrando a doutrina nacional, [Felipe Lima de Almeida](#) oferece uma análise crítica e de repúdio às propostas de alteração do Código Penal que constam do atual projeto em discussão, apontando de forma fundamentada o porquê dos equívocos vislumbrados. Sua atenção se concentrou nas novidades sobre a execução da pena, e nas consequências teóricas e práticas que dela possam decorrer.

Em nossa seção extravagante – sempre no melhor dos sentidos – reproduzimos a entrevista com o Professor [Juan Carlos Ferré Olivé](#), Catedrático de Direito Penal da Universidade de Huelva e profundo conhecedor do Direito Penal brasileiro. O professor – que estará na próxima edição do Seminário Internacional do [IBCCRIM](#) – compartilha seu amor pelo Direito Penal e suas escolhas pessoais e profissionais que o colocaram em situação de destaque que hoje possui na Espanha, especialmente por comandar uma das mais importantes publicações europeias, a Revista Penal.

Como dito ao início, manter o nível da publicação é tarefa difícil, mas que pretendemos cumprir à risca. Mais do que um desafio, é uma satisfação incomensurável fazer parte desta história, a história de um Instituto que nunca abandonou seu compromisso com a divulgação do respeito aos Direitos Humanos e à obediência ao Estado Democrático de Direito. A todos, uma boa leitura e o convite a nos acompanhar por todas as demais edições.

São Paulo, 6 de maio de 2013.

[Alexis Couto de Brito](#)

Coodenador-chefe da Revista Liberdades (gestão 2013/2014)

Alexis Couto de Brito entrevista Juan Carlos Ferré Olivé

1. Por que optou pelo curso de Direito?

Estudar Direito foi uma decisão muito importante e decisiva em minha vida. Sinceramente escolhi essa carreira sem ter informações suficientes, quase de maneira intuitiva. Anteriormente havia me interessado muito por química, para a qual eu acreditava possuir grande vocação e aptidão. Porém alguns desencontros intelectuais com um mau professor qualquer me fizeram mudar de direção. Isso demonstra que sou uma pessoa de extremos. Disse a mim mesmo: Se não serei químico, serei jurista! E como era de se esperar, duvidei do meu interesse real pelo Direito em meu primeiro ano de estudos. Como muitos jovens universitários, não tinha certeza do acerto da decisão. Esse mar de dúvidas começou a se dissipar quando comecei meus estudos em Direito Penal. Adquiri novos conhecimentos que me interessaram muito. Ao ver todo o positivo e negativo desse instrumento jurídico; às vezes tão útil ou inútil, justo ou arbitrário, capaz de resolver um conflito ou multiplicá-lo, acreditei que algum dia poderia chegar a contribuir com algo interessante nessa área. Esse seria o espaço para meu novo desafio. Os anos de aprendizagem na Universidade de Buenos Aires foram muito positivos para minha formação, pois me permitiram desenvolver um espírito crítico aplicado ao Direito, do qual muito me orgulho.

2. Dentro do Direito, por que fez a opção pela área das Ciências Criminais?

A decisão foi também fruto do azar ou, se preferir, do destino. Todas as áreas do Direito me pareceram em algum momento interessantes, porém eu parecia predestinado a me direcionar às Ciências Criminais. Contarei a breve história que me levou a converter-me em penalista. Tinha 19 anos e, ao terminar o primeiro período da Universidade, decidi com quatro amigos tirar férias no lugar mais parecido com o paraíso: o conjunto das praias situadas entre Santos e Rio de Janeiro: Ubatuba, Caraguatatuba, Angra dos Reis... Tudo foi divertido, a alegria, o humor, a hospitalidade do povo, as belezas femininas... Ao voltar para a Argentina em um ônibus (éramos simples estudantes) sabíamos que a viagem seria muito longa, com duração de quase dois dias, parando primeiro em Montevideú e dali para Buenos Aires. Nesse enorme ônibus éramos somente cinco argentinos, os quatro amigos e um outro jovem que lá conhecemos, Eduardo Bonino. Não sabíamos que esse rapaz desarrumado que viajava sozinho (mais velho do que nós, pois tinha 22 anos), era o Secretário mais jovem de um Tribunal Penal de toda a República da Argentina. Chegando em Montevideú, já havíamos feito amizade em razão dos nossos temas em comum (as maravilhas do Brasil e o Direito) e então ele me perguntou

se eu estaria disposto a trabalhar como estagiário – a princípio sem salário – no Tribunal Penal em Buenos Aires. Assim, com 19 anos, comecei a conhecer Direito Penal e Processual na prática, analisando cara a cara os réus, valorando suas virtudes e defeitos e, logicamente, também, todos os detalhes da legislação penal. Trabalhei cinco anos como funcionário em diversos cargos da Justiça argentina, já totalmente convencido de minha vocação penalista. Porém, com o diploma de Direito nas mãos, minha formação me parecia insuficiente. A Argentina saía de uma ditadura e o governo havia desmantelado a formação superior, desaparecendo com os estudos de pós-graduação em Direito. Haviam optado por promover uma universidade intelectualmente pobre que não geraria pensadores, mas sim ovelhas. Diante desta situação decidi (como já havia feito outras tantas vezes) lançar-me em uma aventura, cruzar o Oceano Atlântico (em 1984, uma época em que quase nada disso era feito), e começar meus estudos de doutorado na Universidade de Salamanca. Imaginem como os tempos mudaram: optei por uma vaga de estudos para ibero-americanos para a pós-graduação da Universidade de Salamanca e algumas dessas vagas não foram preenchidas por falta de inscrições!

3. O senhor ocupou diversos cargos acadêmicos durante a sua carreira. O que o levou a escolher a academia e, em especial, a docência?

Ao terminar minha tese de doutoramento na Universidade de Salamanca, ao receber ali o prêmio extraordinário de Doutorado, comecei a pensar seriamente na possibilidade de desenvolver uma carreira docente. Talvez o caminho mais lógico tivesse sido regressar ao meu país de origem, especificamente a Buenos Aires, para retomar as tarefas judiciais com cargos de maior relevância. Não obstante, na Universidade espanhola conheci algo que é incomum na América Latina: o professor (docente ou pesquisador) com dedicação exclusiva. Significa aquele que dedica todo seu esforço para a Academia, sem necessidade de preocupar-se com outras tarefas judiciais ou da advocacia como forma de sustento econômico, as quais acabariam por estar em primeiro lugar. O docente com dedicação exclusiva existe em toda a Europa e é uma manifestação importantíssima do compromisso com um Ensino Superior de qualidade. Sinceramente admiro muito meus colegas da América Latina que fazem esforços sobre-humanos para realizar suas tarefas profissionais, para ministrar algumas horas de aula e finalmente conseguir tempo para escrever um artigo, um livro, uma tese de doutoramento.

Bem, tendo assumido a carreira acadêmica e o compromisso de residir permanentemente na Espanha, desenvolvi, conjuntamente com as aulas e pesquisas de trabalho, tarefas de gestão nas Universidades que tenho sido professor: Diretor de Departamento, Decano da Faculdade de Direito, Vice-Reitor de Professorado, Diretor-Geral da Fundação da Universidade de Salamanca etc.

Em todos esses cargos tenho mantido um objetivo singular de tentar estabelecer pontes entre a Europa e a América Latina. Em outras palavras, devo deixar claro que meu compromisso tem sido e será com todos e cada um dos países da América Latina, que em seu conjunto considero como minha grande pátria. Isso explica minhas mais de 400 conferências, aulas em distintos países, entre eles 15 da América Latina. Também meus recentes livros sobre a Parte Geral de Direito Penal publicado com um seletivo grupo de colegas na Colômbia e Brasil, e outros que em breve surgirão em outros países.

4. Como surgiu a iniciativa de criar a Revista Penal?

Ao assumir o cargo de Catedrático de Direito Penal na Universidade de Huelva, em 1996, transferei a organização de grandes congressos de Direito Penal para Andaluzia. No sul da Espanha não havia tradição para esses tipos de eventos, os quais reuniram naqueles anos salas repletas de estudantes, advogados e membros da magistratura. Evidentemente, levando como conferencistas professores tais como Claus Roxin, Winfried Hassemer, George P. Fletcher, Klaus Tiedemann, Enzo Musco, John Vervaele, Francisco Muñoz Conde e Ignacio Berdugo, entre outros, o sucesso estava garantido. Todos esses extraordinários professores traziam suas conferências por escrito, as quais, se necessário, nos ocupávamos em traduzir. Aproveitando que todos eram meus amigos fui propondo que autorizassem sua publicação em uma revista, porém pensei, em que revista? Concluí: se não há revista, irei criá-la. O número 1 da *Revista Penal* surgiu em janeiro de 1998 e desde então ela vem sendo publicada semestralmente sem a menor interrupção ou atraso. Sob minha direção já estamos com 31 números e já passamos por várias editoras: Praxis de Barcelona, CISS de Valencia, La Ley de Madrid, e atualmente estamos na que é seguramente a melhor editora jurídica da Espanha, Tirant lo Blanch. As revistas científicas são problemáticas. Não geram rentabilidade econômica para as editoras, pelo contrário, podem gerar prejuízos, pois são dirigidas a pesquisadores e *experts* de determinada área do saber, o que significa um público limitado. Muitas desaparecem tão rápido quanto apareceram. Porém a *Revista Penal* superou todos esses inconvenientes e inclusive conta com uma edição no México (*Revista Penal México*) a qual também dirijo, e que com enorme êxito caminha para o seu número 4.

5. Qual o papel da Revista Penal na tentativa de difundir o conhecimento jurídico-penal, no âmbito internacional e principalmente se estendendo para além dos muros das Universidades?

Esse, sem dúvida, é o objetivo principal. A Ciência Penal se desenvolve na Universidade, porém também em contato com a prática jurisprudencial. Esse conhecimento deve ser exportado, compartilhado, inclusive discutido, pois em Direito Penal, como em todas

as ciências jurídicas, não existem verdades absolutas. Da reflexão e argumentação surgiram as melhores leis, que também melhor resolveram os problemas que afligem todas as sociedades contemporâneas. Para uma melhor difusão, os 25 primeiros números da Revista estão disponíveis on-line gratuitamente no site <www.revistapenal.com>.

6- Qual a sua visão sobre o Direito Penal contemporâneo e suas perspectivas para o futuro?

As perspectivas são, sob meu ponto de vista, sombrias. Se Franz von Lizst disse um dia com grande acerto que a melhor política criminal é uma boa política social, a impressão é que todos os governos do mundo alteraram completamente esses termos, considerando que para eles as políticas sociais mais satisfatórias são suas próprias políticas criminais. O Direito Penal contemporâneo está invadindo os espaços da liberdade de todos os seres humanos. Generalizam-se novos delitos, incrementam-se as penas, recorrem-se permanentemente à repressão penal quando as causas reais da delinquência só podem ser resolvidas preventivamente com iniciativas não penais, como a educação, uma distribuição mais adequada de renda e ações sociais.

7. O senhor foi o padrinho do título de Doutor honoris causa, concedido ao Prof. Claus Roxin pela Universidade de Huelva – Espanha, em 2009. Em sua opinião, o funcionalismo moderado criado pelo Prof. Roxin, bem como a sua Teoria da Imputação Objetiva, podem ser considerados como “marcos” na busca de um Direito Penal cada vez mais garantista, de intervenção mínima?

O que pode contribuir com uma teoria como a de Roxin é um modelo penal respeitoso aos princípios constitucionais. Nesse sentido, supõe uma metodologia que serve ao assentamento de valores democráticos, geradora de instrumentos interpretativos confiáveis e que permite controlar a criação da Lei Penal por parte dos legisladores, e sua aplicação por parte dos juízes. Desse ponto de vista, as bases do funcionalismo moderado ajudam a criação de um Direito Penal mais garantista. Em menor medida pode também contribuir para garantir o princípio da intervenção mínima. Não obstante, o respeito a esse princípio não depende totalmente da teoria do delito em vigor, nem do marco legal. A violação ao princípio da intervenção mínima é gerada pelo próprio legislador quando exagera no número de delitos, cria preceitos penais de grande amplitude, abusa dos delitos de perigo abstrato, obscurece os limites entre consumação e tentativa, autoria e participação etc. As soluções trazidas pela dogmática jurídico-penal resultam insuficientes para enfrentar tais problemas.

Presunções e Direito Penal¹

Maria del Carmen Gómez Rivero

Professora de Direito Penal da Universidade de Sevilha.

Resumo: Este trabalho tem por escopo verificar o impacto que as *presunções* que o legislador incorpora na configuração da conduta típica causam nos princípios penais materiais e processuais, ou seja, até que ponto esses princípios são respeitados.

Palavras-chave: presunções; suposições; *iuris et de iure*; princípios penais; bem jurídico; legislador; segurança jurídica;

Abstract: The objective of this paper is to investigate the impact that presumptions, which are incorporated by the legislator in the configuration of the typical conduct cause on the material and procedural principles of criminal law, i.e. the extent to which these principles are respected.

Key words: presumptions; assumptions; *iuris et de iure*; principles of criminal law; legal interest; legislator; legal certainty.

Sumário: 1. Abordagem do problema; 1.1 O conceito de presunções no Direito Penal material; 1.2 As dúvidas sobre a compatibilidade das presunções com os princípios básicos de Direito material e processual penal; 2. Algumas manifestações das presunções no Código Penal. Grupos de casos; 2.1 Presunções orientadas para a ultrapassagem dos pressupostos ordinários da intervenção penal; 2.2 Presunções orientadas para conseguir a igualdade no tratamento dos autores onde se verifica sua capacidade de culpa; 2.3 Presunções baseadas nas posições relativas dos sujeitos ativos e passivos do crime: a hipótese mais injusta no caso dos tipos relacionados com a violência de gênero; 2.4 Presunções relativas ao concurso dos elementos que determinam a proibição da conduta; 2.4.1 No âmbito dos crimes contra a liberdade sexual; 2.4.2 No âmbito dos crimes contra segurança de trânsito; 2.5 Presunções relativas à culpa dos autores; 2.6 Presunções orientadas a determinar a gravidade objetiva da conduta; 3. Valoração; 4. Referências bibliográficas.

1. Abordagem do problema

Ensina-se aos estudantes da faculdade de Direito que enfrentam pela primeira vez a matéria de Direito Penal que este ramo do ordenamento jurídico, dada sua gravidade, exige o necessário respeito a uma série de princípios básicos, tanto materiais como processuais. Entre os materiais, o primeiro costumeiramente explicado é que este ramo do Ordenamento Jurídico só intervém quando falham as demais instâncias de reação

1.... Traduzido por Natália Macedo Sanzovo, advogada e Pós Graduanda em Ciências Penais.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

social e, justamente por seu caráter de *ultima ratio*, só reage diante dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, ficando conhecida esta exigência como *princípio de intervenção mínima*. Este princípio básico projeta-se a todos os âmbitos da justiça penal, de modo que a verificação da gravidade do ataque não se esgota na primeira tarefa do legislador, mas deve estar presente de forma singular no trabalho dos aplicadores do Direito. Estes terão de zelar pelo cumprimento não só daquele princípio, mas também daqueles que são irrenunciáveis neste ramo do Ordenamento Jurídico, marcado pela gravidade de sua resposta. Entre eles vale citar o princípio da *culpabilidade* que, como se sabe, estabelece a não aplicação de sanção se não for possível provar a atuação dolosa ou, ao menos, imprudente do agente.

Em conjunto com o supraexposto, aqueles mesmos estudantes de Direito devem conhecer, ou, ao menos, se aproximar do estudo das garantias constitucionais no processo penal, pois o Estado de Direito exige que as disposições penais se apliquem com estrito respeito a uma série de princípios básicos; entre eles, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, o direito à defesa e à tutela judicial efetiva e, em última instância, a um processo com as devidas garantias.

O conteúdo deste trabalho tem por objeto verificar até que ponto aqueles princípios materiais e processuais são respeitados quando o legislador incorpora determinadas *presunções* na configuração da conduta típica. Antes de entrar a fundo neste assunto, é imprescindível fazer uma série de explicações sobre o que se considera como tais *presunções ou suposições*, embora este termo possa ser usado para demonstrar realidades nem sempre coincidentes. Assim, essa será a primeira questão a explorar (a), para identificar depois, (b) o modo de abordagem do problema, as principais dúvidas levantadas por sua presença ao longo do articulado Código Penal espanhol.

1.1 O conceito de presunções no Direito Penal material

Embora o amplo conceito de presunções possa redirecionar diferentes técnicas empregadas na configuração dos tipos penais, para fins deste trabalho, vamos nos referir a uma dupla modalidade. A primeira delas corresponde aos casos em que o legislador incorpora nos correspondentes tipos penais regras destinadas a comprovar, em um caso concreto, a lesividade do comportamento ou, se preferir, a lesão ao bem jurídico. Trata-se, portanto, de previsões que impõem a interpretação de que determinados comportamentos, cujo encaixe típico poderia revelar-se mais ou menos duvidoso, são subsumidos na conduta típica. Importante destacar, nesta breve apresentação, que a vantagem desta abordagem é evidente, na medida em que, com ela, o legislador consiga introduzir uma dose inquestionável de *segurança jurídica* na determinação da conduta proibida, ao *especificar* para determinados casos e, sem sombra de dúvida, para os demais, previamente definido com caráter *geral*.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Em segundo lugar, juntamente com os pressupostos anteriores, as presunções que vão chamar nossa atenção são aquelas em que o legislador valora determinados casos como comparáveis, no que se refere à gravidade ao injusto, a outras condutas cujo desvalor se reconhece em outros preceitos do Código Penal. Trata-se de uma regra pela qual o legislador pressupõe que determinados fatos devem ser punidos *como se* discorressem sobre outros tipos de condutas tipificadas no Código Penal.

Esta breve caracterização das presunções como um objeto de estudo permite distingui-las de, pelo menos, dois grupos de casos com os quais poderiam ser confundidas. Em primeiro lugar, fornece elementos para distanciá-las dos chamados *conceitos legais*, caracterizados porque o legislador oferece definições normativas de determinados conceitos típicos. Assim, por exemplo, quando o art. 238 do CP espanhol define o conceito de força nas coisas para efeitos do crime de roubo, não está presumindo que aquela ocorra, por exemplo, nos casos de escalada. Seu valor é tão somente oferecer um conceito normativo dela mesma para efeitos de apreciar o crime.

Em segundo lugar, daquela breve definição se deduz que a característica de um dos tipos de regras tratados é considerar que a participação de determinados extremos representa uma conduta lesiva, *equiparável por meio de uma presunção* a outras cuja gravidade é admita sem discussões. Esta precisão é importante, pois permite diferenciar a técnica que nos interessa daqueles outros casos em que o legislador dispõe que determinados comportamentos sempre representam uma *nova forma de ataque* a um bem jurídico digno de sanção penal. Como exemplo, nesse sentido, poderia citar no capítulo dos crimes contra a segurança viária o art. 384 do CP espanhol, que elaborado em conformidade com a LO 15/2007, de 30 de novembro, tipifica a conduta de dirigir sem habilitação. Afinal, trata-se de uma regra que introduz uma nova modalidade de conduta, cuja lesividade o legislador presume em todos os casos, com o efeito de expandir a tutela do bem jurídico. As críticas a esta forma de proceder, caracterizada pela sobreposição das infrações penais e administrativas, são por todos conhecidas, bastando recordar, se o caso, que elas denunciam a perda do caráter de *ultima ratio* da intervenção penal.

Por outro lado, nesta caracterização das presunções é importante advertir que uma característica delas mesmas é que, tal como manifestam no Código Penal espanhol, não permitem, em princípio, quaisquer provas que refutem sua consistência, isto é, parecem responder ao modelo das chamadas presunções *iuris et de iure*. Com efeito, quando o legislador recorre a esta técnica nos vários tipos penais, pode-se deduzir que atribui uma ordem aos juízes e tribunais para que *em todo caso* apliquem a regra, de modo que o trabalho destes acaba sendo reduzido para implementar, de forma automática, a tarefa de subsunção formal, sem margem alguma para a discricionariedade.

1.2 As dúvidas sobre a compatibilidade das presunções com os princípios básicos de Direito material e Processual Penal

Deve-se reconhecer, no tocante às presunções que estamos interessados, que as críticas de que podem ser credoras não são, pelo menos à primeira vista, tão chamativas como em relação a outros casos de suposições antes referidos; em particular as configurantes *ex novo* uma modalidade adicional de ataque a interesses dignos de proteção penal. Porque, ao menos nos casos que nos ocupam, ninguém questiona que a generalidade das condutas às que se assemelham sejam merecedoras e necessitadas da mesma, ponto de partida da intervenção penal. Na verdade, as críticas nesses casos não apresentam a radicalidade dos anteriores, ao menos os casos de presunção à participação de determinadas circunstâncias fáticas. Obedecem a uma finalidade do Direito: a necessidade de oferecer critérios sólidos em determinados casos cuja tipicidade poderia resultar duvidosa e, com isso, à conveniência de introduzir *segurança jurídica* no trabalho de aplicação do Direito. Seria uma espécie de conflito ou tensão de interesses: por um lado, o de comprovar em cada caso as peculiaridades do comportamento para decidir de forma individualizada a procedência ou não de seu encaixe no respectivo tipo penal, como garantia da lesividade material da conduta; por outro, o interesse em evitar que os casos duvidosos fiquem com sua resolução à mercê dos julgamentos realizados pelos Tribunais de Justiça.

Pois bem, uma coisa é a menor radicalidade com que se apresentam em tais casos as críticas da técnica de suposições, e outra bem distinta é que agora também seja fácil advertir as objeções que surgem à primeira vista. Para tanto, basta reparar que, de início, esses tipos de *suposições* já resultam dificilmente conciliáveis com os princípios substanciais inspiradores do Direito Penal. Se, como recordávamos mais acima, este ramo do Ordenamento Jurídico só atua ante os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, isto é, exige a *lesividade material* da conduta, como é possível sempre presumi-la ou, ao menos, os elementos que a compõem com caráter geral onde o legislador introduz esta técnica no tipo penal? Há violação aos princípios básicos quando o legislador *presume* determinados elementos do injusto na configuração dos tipos penais?

E mais, as perguntas anteriores em torno da compatibilidade daqueles elementos na justiça penal não se esgotam em tais dúvidas sobre o respeito daquele princípio substancial. Resultam também evidentes pela ótica de sua compatibilidade com outros princípios básicos processuais. Por que, como presumir elementos da tipicidade da conduta sem violar os princípios básicos de *presunção de inocência* e, de forma mais ampla, da *defesa*? Como é possível presumir o dano em um ramo do ordenamento jurídico que, pela sua gravidade singular, exige a sua prova? Por acaso, o valor representado pela segurança jurídica pode *justificar* sua violação?

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Certamente, como veremos, a resposta admite variações em função das características dos tipos penais em que o legislador recorre a esta técnica, mas é bastante passível de falhas. O que pode dar origem a este recurso é o fato de uma das tendências mais criticadas pela doutrina encontrar sua origem precisamente em uma presunção: a da simultaneidade de um perigo. Refiro-me, em particular, às críticas dirigidas contra os crimes de *perigo abstrato*, expoentes máximos da tendência expansionista do Direito Penal que ultrapassam o momento da sua intervenção. As árduas críticas formuladas contra essa classe de crimes são por todos nós conhecidas e não teria sentido reproduzi-las aqui. A única coisa que interessa é sublinhar que tal construção repousa decididamente no jogo de uma presunção; em particular, o julgamento de periculosidade relevante para efeitos penais, sem necessidade de introduzir verificação adicional alguma em torno da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Nesse sentido, um exemplo que poderia citar no capítulo dos crimes contra a saúde pública é o art. 360 do CP espanhol, que pune a conduta de quem estava autorizado para o tráfico de determinadas substâncias perigosas, “*os despaches ou fornecimento sem cumprir com as formalidades previstas nas Leis e Regulamentos respectivos*”, ou os relacionados com a ordenação do território, art. 319, em que para o legislador parece bastar a remissão às regras administrativas para configurar o injusto típico, limitando-se a exigir, apenas, que a conduta se realize nos respectivos tipos de solo enunciados em seu primeiro e segundo parágrafos. Ninguém deve, portanto, se surpreender, alertados por aquelas críticas doutrinárias, que não seja raro encontrar nas decisões judiciais esforços para introduzir critérios corretores que restrinjam, de qualquer forma, seu âmbito de aplicação.

O que precede, no entanto, não significa que não seja possível constatar a presença de outros tipos penais igualmente elaborados sobre a base de presunções, mas no que diz respeito àqueles, não é tão evidente o juízo acerca de sua compatibilidade com os princípios básicos. Para isso, sem ser exaustivo, vamos agrupar sua fenomenologia em torno de uma série de grupos que ajudem a advertir sua presença no Código Penal (item 2), como pressuposto para abordar em um momento posterior o julgamento sobre a sua origem e, em última análise, se essas outras *suposições* devem ser banidas dos artigos do Código Penal (item 3).

2. Algumas manifestações das presunções no Código Penal. Grupos de casos

2.1 Presunções orientadas para a ultrapassagem dos pressupostos ordinários da intervenção penal

Dentro deste grupo poderiam ser incluídas todas aquelas suposições legais inspiradas pela finalidade de antecipar o momento da intervenção deste ramo do ordenamento Jurídico. Nele, caberia de modo pragmático, a recusa aos *crimes de perigo abstrato*, nos termos

suprarreferidos. Junto a eles, também poderiam ser citadas outras técnicas legislativas que, em última instância, respondem a uma presunção. Não há outra base comum presente nos chamados *crimes de acumulação*, cuja principal manifestação pode ser encontrada em sede dos crimes contra o meio ambiente. As críticas levantadas contra eles são reiteradas, não sendo o momento de refletir sobre o assunto.² Agora interessa apenas destacar que eles se ligam, em última instância, com uma *suposição*, em particular, qual seja, embora de forma isolada, as condutas não possuem lesividade material suficiente para justificar a intervenção do sistema penal, vão *convergir* com o que realizam outros agentes, com o resultado, então, de sua lesividade.³

No mesmo grupo estariam todos aqueles preceitos que punem antecipadamente uma conduta por representar um indício irrefutável do futuro cometimento de um crime. Como exemplo poderia citar a tipificação da posse de “programas de computador destinados especificamente” ao cometimento de uma fraude de informática, que o legislador já valora como um ataque ao bem jurídico patrimonial, sob a alegação de a conduta estar orientada para a posterior realização daquela fraude. De fato, até que ponto está fortalecida esta presunção que o pune com a mesma pena da fraude de informática sem esperar sequer o início de sua execução (art. 248.3 do CP espanhol). No mesmo sentido, pode-se citar o art. 189.1 do CP espanhol, que pune a posse de material pornográfico envolvendo menores ou incapazes. Agora o legislador também considera que, quando preenchidos os requisitos do preceito, tal conduta está encerrada e em todo caso há uma lesividade antecipada para interesses relacionados com a liberdade sexual sem necessidade de recorrer, portanto, aos esquemas da tentativa do crime correspondente.

2.2 Presunções orientadas para conseguir a igualdade no tratamento dos autores onde se verifica sua capacidade de culpa

Um dos complexos problemas que o Direito Penal tem de sempre solucionar é relativo à fixação de determinados limites para considerar se um sujeito ativo, em particular, possui capacidade suficiente de motivação para considerar-se um destinatário da norma

2....Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid, 2001.

3...Na doutrina alemã, VOGEL, J., refere-se ao caso do crime de fraude de crédito (§ 265 b StGB), que protege o funcionamento do sistema de crédito. Como indica o autor, o sistema não resta danificado pela existência de uma única fraude de crédito, em Los limites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán. *Estudios de derecho penal económico*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios, 18), Cuenca, 1994, p. 51. Pode ser encontrada no site: <<http://www.cienciaspenales.net>>.

penal e, com isso, estar apto para um julgamento de reprovação pelos comportamentos delitivos que cometeu. Deixando de lado a problemática própria dos incapazes, sobre a impossibilidade de estabelecer regras gerais, o Código Penal determina que os Tribunais de Justiça tenham de valorar em cada caso seu grau de capacidade,⁴ o problema da fixação de critérios uniformes para traçar o começo da responsabilidade penal propõe-se com relação aos menores de idade.

Sem adentrar nos complexos problemas de sua regulação e nas críticas de que tem sido objeto,⁵ neste momento interessa apenas centrar a atenção nas opções que o legislador se depara na hora de estabelecer os critérios, a saber, estabelece limites rígidos de idade que levam automaticamente a consideração do menor infrator como adulto; define intervalos de idade dentro dos quais o juiz possa comprovar e valorar, em cada caso, a específica capacidade do menor. Nosso Código Penal sempre optou pelo primeiro desses modelos, até o ponto das recentes reformas o levarem ao fracasso, restando um único vestígio de graduação da capacidade do jovem delinquente, conforme as suas circunstâncias, contemplado pela LO 5/2000, de 15 de janeiro. Com efeito, a LO 8/2006, de 4 de dezembro renunciou definitivamente em conceder qualquer tipo de valoração ao juiz para apreciar no caso concreto a capacidade daquele em submeter-se a um regime especial quando se encontrasse com uma idade compreendida entre 18 e 21 anos. Assim, confirmou a técnica de recorrer a presunções rígidas sobre a capacidade dos menores e jovens atendendo apenas ao dado cronológico de sua idade.

É certo que a grande vantagem desta opção legislativa é introduzir segurança jurídica no tratamento dos menores infratores e, ao mesmo tempo, garantir um trato *formalmente* igualitário deles. Tudo isso com base na presunção sobre o momento em que adquirem a idade necessária para serem considerados como adultos, para efeitos penais. No entanto, sua grande desvantagem é o desconhecimento das diferentes condições de maturidade mental e psíquica em que pode se encontrar o menor, ao ponto que a vantagem da igualdade de tratamento acaba se transformando na insensatez mais absoluta em face de suas condições pessoais e, com ela, acaba se caminhando para às mais aberrantes desigualdades imagináveis. Nada será capaz de remediá-las devido ao caráter *iuris et de iure* com que se configura a presunção, de tal modo que será custoso ao advogado do menor demonstrar a imaturidade mental de seu cliente, o juiz terá de se fazer de surdo àquela alegação ou reconduzir a mesma a uma construção forçada, podendo ser vista com uma anomalia mental.

4.... Sobre o mesmo, ver GOMEZ RIVERO, M. C. Nuevas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental. *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder judicial. Escuela Judicial*, v. 1, 2006, Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, p. 297 ss.

5.... Deles ocupo em meus trabalhos: Nuevas orientaciones doctrinales... cit., p. 297 ss.

No entanto, o certo é que dificilmente poderá ser considerado como tal apenas um atraso na maturidade do menor, explicável somente pelo seu regime de vida, seu ambiente, seu nível cultural, o clima afetivo em que se desenvolve, ou qualquer outra circunstância condicionante de seu desenvolvimento evolutivo.

2.3 Presunções baseadas nas posições relativas dos sujeitos ativos e passivos do crime: a hipótese mais injusta no caso dos tipos relacionados com a violência de gênero

A LO 1/2004 introduziu diferentes medidas orientadas a conceder uma proteção especial para mulheres em relacionamentos afetivos; em particular, a conversão automática em crime das condutas leves de ameaças (art. 171.4), a mesma elevação a categoria de crime das condutas de coações (art. 172.2), e no capítulo das lesões, um agravamento por conta da sua qualidade ao tipo básico do art. 148.4, assim como a consideração como crime das condutas de lesões (art. 153). De todas elas, vamos nos deter apenas na presunção contida no art. 153 do CP, por ter sido pronunciado pelo Tribunal Constitucional na Sentença 58/2008, em 14 de maio, sobre a suposta inconstitucionalidade da norma por ocasião da apresentação de uma questão de inconstitucionalidade pelo juiz do Tribunal Penal Internacional n. 4 da região de Murcia.

Segundo o preceito, *“aquele que por qualquer meio ou procedimento causar a outro prejuízo psíquico ou uma lesão não definida como crime neste Código, ou ferir ou maltratar a outro sem causar-lhe lesão, quando a ofendida seja ou tenha sido esposa, ou mulher que esteja ou estivesse ligada a ele por relação análoga de afetividade ainda que sem convivência, ou pessoa particularmente vulnerável que conviva com o autor, será punido com a pena de prisão de seis meses a um ano ou trabalhos em benefício à comunidade de trinta e um a oitenta dias, e, em qualquer caso, privação do direito à posse e porte de armas de um ano e um dia a três anos, bem como, quando o Juiz ou Tribunal entender adequado para o interesse do menor ou incapaz, desabilitará o autor do exercício do pátrio poder, tutela, curatela, guarda ou acolhimento até cinco anos”*.

Para compreender seu verdadeiro alcance convém recordar que, de acordo com a LO 1/2004, “violência de gênero” é entendida “como a manifestação da discriminação, a situação de desigualdade e as relações de poder dos homens sobre as mulheres, se exerce sobre estas por parte daqueles que são ou foram seus cônjuges ou dos que estão ou estiveram vinculados a elas por semelhantes relações de afetividade, mesmo sem convivência” (art. 1). Esta concepção da violência de gênero é a que recorre o art. 153.1 para justificar a previsão de um regime especial e sem dúvida mais grave, para estes casos, ainda que resultem em lesões de menor proporção.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

O Tribunal Penal Internacional n. 4 da região de Murcia, por despacho de 29 de julho de 2005, levantou a questão de inconstitucionalidade relativa a este preceito, sobre o qual se pronunciou o Tribunal Constitucional. A atenção à mesma é importante já que boa parte dos argumentos pronunciados naqueles autos, para colocar em dúvida a constitucionalidade da norma, referiam-se precisamente à presunção – *iuris et de iure* – que contém a necessidade, sempre e em todos os casos, de proteger de forma especial as mulheres em qualquer hipótese em que foram objeto de violência, até mesmo das manifestações mais leves. Em especial, o titular do Tribunal Penal denunciava que o preceito repousava sobre a base de presunções legais, alheias à exigência de prova no caso concreto, e fundadas apenas no sexo do respectivo autor e da vítima, bem como na relação entre ambos. E mais, como também denunciava a questão de inconstitucionalidade levantada, essa presunção pode tomar como referência vários aspectos, sem que nenhum deles consiga estar isento de críticas do ponto de vista do respeito de alguns princípios básicos do Direito Penal.

Assim, em primeiro lugar, poderia interpretar-se que a norma estabelece a *presunção acerca da intenção discriminatória* inspiradora da conduta do sujeito ativo, de tal modo que cada vez que se constatar uma hipótese de violência – leve – do homem sobre a mulher em função do relacionamento entre ambos, descrito pelo tipo, teria de ser presumido que a finalidade motivadora da atuação do agente seria a de promover uma suposta posição de inferioridade da mulher que, de forma histórica, tem acompanhado a sua realidade e posição social.

No entanto, se este fosse o caso, tal presunção, como afirma vigorosamente a questão da inconstitucionalidade, não só violaria os princípios de igualdade, culpabilidade e do direito básico à presunção de inocência, mas seria a recuperação do Direito Penal do autor, nos termos em que qualquer homem teria de responder por aquilo que fizeram no passado – ou no presente – outros indivíduos que compartilham do mesmo sexo. Ao contrário, se o que se quer é realmente evitar a discriminação da mulher, o papel do Direito seria o de cobrá-lo pela conduta específica, sem que o importante seja a constatação do que o sujeito faz ou fez no passado. Além disso, o resultado mais surpreendente é que essa presunção de discriminação se refira no Código Penal justamente às manifestações mais leves de violência contra a mulher, sem a existência de uma previsão específica que atenda os casos de maltrato habitual, em que se revela inequivocamente o “perfil de abusador”.

Mas, em segundo lugar, não seria mais aceitável interpretar que a presunção que incorpora o art. 153.1 se refere a um aspecto objetivo: ao *abuso da superioridade* de que as mulheres são objeto diante dos homens, o que tornaria mais vulnerável ainda os que pertencem a tal gênero. Como também se acolheu nos autos de abordagem da questão de inconstitucionalidade, tal presunção chocaria frontalmente de novo com os princípios básicos do Direito Penal. Em especial porque, de acordo com os autos, o abuso de superioridade é um agravante “relacional”, no sentido de que exige uma comparação de forças e capacidades de ataque e defesa dos sujeitos ativo e

passivo, respectivamente. Por isso, tal presunção só seria admissível se, por sua vez, pudesse supor no homem uma capacidade maior de ataque e, paralelamente, se pudesse esperar uma limitada ou reduzida capacidade da defesa das mulheres. Se partissem dessas premissas para chegar àquela conclusão, além de vulnerar novamente os direitos básicos como a presunção de inocência ou a igualdade, atentar-se-ia contra o direito à dignidade da mulher. E mais, o resultado seria o mesmo, a mulher como ser fraco, necessitado por definição de uma proteção especial, quase tutelar.

Finalmente, em terceiro lugar, pelas mesmas razões teria de ser descartada uma possível justificação da presunção já que ela mesma tomou como referência a especial *vulnerabilidade* da mulher em face do maltrato de seu parceiro, pois, como afirma a questão de inconstitucionalidade, uma coisa é identificar, por meio das estatísticas, estudos ou relatórios sobre a realidade sociológica e adotar as medidas legislativas coerentes com esta identificação, e outra muito diferente é presumir sempre que toda mulher vítima de um maltrato ocasional, por parte de seu parceiro ou ex-parceiro masculino, necessita de proteção especial por pertencer a esse grupo de risco, qualificado como vulnerável. É evidente que, dessa forma, estaria incidindo de novo na imagem da debilidade e fraqueza da mulher como uma pessoa inferior, com a conseqüente lesão de seu direito fundamental à dignidade.

Por fim, basta repassar as três possíveis referências da presunção contidas no art. 153.1 para advertir que em relação a qualquer uma delas sua presença é incompatível, por apresentar distorção com os postulados básicos não apenas do Direito Penal, mas, já antes, do Direito Constitucional. Resulta, no entanto, notório que o Tribunal Constitucional, na Sentença de 14 de maio de 2008, desconhecia cada um desses argumentos para manter a constitucionalidade de um preceito que representa o expoente paradigmático das distorções próprias das presunções no Direito Penal. Na realidade, a sensação que tinha o Alto Tribunal foi muito clara desde o início que, por razões de conveniência transcendentais aos argumentos jurídicos, caminhava para manter a constitucionalidade do preceito. Pode-se dizer que utilizava um argumento extremamente pobre, por seu caráter circular. Bem, deixando de lado outros aspectos seriamente questionáveis da falha,⁶ chega a ser exaustiva a fundamentação do Tribunal no seu julgamento sobre a constitucionalidade da norma “as agressões que o homem comete contra a mulher que é ou foi sua parceira afetiva tem uma gravidade maior que quaisquer outras

6... Como o fato de que aponte de forma vaga e imprecisa algumas possíveis interpretações que poderiam tornar inconstitucional o preceito, mas sem fazer uma declaração expressa e contundente a este respeito, como seria de esperar de um pronunciamento de tal tipo. Em concreto, no seu FJ 4, referindo-se à interpretação dos sujeitos ativos, cabe apontar que, se a interpretação feita pelo titular do Julgado, promotor da questão de inconstitucionalidade “fora a única possível, e não possuem outras interpretações, como as expressas em numerosas declarações de juizes e tribunais comuns”, conclui que “a autoria necessariamente masculina do crime é o resultado de uma das possíveis interpretações dos termos do enunciado legal”, e que “não se pode também compreender que a mulher pode ser sujeito ativo do crime”. Sobre a inaceitável imprecisão e incerteza de tal ponto, ver o voto especial do acórdão que fez o juiz D. Jorge Rodríguez-Zapata.

no mesmo âmbito relacional pois correspondem a um profundo tipo de violência que é manifestação da discriminação, a situação de desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres” (FJ 9). Isto é, o Alto Tribunal converte seu raciocínio em premissa, precisamente na conclusão que queria chegar.⁷ Dessa forma, justifica a presunção *iuris et de iure*, que incorpora o art. 153.1 sobre a especial necessidade de proteção da mulher, com outra presunção que também adota o *iuris et de iure*: uma constatação razoável da maior gravidade das condutas que realiza o homem sobre sua parceira ou ex-parceira feminina sobre a base de seu significado social objetivo e de sua singular lesividade para a segurança, a liberdade e a segurança das mulheres. Com tal procedimento o Tribunal entrou em um círculo vicioso com o que evitava abordar, a consistência real da presunção e que, por isso, repetia de forma exaustiva. Para comprovar, basta reproduzir outra parte da passagem: “*Não é o sexo em si dos sujeitos ativo e passivo que o legislador leva em consideração para efeitos agravatórios... mas o caráter particularmente lesivo de certos fatos a partir do âmbito relacional em que se produzem e do significado objetivo que adquirem como manifestação de uma grave e profunda desigualdade*” (FJ 9). Da leitura deste parágrafo resulta evidente que o Tribunal fez ouvidos surdos para as razões de fundo do recurso, porque: como pode se presumir sempre esta situação? E, se o fez, como é que pode ignorar que isso se converte em uma manifestação de um Direito Penal do autor, com a consequência de que o sujeito responderia porque existiu uma “profunda” desigualdade? Ou, por acaso, alguém poderia dizer que o homem, em particular, é o responsável por essa profunda discriminação? Para compreender o absurdo do argumento bastaria pensar em outros casos: durante anos os negros têm sido alvo de discriminação por parte dos brancos. Deveria se entender, então, nos dias atuais, que, diante de um desentendimento, estar-se-ia perante um daqueles atos de discriminação, tendo em vista a “profunda” desigualdade?

Digna da insensibilidade do Tribunal é outra afirmação que realiza em sua FJ 11, com a que pretende escapar do inaceitável das presunções: “O legislador não presume um maior desvalor na conduta descrita dos homens... Não se trata de uma presunção normativa de lesividade, mas da constatação razoável de tal lesividade a partir das características da conduta descrita e, entre elas, a de seu objetivo como reprodução de um profundo modelo agressivo de conduta contra a mulher por parte do homem no âmbito de casal”. Em face do empenho cego e obsessivo do Tribunal por desconhecer a fundo esse “significado objetivo”, surgem sérias dúvidas: agora nosso autor também deve responder por esse profundo modelo? Realmente o reproduz e está na sua mente fazê-lo quando realiza o que este crime pune, ou seja, um leve e isolado comportamento de violência?

7.... Veja o voto apresentado pelo Juiz D. Vicente Conde Martin das Filhas: “A Sentença, porque, apesar da sua extensão, se assenta sobre o vazio, porque em todo seus fundamentos... reaparece em cada caso, por meio de uma constante, a alusão ao maior desvalor e gravidade, desprovido de partida...de justificação argumentativa na Sentença”.

Não é de espantar, portanto, que, contra a sentença foram formulados quatro votos.⁸ Deles, nos interessa concentrar nas considerações do Magistrado D. Javier Delgado Bairro, o qual, sobre a base da imprecisão da Sentença,⁹ sugeria que da falha devesse ser deduzido que, quando não coincidissem o maior desvalor constantemente referido pela sentença, o preceito resultaria inaplicável. Sem prejuízo da possibilidade de concluir que o Tribunal está afirmando o apontado pelo Magistrado, o importante aqui é que a única via para uma interpretação plausível do tipo penal seria a do Alto Tribunal, o qual teria eliminado o caráter *iuris et de jure* da presunção e teria configurado como *iuris tantum*, expulsando dessa forma do Código Penal, por sua incompatibilidade com a Constituição, um dos recursos mais preocupantes do emprego desta técnica.

2.4 Presunções relativas ao concurso dos elementos que determinam a proibição da conduta

Podemos incluir nesta seção aquelas suposições relativas à identificação do concurso de determinadas circunstâncias fáticas com os elementos que em geral configuram o suposto fato da conduta típica. Dentro dela, vamos tratar separadamente de seus pressupostos paradigmáticos. Por um lado, as presunções incorporadas nos crimes contra a liberdade sexual; por outro, as relativas aos crimes contra a segurança do tráfego.

2.4.1 No âmbito dos crimes contra a liberdade sexual

No capítulo dos crimes contra a liberdade sexual é comum encontrar suposições de lesividade da conduta que têm a ver com a condição ou qualidade do sujeito passivo; em particular, essas presunções se traduzem na fixação de determinadas idades, a partir das quais o legislador considera que a prática dos comportamentos sexuais, que respectivamente descreve, comporta um dano para o sujeito passivo. Exemplo paradigmático podemos encontrar nos crimes contra a liberdade e a indenização sexual; em especial, no que diz respeito às condutas que se consideram lesivas a este último bem jurídico. Assim, o art. 183.1 fixa a idade, para fins de abuso fraudulento, entre os 13 e os 16 anos; o art. 185 considera puníveis as condutas de exibicionismo quando se realizam contra os incapazes e menores de 18 anos. A mesma idade estabelece o art. 186 em relação às condutas de venda, distribuição ou exibição de material pornográfico;

8.... Formulada pelo juiz D. Vicente Conde Martin das Filhas, D. Javier Delgado Bairro, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez e D. Ramón Rodríguez Arribas. A eles, teria que acrescentar o Juiz D. Roberto Garcia Calvo, que morreu antes deste relatório ser escrito.

9.... A crítica que este *implicitamente* declara é a constitucionalidade do preceito questionado se atende a sua literalidade, no lugar de reconhecer na falha, como seria próprio das sentenças interpretativas, de forma clara e expressa o sentido em que deve se interpretar o preceito.

o art. 187 para fins de considerar punível o favorecimento da prostituição, quando sem violência ou intimidação, bem como art. 189 no que diz respeito às diferentes condutas que tipifica, incluindo a corrupção de menores. Mas, sem dúvida, o expoente mais ilustrativo do recurso à fixação de idades mínimas para eliminar o injusto dos delitos contra a indenização sexual é o art. 181.2 (e, ainda que implicitamente, o 178), o qual, ao tipificar a conduta de abuso sexual dispõe que “*se consideram abusos sexuais não consentidos os que são executados em menores de treze anos, sobre pessoas que estão privadas de sentido, ou de cujo transtorno mental se abusar*”.

Como dizíamos anteriormente, esta última cláusula serve (talvez melhor do que nenhuma outra) como expoente dos problemas que comporta o recurso das presunções no Direito Penal, e não apenas pela relatividade em geral com que tipifica a conduta. Uma das razões seria que, até a reforma operada nestes crimes pela LO 11/1999 – que introduziu a referência ao bem jurídico indenização sexual – aquele limite era fixado nos 12 anos. Uma vez estabelecido tal limite geral, resulta impossível equiparar no grau de maturidade, e conseqüentemente, isso afeta o desenvolvimento evolutivo de todos os menores de idade inferior à fixada. Com efeito, as dificuldades e incongruências a que conduz esta opção se manifestam mais claramente nos casos em que ambos os sujeitos da relação, ativo e passivo, têm curta idade. Imaginemos, por exemplo, o relacionamento entre um rapaz de 13 ou 14 anos e uma menina de 12 anos, provavelmente esta última mais madura que aquele. As possíveis situações absurdas foram denunciadas por alguns autores, por isso não haveria sentido em reproduzi-las aqui,¹⁰ no entanto, talvez convenha recordar um caso para evitar tais conseqüências. Sirva como exemplo a STS de 18 de abril, um caso em que um jovem equatoriano de 24 anos tinha mantido relações sexuais completas e consentidas com uma menina de 12 anos. Tal como foi demonstrado na sentença, esta apresentava uma maturidade mental superior a sua idade, enquanto que o jovem tinha um baixo nível cultural, bem como grau de maturidade inferior ao que corresponderia a sua idade cronológica. O Tribunal Supremo, consciente de que a aplicação estrita do art. 181.2 teria levado a conseqüências absurdas, dada a dificuldade de valorar um prejuízo à indenização sexual da menina, julgou em tal caso um erro de proibição invencível por parte do jovem, baseado tanto em sua menor maturidade, como nos costumes de seu país, responsáveis por induzi-lo a tal erro.¹¹

10.. Vid. por todos os trabalhos de MUÑOZ CLARES, J. A presunção de in consentidas relações sexuais com menores de 13 anos. *Revista de Geral Direito Penal*, n. 2, nov. 2004, e “*doutrina supremo fim da tribuna sobre o regime das presunções em direito penal, e, em especial, a presunção de in consentidas relações com uma criança menor de 13 anos: Análise dos SSTS (Segunda Secção) o 411/2006 da Comissão, de 18 de Abril, e o 476/2006 da Comissão, 2 de Maio (e II), na visão do direito penal, núm. 6 de Novembro de 2006*”.

11.. Vid. o comentário o mesmo de MUÑOZ CLARES; J. *Visão geral do direito penal*, n. 6, nov. 2006.

Sem necessidade de avaliar o raciocínio da sentença, o importante é expor que nos tipos delitivos em que se incorporam presunções como esta, a busca de expedientes interpretativos para convertê-las em *iuris tantum* e, portanto, a fim de evitar a aplicação estrita do preceito em seus termos literais, justifica realizar às vezes autênticas piruetas interpretativas para evitar lesões aos princípios básicos do Direito material e processual penal; neste caso, o direito fundamental de defesa e, desde o ponto de vista material, o respeito ao princípio da *lesividade*, base, por sua vez, irrenunciável do princípio dorsal da *mínima intervenção* penal.

2.4.2 No âmbito dos crimes contra segurança de trânsito

A este tópico pertencem as reformas introduzidas no Código Penal pela LO 15/2007, de 30 de novembro, a qual modificou a LO 10/1995, de 23 de novembro do Código Penal, em matéria de segurança viária.

Em primeiro lugar, deve-se citar a nova regra contida no art. 379.1, que pune quem “*conduzir um veículo de motor ou um ciclomotor a uma velocidade superior a sessenta quilômetros por hora em via urbana ou em oitenta quilômetros por hora em via interurbana legalmente permitida*”. Ao tipificar a mera superação de tais níveis de velocidade, o legislador se desentende por completo das circunstâncias que de fato cercam a condução (concurso com outros condutores ou pedestres, existência de perigo concreto etc.) para considerá-la em todo caso punível. Ainda, caberia mencionar o segundo parágrafo do mesmo artigo que, após tipificar a conduta de quem vai conduzir “um veículo de motor ou ciclomotor sob a influência de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou bebidas alcoólicas”, considera em todo caso a punição de quem “*conduzir com uma taxa de álcool no ar expirado superior a 0,60 miligramas por litro ou com uma taxa de álcool no sangue superior a 1,2 gramas por litro*”. Superados estes limites e sem necessidade alguma de comprovar o específico envolvimento do condutor, a norma *presume* a existência do conteúdo material do injusto. O resultado é simples, se o motorista demonstrar ter conduzido em tais circunstâncias, não terá possibilidade alguma de sua alegação prosperar. Ou seja, embora o bafômetro tenha acusado 0.65 miligramas por litro, o motorista não teve prejudicada de forma significativa sua capacidade de condução, no entanto, qualquer prova pericial em contrário estará de antemão condenada ao fracasso e, com ela, as possibilidades de defesa do sujeito.

Sem abandonar o mesmo capítulo de crimes, a reforma introduziu igualmente uma importante presunção, em relação agora aos casos de condução com temeridade manifesta. Para tais efeitos, dispõe o art. 380.2 que “*se reputará manifestamente temerária*” a condução em que concorra o excesso de velocidade que pune o art. 379.1 (velocidade superior a sessenta quilômetros em via urbana ou oitenta em via interurbana à legalmente permitida) e sob os efeitos de álcool quando se superam os limites que já penaliza o art. 379.2.

No fundo, em todos esses casos a conduta é punida com base na suposição de uma lesividade, sem importar a efetiva concorrência ou não de uma situação de risco, ou, o que é o mesmo, trata-se de crimes elaborados sobre a técnica do “perigo abstrato”, algo que, como já vimos, não representam mais do que uma das manifestações das presunções em Direito Penal.

2.5 Presunções relativas à culpa dos autores

Sob tal título, compreendemos as presunções destinadas a supor nada menos que a responsabilidade dos autores por determinados comportamentos o que parece a lógica sua existência no Código Penal atual, vez que um dos princípios básicos é a impossibilidade de exigência de responsabilidade se não se demonstrou em cada caso, ao menos, a atuação negligente do autor. Assim consagra expressamente o art. 5 do Código Penal, quando dispõe que “*não há pena sem dolo ou imprudência*”.

Não é de se surpreender, portanto, que o Código Penal de 1995 tenha colocado fim em uma antiga suposição deste tipo no âmbito dos crimes contra a liberdade, em particular, no capítulo dos crimes de detenções ilegais. Refiro-me à presunção que estava presente no Código Penal de 1973, relativa aos réus que não davam notícias do paradeiro do sequestrado. A julgar pela pena que se previa, reclusão – a então prevista para o homicídio –, não poderia concluir-se mais que o legislador implicitamente presumia que o sequestrado tinha morrido em mãos de seus sequestradores (art. 483 CP/1973). Esta presunção, que com razão tinha sido objeto das mais duras críticas doutrinárias,¹² foi definitivamente abolida pelo Código Penal de 1995. Diante disso, o atual art. 165 se limita tão somente a ordenar a imposição da pena superior a sua metade, renunciando, portanto, a traduzir em seu *quantum* qualquer suposição acerca da morte do sequestrado.

Apesar do desaparecimento tão digno de aplausos desta presunção, a verdade é que ainda podemos encontrar nos artigos do Código outras suposições seriamente incompatíveis com o mesmo princípio. Seria o caso do contido no art. 30.2, quando estabelece uma responsabilidade para os casos em que o crime se cometa utilizando meios ou suportes de difusão mecânicos. Para esses casos, após a identificação dos autores, o art. 30 prevê a responsabilidade dos diretores da publicação ou programa, dos diretores da empresa editora, emissora ou difusora, bem como da empresa gravadora, reprodutora ou impressora. Não é difícil advertir que o respeito ao princípio da culpabilidade exigiria que pudesse ser demonstrado que, efetivamente, tais sujeitos tinham real conhecimento do publicado, e não

12..Vid. MUÑOZ CONDE. *Direito penal*. Parte especial. 7. ed. Valencia, 1988. p. 144.

meramente possível ou suposto, já que de outra forma apenas cabe concluir que a mesma se assenta sobre um juízo de responsabilidade objetiva, sob a qual a pena é imposta sobre aqueles pela mera posição que ocupam.

2.6 Presunções orientadas a determinar a gravidade objetiva da conduta

Sob esta seção se discutem os casos em que a utilização de determinadas suposições no tipo penal responde ao esforço por traçar critérios que delimitam a gravidade da conduta, em termos quantitativos. É o que ocorre naqueles crimes cujo injusto tem um papel circunstancial, já não tanto o desempenho de determinado comportamento, mas a quantidade ou volume dele. Exemplos nesse sentido são todos os relacionados com a Fazenda Pública e a Segurança Social. Como é sabido, com eles não se pretende incriminar qualquer forma de fraude à Fazenda Pública, mas apenas os comportamentos fraudulentos que, por sua entidade quantitativa, adquirem particular importância. Isso explica que, por exemplo, no crime de fraude fiscal, apenas quando o montante das fraudes supere 120.000 euros se considere crime, enquanto o resto das fraudes que não atinjam esta quantia resultam impunes no sistema penal. Deixando de lado o debate em torno de sua consideração como resultado do crime ou como condição objetiva da pena, o importante é que com o estabelecimento de determinadas quantias o legislador traça, com base na presunção da relevância do comportamento, o momento da intervenção penal.

3. Valoração

Nas páginas anteriores fizemos uma breve exposição de alguns dos pressupostos que o legislador opta para configurar a conduta típica, ou alguns dos seus elementos, baseados em presunções. Como temos observado, as mesmas são especialmente propensas a merecer um julgamento de rejeição no sistema penal, devido à incompatibilidade em geral de sua estrutura com os princípios próprios deste ramo do Ordenamento Jurídico.

Sendo assim é, não só resulta evidente tendo em vista as críticas que expusemos, como também pelas importantes reações doutrinárias produzidas, como veremos a seguir. Resta evidente também, ao observar a própria atitude do legislador, que foi corrigida, eliminando algumas das presunções incompatíveis de forma mais enfática com aqueles princípios, como é o caso do desaparecimento da presunção, implícita no art. 483 do CP/1973, de que os sequestradores haviam matado a vítima, quando não davam indícios de seu paradeiro, anteriormente referida.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Apesar daquele desaparecimento, o certo é que as presunções ainda presentes nos artigos do Código Penal resultam, ao menos em um bom número de casos, frontalmente incompatíveis com alguns princípios básicos tanto materiais como processuais. Por isso, não é de se estranhar as severas críticas que a doutrina tem apontado contra elas. As mesmas não se limitam apenas a algumas manifestações pontuais daquela técnica com tendências atuais do Direito Penal, como vimos que é o caso dos crimes de perigo abstrato ou crimes de acumulação, mas se dirigem em geral contra as manifestações de rejeição às presunções neste ramo do Ordenamento jurídico.¹³ De fato, a doutrina tem se esforçado não apenas em denunciar a violação de princípios e garantias relacionados a este tipo de presunções, mas tem realizado importantes esforços interpretativos para evitar sua aplicação com o valor de presunções *iuris et de iure*.

Entre estas propostas interpretativas, merece destacar-se a realizada por [Muñoz Clares](#) em relação aos crimes contra a indenização sexual, em particular, no que diz respeito à presunção contida no art. 181.2 do CP. Para esse autor, desde o ano 2000, data em que se deu uma nova redação a determinados preceitos da Lei de Processo Civil, conforme a reforma realizada pela LO 1/2000, de 7 de janeiro, teria que entender-se que todas as presunções que contempla o Código Penal têm um valor *iuris tantum*, salvo que o texto legal dispôs expressamente o contrário. Assim, considera que deveria entender-se por jogo dos arts. 4, 385 e 386 daquela norma, elaborados em conformidade com a referida LO 1/2000. Segundo o primeiro deles, o 4.º, “*para efeito de disposições nas leis que regulam os processos penais... serão de aplicação, a todos eles, os preceitos da presente Lei*”. Nas palavras do autor, dado que a Lei de Processo Criminal não contém preceito algum que oriente sobre a interpretação das presunções tanto legais como judiciais, resultam de aplicação do processo penal os arts. 385 e 386 LEC. Segundo o art. 386.2, “*Frente a possível formulação de uma presunção judicial, o litigante prejudicado por ela sempre poderá praticar a prova em contrário ao que se refere o parágrafo 2º do artigo anterior*”. Segundo o art. 385.2, “*quando a lei estabelece uma presunção salvo prove em contrário, esta poderá dirigir-se tanto a provar a inexistência do fato presumido como a demonstrar que não existe no caso em particular, o enlace que tem de haver entre o*

13..Na doutrina alemã vid., por todos: VOGEL, J. Os limites constitucionales... cit., p. 43 e ss. Este autor faz uma viagem pelos diferentes tipos de presunções presentes no código penal alemão, concentrando a atenção nas relativas ao direito econômico, incluindo as contidas nas normas extrapenais com possível traslado ao Código Penal, como as previstas no parágrafo 38 GWB (Lei de práticas restritivas da concorrência), que impõe uma pena às empresas que têm abusado de sua posição dominante no mercado, considerando como exemplo o parágrafo 22.3 da dita lei, os casos em se tem ao menos uma terceira parte do mercado. Deve-se lembrar que as presunções devem superar as exigências do princípio material da culpabilidade e reserva de lei, e o processo da busca pela verdade material, necessidade de convicção judicial e “*in dubio pro reo*”, concluindo-se que ao juiz é proibido afirmar a existência do crime como presumido. “Mas o legislador não pode desprender-se deste dever, seja formulando tipos nos quais contenham presunções abertas ou regras processuais da prova, mediante as quais se dispensa ao juiz afirmar o crime com certeza. Especialmente as presunções materiais abertas são inconstitucionais, pois supõem uma *contradictio in adjecto*- ou de outra forma: uma contradição pragmática -afirmar a certeza mediante uma presunção”.

fato que se presume e o fato provado ou admitido que fundamenta a presunção". Por fim, o n. 3 do mesmo artigo estabelece que toda presunção admite prova em contrário, "*salvo nos casos em que expressamente proibidas*".

A partir do jogo destes preceitos e de sua relação com a LECr., entende o autor que o estabelecimento de uma presunção *iuris et de iure* tem de ser o resultado de uma decisão expressa do legislador, sem que possa a jurisprudência negar a possibilidade de admitir provas em contrário nos casos em que a Lei assim não determine. Para os demais, [Muñoz Clares](#) sai em busca das possíveis objeções que poderiam ser formuladas, basicamente a relativa a que os preceitos da LEC tem caráter processual, não substantivo, argumentando sobre a base da distinção artificial entre o Direito Penal material e processual.

Nem se precisaria dizer que o argumento supõe um passo importante na busca de critérios que permitam *contornar* a letra da lei. E dizemos contornar porque a verdade é que, com o art. 181.2 nas mãos, dificilmente poderia deduzir-se que a vontade do legislador realmente era esta, a de admitir prova em contrário quando poderia demonstrar-se a maturidade do menor. Não há melhor maneira de comprovar-se isto que o contraste entre a forma como está redigida a cláusula relativa à idade e a referente à proteção que dispensa os sujeitos que sofrem de algum tipo de transtorno mental, único caso em que inclui uma referência à verificação do abuso: incapazes "de cujo transtorno mental se abusar".

E mais, mesmo quando se aceitar esse raciocínio, este dificilmente poderia resultar aplicável a todos os casos em que o legislador estabelece presunções no Código Penal. Para entendê-lo, basta contemplar desde uma ampla perspectiva as diferentes manifestações daquelas que destacamos. Não será difícil advertir que enquanto umas parecem repousar na presunção de um *fato*, outras presumem que certas condições determinam a *valoração* da conduta como penalmente relevante, mas partindo sempre das circunstâncias fáticas efetivamente concorrentes sobre as quais não se realiza trabalho de suposição alguma. No primeiro caso que pertence o art. 181.2, parte do *fato alegado*, da *imaturidade* do menor de 13 anos e, portanto, da irrelevância de seu consentimento, ou no capítulo dos crimes contra a segurança do tráfego, o art. 379.2, que pune o que dirige com determinadas taxas de álcool no sangue, caso este que, mais uma vez, o legislador parece presumir um dado fático: a *redução das faculdades* do condutor com tais taxas.

Por outro lado, em outros casos, o legislador, a partir dos fatos efetivamente comprovados, considera que são dadas as condições que permitem *supor* como lesivo o bem jurídico protegido. Seria o caso, por exemplo, do art. 380.2, quando ordena ao juiz que considere como manifestamente temerária a condução que concorre com as circunstâncias previstas no parágrafo primeiro e no inciso segundo do parágrafo segundo do artigo anterior (superação de índices de velocidade e álcool).

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

A mesma presunção na valoração dos fatos está presente na matéria de tráfico de drogas no art. 369.5, quando se qualifica a conduta de facilitar drogas a menores de 18 anos, caso em que, sem chegar a pressupor circunstâncias fáticas (por exemplo, se o sujeito era previamente ou não um consumidor de drogas), *valora* em todo caso a conduta como objetivamente mais grave. Como acontece com os crimes contra o meio ambiente ou até mesmo contra a gestão do território, nos quais, ao menos em determinadas modalidades, a exigência de periculosidade típica apenas pode ser entendida com base nos crimes de acumulação, e com isso, mais uma vez, com base numa valoração suposta de lesividade que na realidade não corresponde à conduta isoladamente considerada.

A este mesmo grupo pertenceria aquela outra presunção que referíamos, relativa à idade do sujeito ativo para considerá-lo como adulto em termos penais. Tampouco nesses casos o legislador presume alguma característica factual da realidade (se assim o fizesse, teríamos a incapacidade do menor, por exemplo de 17 anos, para compreender o significado das normas penais). Longe desse proceder, o que expressa o critério é uma opção de política criminal segundo a qual se considera *conveniente* que, independentemente do seu grau de maturidade, os menores de idade não caiam nos tentáculos da justiça penal.

Para encerrar o capítulo de exemplos, é interessante fazer referência às presunções contidas nos crimes de violência de gênero (art. 153 ou a qualificação das lesões no art. 148.2 em atenção à qualidade das mulheres ou ex-mulher do autor). Pela dificuldade em geral implícita a eles, não é de se estranhar a complexidade para determinar o objeto da presunção. E tem-se que, embora à primeira vista, poderia extrair-se a conclusão de que o objeto da suposição é supostamente a maior debilidade ou impotência da mulher – factual – nas relações de afetividade (o que seria então a presunção de um fato), o certo é que (STC de 14 de maio de 2008), o que mais o bem supõe é a valoração das agressões que tem lugar como marco desta relação. Basta recordar um parágrafo da sentença: “*Não é o sexo em si dos sujeitos ativo e passivo o que o legislador leva tome em consideração com efeitos agravatórios...mas o carácter particularmente lesivo de certos fatos do campo relacional em que se produzem e de significado objetivo que adquirem como manifestação de uma séria e profunda desigualdade*”. Que realmente seja isso que esteja na base do preceito, desperta-se severas críticas. Mas isso nos levaria a um estudo distinto que excede o objeto destas linhas.

Neste momento, o que nos interessa é insistir na importância da distinção entre as presunções referidas a extremos fáticos, ou, ao contrário, à valoração dos fatos. Porque, como dizíamos, ainda que se aceite a referida interpretação proposta por [Muñoz Clares](#), a

mesma teria que limitar seu alcance ao primeiro grupo de casos.¹⁴ Basta pensar que quando, no entanto, o legislador opta por presumir em todo caso uma determinada valoração dos fatos, manifesta uma *decisão de política criminal* em torno do alcance da conduta típica, desta forma, qualquer correção por via exegética, suporia uma invasão na competência do legislador, de todo ponto inadmissível. Assim, por exemplo, se o juiz entender que a condução em velocidade superior a permitida em 80 quilômetros por hora em via interurbana deveria ficar impune no caso concreto pois se tratava de uma autovia completamente vazia, não estaria interpretando, senão *fazendo* a vontade do legislador de valorar, em qualquer caso, tal condução como lesiva à segurança do tráfego.

Ainda, mesmo nas suposições que previamente temos identificado como referidas a um extremo fático da conduta, tampouco poderiam despejar-se por completo as dúvidas sobre a admissibilidade de uma eventual prova em contrário. Para continuar com os crimes relativos à segurança do tráfego, retomemos ao exemplo da condução com índices de álcool superiores ao que determina o art. 379.2 do CP: até que ponto poderia interpretar-se com certeza que a vontade do legislador não foi a de punir *em qualquer caso* a condução em tais circunstâncias, sem estar disposto a admitir que, no caso em particular poderia demonstrar-se a ausência de uma redução significativa da capacidade do condutor? E no caso das relações sexuais com menores de 13 anos, com que grau de segurança poderia descartar-se que a vontade do legislador não seja a de considerar em termos *valorativos* que os menores dessa idade devem permanecer, em todo caso, ilesos em face das relações sexuais com independência do seu grau de maturidade e a posterior incidência do ato em seu desenvolvimento evolutivo? Em caso afirmativo, poderá então criticar-se energeticamente a incorporação do artigo do Código Penal de preceitos que carecem de conteúdo material do injusto. Mas como ocorre em tantos outros casos, e os crimes de perigo abstrato seriam outro exemplo, o que terá de fazer então é denunciar sua existência no Código, não desviar por via interpretativa a competência do legislador e, com isso, contornar o princípio da legalidade, limite inquebrável de qualquer interpretação, favoráveis ou contrários ao réu.

A este ponto, basta concluir que a introdução de qualquer limite na interpretação dessas regras exigirá um pronunciamento expresso do Tribunal Constitucional, tendo os crimes contra violência de gênero como exemplo de evidente manifestação. Sem essa legitimidade, a pretensão de praticar essas limitações suporia uma manobra para suplantiar por via exegética a letra da lei, prática inadmissível, que não parece ser necessário continuar insistindo.

14.. Ainda que na prática seja encontrar tal tipo de interpretações orientadas a limitar a aplicação da norma, também quando a presunção expressa uma valoração dos fatos. No campo da violência de gênero é o caso da Sentença da Audiência Provincial de Palmas, Sentença n. 76/2007, 9 de fevereiro, em que não se aplicou o art. 153 no caso concreto por entender que não era possível provar a vontade de discriminar, dominar e subjugar a vítima por parte do sujeito ativo, atitude que considerou que deveria ser comprovada para evitar a quebra dos princípios da presunção de inocência e igualdade.

Em vista de todo o exposto, falta apenas mencionar de modo geral o exílio definitivo do Código Penal dos vestígios de tais presunções *iuris et de iure*, por ser frontalmente incompatível com os *princípios* básicos que inspiram não somente a ordem material penal, mas também processual. O que não significa, no entanto, desconhecer que determinados casos certamente reclamam, por razões de *segurança jurídica*, a imposição de caracteres rígidos que venham dados aos aplicadores do Direito. Seria, com efeito, desconhecer a própria realidade das coisas, negar que em determinados casos seja necessária a fixação das regras de aplicação da lei penal, interesse também do Ordenamento Jurídico.

Em particular, a admissibilidade da técnica das presunções deve aderir aos casos em que com elas se trate de determinar ou contribuir para fixar em termos *quantitativos a gravidade objetiva* da conduta a partir da qual reage a ordem penal. Seria o caso, por exemplo, da fixação das quantias a partir das quais se considere o comportamento como constitutivo de crime nos tipos que são limítrofes com as infrações administrativas. Vale citar a fixação de 120.000 euros para considerar punível a fraude fiscal ou contra a Segurança Social (arts. 305 e 307 do CP, respectivamente), ou o da cifra de 80.000 para entender a fraude de subsídios (art. 308 do CP). São, em última análise, pressupostos que incorporam circunstâncias estritamente objetivas e que expressam uma opção de política criminal baseada em razões de funcionalidade, que somente o legislador pode tomar. Por isso, porque é uma decisão privativa deste e escapa a qualquer possibilidade de valoração por parte dos juízes e Tribunais, eles são obrigados a aplicar *ope legis* e sem possibilidade de qualificar tais previsões.

Tantas outras coisas teria que se dizer no tocante às condutas de objetiva lesividade, de modo que, por exemplo, quando se tem como sujeitos passivos menores de idade, aumentam as razões de sua proteção. Como caso paradigmático poderia citar-se o da referida qualificação incorporada ao delito de tráfico de drogas quando as mesmas se facilitem a menores de idade (art. 369.3). A diferença do que ocorre nos outros casos quando se trata de proteger menores diante de condutas que não *sejam*, por si só, prejudiciais para ele (relações sexuais), ao passo em que o consumo de determinadas substâncias tem comprovadamente efeitos nocivos para a saúde, devendo o juiz assumir sem margem de valoração a aplicação da agravante e sem possibilidade de atender a qualquer outra causa concorrente no caso (por exemplo, previa iniciação nas drogas por parte do menor), pois nada alcançaria a gravidade da conduta.

Ao contrário, quando aquelas presunções se fixem atendendo a critérios relacionados às circunstâncias do autor (maioridade penal), da vítima (crimes relativos à indenização sexual), à contemplação relativa das posições dos sujeitos ativo e passivo (delitos relacionados com a violência de gênero), a lesividade da conduta (crimes contra a segurança do tráfego), crimes que presumam a

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

culpabilidade do autor (presunções do art. 30 do CP) ou o bem pressupondo *per se* a gravidade objetivo da conduta (crimes de perigo), o respeito aos princípios básicos de Direito Penal reclama seu iminente desaparecimento do Código Penal, ao menos em sua versão de presunções *iuris et de iure*.

Provavelmente esta denúncia não encontre nem possa encontrar eco imediato nos tipos que contém tais presunções *iuris et de iure*. Não cabe mais espaço ao otimismo ao verificar o rentável que resulta no recurso à técnica das presunções tão caras ao Direito Penal atual. O ocorrido em matéria de violência de gênero, nos crimes contra a segurança do tráfego, ou com a decisão do legislador de 2006 de renunciar definitivamente a qualquer margem de apreciação das circunstâncias particulares para graduar a responsabilidade dos jovens delinquentes, não deixam muito espaço para a esperança e tão somente fazem pensar que talvez não sejam apenas exemplos isolados da fragilidade dos fundamentos do Direito Penal. Parecem ser, ao contrário, instrumentos fundamentais em climas tão propensos a contentar, a qualquer preço, à cidadania. Maus tempos para denúncias.

4. Referências bibliográficas

GOMEZ RIVERO, M. C. Nuevas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental. *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder judicial. Escuela Judicial*, v. 1, 2006, p. 297 ss.

MUÑOZ CLARES, J. A presunção de inconstituidas relações sexuais com menores de 13 anos. *Revista de Geral Direito Penal*, n. 2, nov. 2004.

_____. *Visão geral do direito penal*, n. 6, nov. 2006.

MUÑOZ CONDE. *Direito penal*. Parte especial. 7. ed. Valencia, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid, 2001.

VOGEL, J. Los limites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán. *Estudios de derecho penal económico*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios, 18), Cuenca, 1994, p. 51. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Os crimes de perigo no Direito Penal Econômico e Empresarial¹

Carlos Martínez-Buján Pérez²

Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de A-Coruña – Espanha.

Resumo: Estuda-se as características dos crimes de perigo no Direito Penal econômico em suas diferentes modalidades, bem como a legitimação da intervenção penal nestas matérias, tanto no aspecto objetivo como no subjetivo, com atenção especial ao dolo de perigo.

Palavras-chave: delitos de lesão; delitos de perigo concreto e abstrato; delitos econômicos; dolo de perigo.

Abstract: This paper analyzes the characteristics of endangerment crimes in economic criminal law in their various forms, as well as the legitimization of the criminal intervention on these matters. Both objective and subjective aspects are analyzed with a special interest in reckless endangerment.

Key words: injury offenses; concrete and abstract endangerment offenses; economic crimes; reckless endangerment.

Sumário: 1. Aspecto objetivo: configuração do injusto em relação à intensidade do ataque ao bem jurídico; 2. O aspecto subjetivo: o dolo de perigo; 3. Referências bibliográficas.

1. Aspecto objetivo: configuração do injusto em relação à intensidade do ataque ao bem jurídico

No campo do Direito Penal econômico e empresarial espanhol podemos encontrar exemplos de cada uma das diversas modalidades de tipos que surgem com base na intensidade de ataque ao bem jurídico ou, se preferir, o modo pelo qual este bem é afetado.

1....Traduzido por Natália Macedo Sanzovo, advogada e Pós Graduanda em Ciências Penais.

2....Observações: Este trabalho foi redigido como contribuição ao Livro Homenagem do Professor Gerardo Landrove Díaz, não somente pelos inúmeros méritos acadêmicos (claramente verificáveis) que ostenta, mas também pelo afeto que nos une há muitos anos (até demais) e porque foi ele quem verdadeiramente despertou minha vocação para o Direito Penal durante o ano acadêmico de 1973-1974 na Universidade de Santiago de Compostela.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Assim, em alguns casos, encontramos hipóteses de crimes de *lesão* ou de dano, que se caracterizam por conter um efetivo ataque ao objeto jurídico tutelado (ex., crime societário de administração fraudulenta do art. 295 do CP espanhol, entre os crimes econômicos em sentido amplo, ou o crime de fraude fiscal do art. 305 do mesmo diploma legal, entre os crimes econômicos em sentido estrito).

Porém, em não poucos casos, podemos constatar a presença dos crimes de *perigo*, que supõem uma antecipação da esfera de intervenção penal a um momento anterior ao da efetiva lesão e que, portanto, se consumam com a ocorrência de um mero perigo ao bem jurídico, concebido como uma simples probabilidade de lesão. Por sua vez, dentro da categoria dos crimes de perigo, encontramos hipóteses de perigo concreto e de perigo abstrato.

Os crimes de perigo *concreto* exigem que a ação do sujeito ativo cause um resultado consistente na criação de um perigo concreto de lesão para o bem tutelado, ou seja, de tal forma que caiba afirmar que referido bem jurídico esteve em uma situação próxima à lesão, porque o objeto material ou o sujeito passivo entrou na esfera da ação perigosa: o exemplo mais característico, unanimemente reconhecido, é o crime contra a segurança e higiene no trabalho do art. 316, caberia acrescentar outros exemplos citados na doutrina – ainda que estes casos não sejam de reconhecimento unânime –, como o crime de ocultação de bens do art. 257, os crimes de violação de segredos empresariais dos arts. 278-2 e 279, o crime de faturação ilícita do art. 283, o crime societário de imposição de acordos abusivos do art. 292 e o crime de contaminação do art. 325-1, todos do CP espanhol.

Já os crimes de perigo *abstrato* se configuram com a mera presença da ação do sujeito ativo, sendo suficiente a comprovação de uma periculosidade geral da ação para algum bem jurídico, sem que, portanto, se requeira concretude alguma de perigo, que demonstre uma probabilidade imediata ou próxima de lesão. Portanto, para avaliar o risco nos delitos de perigo abstrato far-se-á um julgamento *ex ante* a respeito da periculosidade da ação, ao contrário do que ocorrerá nos crimes de perigo concreto, que deverá recorrer a uma perspectiva *ex post* para julgar o resultado de perigo.³

3... Apesar de os crimes de perigo abstrato se configurarem principalmente como de mera atividade (no sentido de que eles não necessitam de qualquer resultado material), não será sempre assim, toda vez que for perfeitamente imaginável (e relativamente frequente no âmbito dos crimes econômicos) que, de acordo com sua estrutura típica, se construam como tipos de resultado material. Pois, uma coisa é a lesão efetiva de um bem jurídico (como destruição de valor ideal) e outra é a verificação de um resultado material, separável espacial e temporalmente da atividade do agente (vid. LUZÓN, P. G., p. 314; GIMBERNAT, 1992, p. 113, no que diz respeito justamente aos crimes relativos à propriedade intelectual do art. 270 do CP espanhol). Além do caso do art. 270 do CP espanhol, no setor dos crimes econômicos podemos encontrar outros exemplos de tipos de perigo abstrato que incorporam um resultado material: assim ocorre – de acordo com a opinião da maioria, que pessoalmente considero correta – com os crimes de violação de segredos empresariais dos arts. 278-2, 279 e 280, o crime de faturamento ilícito do art. 283 (de lege ferenda), o crime de abuso de informação privilegiada no mercado de valores do art. 285 (se for visto como um crime de perigo abstrato para a liberdade de disposição econômica), os crimes contra os direitos dos trabalhadores dos arts. 311, 312 e 313 ou o crime de contaminação do art. 325-1.

Pois bem, situados dentro da categoria dos delitos de perigo abstrato, convém recordar que – como é sabido – esta não é uma categoria uniforme, nem está isenta de “problematizações”, razão pela qual se impõe efetuar uma série de *classificações*, que, aliás, tornam-se indispensáveis no Direito Penal econômico e empresarial, dado que, nesta área específica da parte especial do Direito Penal, encontraremos exemplos das diversas formas de perigo abstrato descrito na doutrina e, conseqüentemente, teremos que abordar todos os problemas dogmáticos e políticos-criminais suscitados por esta classe de infrações.

Primeiramente, cabe mencionar que o Direito Penal econômico e empresarial é um dos setores em que podemos verificar a existência de tipos de perigo abstrato puramente formais ou crimes de perigo abstrato “*puro*”, desprovidos de todo o conteúdo de injusto material, ou seja, tipos que a doutrina tem classificado como crimes “de pura desobediência” (JAKOBS) ou crimes “com função puramente organizativa formal” (SCHÜNEMANN), caracterizados pelo fato de que o “interesse abstrato” já resulta violado com a mera infração da proibição, sem que o injusto penal contenha restrição típica material alguma. Trata-se, estritamente falando, de autênticos ilícitos administrativos, cuja elevação à categoria de uma infração penal é questionável.⁴

Por outro lado, deve-se salientar que o setor dos crimes econômicos revela também a presença de tipos *genuínos* de perigo abstrato, os quais, diferentemente dos mencionados anteriormente, não são crimes puramente formais senão crimes de perigo *real* (por mais abstrato ou genérico que sejam) para bens jurídicos penais, com um conteúdo material de injusto que ultrapassa a mera ilicitude extrapenal. Em suma, são delitos que não se consumam com a simples concordância formal da conduta humana com os requisitos típicos correspondentes, isto é, com a mera violação da proibição, mas exigem uma verificação da conduta, um juízo *ex ante*, de perigo ao bem jurídico penalmente protegido, ou seja, a violação de um dever objetivo de cuidado em relação à eventual lesão desse bem jurídico.

4.... Na doutrina espanhola, vid R. Montañés, 1994, p. 324 e ss., Mendoza, 2001, p. 478 e ss., que mencionam como um dos exemplos mais genuínos o crime societário de obstrução da atuação supervisora da Administração (art. 294), em que se tutela o simples cumprimento de funções de controle ou supervisão por parte de determinados órgãos administrativos, ou seja, a mera manutenção do sistema de organização imposto, de tal forma que o crime consista na pura violação ou obstrução de tais funções de controle e supervisão (a mera violação de um dever), desprendida de qualquer ataque efetivo a autênticos bens jurídicos penais “*finais*” (como poderiam ser, por exemplo, o patrimônio da sociedade, os direitos dos acionistas ou sócios ou os interesses dos credores). Além disso, caberia citar outros exemplos claros desta primeira classe de tipos de perigo abstrato no âmbito socioeconômico: assim, o crime tributário contábil em sua modalidade de descumprimento da obrigação de levar livros ou registros fiscais (art. 310, a) ou o crime urbanístico do art. 319. Inclui-se nesta classe de delitos aqueles tipos penais cujo conteúdo do injusto não pode ultrapassar a órbita da ilicitude civil, com clara violação do princípio da intervenção mínima; um exemplo bem ilustrativo disso pode ser encontrado também no novo CP Espanhol no crime societário de obstruir o exercício dos direitos dos sócios (art. 293).

Não obstante, dentro da categoria dos crimes de perigo abstrato, é preciso incluir, segundo a opinião dominante, uma classe intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto. Refiro-me aos denominados “*crimes de aptidão*” para a produção de um dano, também chamados de crimes de “perigo abstrato-concreto” (SCHRÖDER), crimes de “perigo potencial” (KELLER) ou como tem sido feito em nossa doutrina, (Torío) crimes “de perigo hipotético”, delitos cuja utilização é cada vez mais frequente no Direito Penal econômico e empresarial.

Embora alguns autores pretendam outorgar autonomia a esta categoria dos crimes de aptidão para a produção de um dano, como um autêntico gênero intermediário entre os crimes de perigo concreto e perigo abstrato, é majoritário o entendimento que os subordina à categoria geral do perigo abstrato porque, ainda que se exija do juiz a constatação do perigo, trata-se de crimes nos quais o magistrado não deve levar em conta todas as circunstâncias do caso concreto, nem verificar a periculosidade, outrossim, deve qualificar a ação como perigosa à margem dessas circunstâncias. Em outras palavras, não se requer a verificação de perigo concreto para os bens jurídicos de sujeitos individuais, dado que tal perigo é simplesmente um “motivo” ponderado pelo legislador no momento de decidir sobre a criminalização do comportamento.⁵

Ademais, convém estabelecer que, de acordo com a caracterização dogmática de tais delitos proposta por Torío, por ele denominada de crimes de “*perigo hipotético*”, a tipicidade dependerá, na realidade, da formulação de dois julgamentos por parte do intérprete: de um lado, um julgamento impessoal em que, a partir de uma perspectiva *ex ante*, determina se a ação do agente, além de poder ser subsumida formalmente ao tipo, é apta para produzir um perigo ao bem jurídico; de outro lado, o intérprete tem de levar em conta um

5....Assim, a maioria doutrinária destaca esta modalidade na categoria do perigo abstrato, embora seja evidente que possa se falar aqui de um “desvalor potencial de resultado” ou (como escreve WOLTER) de um “desvalor de resultado primário” que, concebido como um desvalor da periculosidade, indubitavelmente caracteriza estes “crimes de lesão ou de potencial perigo geral”. Vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 19 e ss. Vid. também CEREZO MIR, 2002, p. 48 e ss., quem salienta que nos crimes de aptidão a gravidade do desvalor da ação é muito maior, uma vez que neles a periculosidade da ação, de um ponto de vista *ex ante*, aparece como um elemento do tipo, em atenção a qual o dolo deverá englobar consequentemente não apenas a consciência e a vontade de realização da ação, mas também sua periculosidade (p. 63). Esta posição pode ser considerada como majoritária na doutrina espanhola: vid., além dos já citados, por exemplo, SILVA, 1993, p. 25 e ss.; MAQUEDA, 1994, p. 485 e ss.; ALCÁCER, 2003, p. 26; MENDOZA, 2001, p. 322 e ss., 456 e ss. No entanto, dentro da opinião majoritária discute-se se é suficiente que o resultado apareça *ex ante* como uma consequência não absolutamente improvável (vid. SILVA, CEREZO) ou, se por outro lado, requer a criação de um risco tipicamente relevante e análogo ao que existe nos crimes de resultado (vid. a este respeito MENDOZA, 2001, p. 456 e ss., em especial p. 460, que desloca para os crimes de perigo abstrato a dogmática dos crimes de resultado lesivo, com o intuito de oferecer uma interpretação limitadora daqueles crimes, que permita restringir seu alcance; no entanto, como já se opôs FEIJOO, 2005, p. 333 e ss., n. 58, esta igualdade de tratamento entre ambas as categorias de crimes conduz a consequências dogmáticas insatisfatórias, especificamente a de ter de entender o crime doloso de perigo abstrato como equivalente a uma tentativa idônea do crime de resultado lesivo).

segundo julgamento (*ex post*) sobre “a possibilidade do resultado de perigo”, ou seja, tem que verificar se na situação concreta teria sido possível uma relação entre a ação e o bem jurídico e, como resultado desta, teria se produzido um perigo efetivo para o último. Dessa forma, a adequação lesiva ao bem jurídico surge como um elemento valorativo inescusável do tipo de injusto, devendo ser imputado objetivamente à ação do autor, devendo-se entender que, se este adotou previamente as medidas necessárias para evitar toda possibilidade de produção de um efetivo perigo para o bem jurídico, ficaria excluída a tipicidade.⁶

O identificador desses delitos é, verdadeiramente, a incorporação explícita de elementos típicos normativos “de aptidão” ao injusto, ou seja, elementos de valoração sobre a potencialidade lesiva da ação do agente, cuja participação deverá ser constatada pelo juiz. Analisando-se o rol dos crimes socioeconômicos do novo Código Penal espanhol, pode ser comprovado que este recurso técnico – tradicionalmente frequente também em outros setores delitivos como, sobretudo, no âmbito da saúde pública – tem sido bastante utilizado pelo legislador de 1995. Dessa maneira, o legislador espanhol tem atendido neste ponto as sugestões da doutrina especializada, que tinha defendido o uso de técnica restritiva de tipificação por razões diversas, acreditando que era preferível à opção de fazer limitações no tipo subjetivo. Sirvam como exemplo, em matéria de crimes socioeconômicos, os elementos de aptidão contidos nos arts. 282 (“de modo que possam causar um grave e manifesto prejuízo aos consumidores”), 290 (“de forma idônea para causar um prejuízo econômico à mesma”) e 325-1 (“que possam prejudicar gravemente o equilíbrio dos sistemas naturais”) do referido diploma legal.

Uma questão particularmente importante, certamente não exclusiva do Direito Penal socioeconômico e surgida sobretudo dentro da regulação dos crimes contra a saúde pública, propõe-se a estabelecer se a construção do crime de aptidão ou de perigo hipotético requer a *presença explícita* no tipo de elementos normativos que expressem a potencialidade lesiva da conduta ou se é possível recorrer à referida construção sem que tal potencialidade lesiva esteja estabelecida expressamente. Uma parte da doutrina tem aceitado esta segunda possibilidade, sustentando que, graças a um trabalho de interpretação do crime de perigo abstrato, pode-se inferir que a citada potencialidade lesiva está implícita na formulação típica. Este assunto vem sendo debatido em relação aos crimes contra a segurança

6... Vid. TORIO, 1981, p. 838 e ss., e 1986, p. 43 e ss. Insiste na importância que possui uma compreensão dos crimes de “aptidão” ou de “perigo hipotético” no sentido que se acaba de expor, dado que dela se derivam consequências dogmáticas de diversa natureza. Assim, à luz dos esclarecimentos feitos pelo próprio Torio, parece que a terminologia por ele empregada não resulta, contudo, totalmente adequada, toda vez que tais crimes envolvam um perigo (*ex ante*) real e não meramente hipotético, ao que se associaria um “desvalor potencial resultado” (cf. SILVA SANCHÉZ, 1993, p. 158, n. 37).

no trânsito e saúde pública, notavelmente quanto ao crime de tráfico de drogas.⁷

Em minha opinião, é preciso acolher uma posição de certo modo intermediária: não se pode chegar ao extremo de restringir os tipos de perigo hipotético àquelas figuras que incorporam *explicitamente* uma cláusula expressa da adequação para produzir uma lesão, mas tampouco sustentar que todos os tipos de perigo abstrato devam ser interpretados *de lege lata*, como tipos de perigo hipotético. Em outras palavras, admite-se que a caracterização de alguns delitos como tipos de perigo hipotético possa ser tacitamente deduzida com um trabalho de interpretação, todavia, trata-se de um problema exegético, impassível de solução de forma genérica, mas que será preciso ser submetido a uma análise da concreta figura delitiva em questão, com o fim de averiguar se existem razões normativas para sustentar referida caracterização.⁸

Em todo caso, convém acrescentar que o aludido requisito denotativo da “aptidão” para a produção de um dano tem sido qualificado na doutrina como elemento normativo típico de caráter *relativo*, pois requer uma valoração concreta em cada caso do risco potencial que a ação supõe para o bem jurídico. E, conseqüentemente, como é o caso de todos os elementos do tipo, os termos de aptidão (reveladores da adequação lesiva) terão de ser englobados pelo dolo do autor, pelo menos a título de dolo eventual.⁹

Neste ponto, interessa realizar uma recapitulação e chamar a atenção, de modo geral, à *importância* do recurso técnico dos crimes de *perigo abstrato* na tarefa de tipificação dos delitos socioeconômicos.¹⁰ Em linhas gerais, a partir do exposto cabe concluir que a técnica do perigo abstrato é considerada a partir de um duplo ponto de vista no campo dos delitos econômicos e empresariais.

Primeiramente, tem-se que a técnica do perigo abstrato é utilizada na construção daqueles delitos socioeconômicos de caráter supraindividual ou coletivo, *divisíveis em interesses individuais*. Como é sabido, este grupo de delitos se caracteriza por poder estabelecer

7.... Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, 1995, p. 79 e ss., que se inclina pela segunda possibilidade; para outra opinião, vid. CEREZO MIR, no Prólogo a este livro de MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 9 e ss., e 2002, p. 70 e ss. A favor de exigir em todos os crimes de perigo abstrato a periculosidade da ação de um ponto de vista *ex ante*, ver, dentre outros: MENDOZA BUERGO, 2001, p. 388 e ss., *passim*; ROMEO, 2002, p. 951 e n. 29; TERRADILLOS, 2001, p. 801.

8....Cf., neste sentido: FEJOO, 2005, p. 315 e ss.

9....Assim, não é possível exigir do autor um conhecimento da periculosidade de sua conduta em sua exata dimensão técnica, será suficiente a valoração paralela do autor, o que não é um obstáculo, por outro lado, para que possa incorrer em erro – vencível pela regra geral – sobre o elemento da atitude lesiva (cf., R. MONTAÑÉS, 1994, p. 311 e ss.).

10..Vid. na doutrina espanhola ARROYO, 1997, p. 7 e ss.

uma ligação mais ou menos imediata com bens jurídicos individuais ou individualizáveis essenciais.¹¹ Pois bem, segundo indiquei anteriormente, isso é o que ocorre – a meu ver – com os denominados delitos socioeconômicos de consumo e com os delitos contra os direitos dos trabalhadores¹² e – ainda que discutível – com o abuso de informação privilegiada no mercado de valores, ao menos *de lege ferenda*.¹³ Cabe recordar que neles o interesse supraindividual imaterial em cada caso afetado não é tutelado como um bem jurídico autônomo ou próprio, mas preservado enquanto bens jurídicos individuais ou individualizáveis, como são fundamentalmente o patrimônio ou a liberdade de disposição ou decisões econômicas. Assim configurado e considerado como “mera abstração conceitual”, o interesse coletivo resultará lesionado ao colocar em perigo abstrato os bens jurídicos dos indivíduos concretos.

Por tal razão, dogmaticamente, do prisma de bens jurídicos individuais, esses crimes podem ser concebidos – segundo destaca um importante setor da doutrina¹⁴ – *como atos imprudentes desprovidos de resultado lesivo* ou perigoso (permitindo a alguns autores falar em tentativas “imprudentes de lesão”), que, por isso mesmo, permitem uma antecipação da esfera da intervenção penal, ou, em outras palavras, a periculosidade da ação deve ser entendida como exigência da violação do dever objetivo de cuidado com relação à potencial lesão dos bens jurídicos individuais, os quais constituem o motivo da criminalização, uma periculosidade consequentemente pertencente (como fundamento do injusto) ao tipo e que, como tal, tem de ser incorporada pelo dolo do autor.¹⁵

11..Vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 304, 1997, p. 710.

12..De acordo também com ARROYO, 1997, p.8.

13..Segundo CORCOY, 1999, p. 235 e ss.; ARROYO, ao contrário, prefere englobar este delito no primeiro grupo, ou seja, nos crimes que tutelam bens jurídicos institucionalizados e não bens jurídicos individuais.

14..Vid. em nossa doutrina, e.g., SILVA SANCHÉZ, 1993, p. 150, R. MONTAÑÉS, 1994, p. 281 e ss. e p. 307).

15..Contudo, esta equiparação entre os crimes de perigo abstrato e os crimes imprudentes sem resultado tem sido contestada: “não combina muito bem com a intenção técnica dos crimes e perigo abstrato, cujo objetivo é uniformizar ao máximo certas condutas” e, além disso, a *lege lata* vai de encontro com o obstáculo que supõe a existência em nosso CP de crimes de perigo abstrato que admitem a versão imprudente (por exemplo, art. 331), o qual exigiria explicar dogmaticamente a realização imprudente de uma “tentativa imprudente”. Vid. FEIJOO, 2005, p. 324 e ss. e 334 e n. 60, que, embora reconheça que normalmente a realização de crimes de perigo abstrato coincide com a violação da norma de cuidado – ‘tentativa imprudente’ –, não deduz uma equivalência material de ambas as estruturas típicas, uma vez que em tais crimes a conduta já se realiza quando o autor cobre com seu dolo os elementos típicos, sem que exista um requisito normativo adicional de cuidado com relação a uma eventual lesão de que dependa a responsabilidade penal; em suma, a relação entre o crime de perigo abstrato e o imprudente de resultado não seria normativa, do ponto de vista dogmático, mas meramente funcional, de um ponto de vista político-criminal, em atenção ao qual seria metodologicamente errôneo reconstruir o injusto dos tipos de perigo a partir da tradicional dogmática dos delitos de lesão. Contudo, o mencionado penalista reconhece que o fundamento teleológico que inspira a referida concepção do crime de perigo abstrato como tipificação autônoma de uma violação do dever de cuidado sem resultado fornece critérios que devem ser levados em conta em todo caso: permite justificar a impunidade quando o agente adota medidas de cuidados ou segurança para evitar situações de perigo no caso concreto.

Por outro lado, a ideia de perigo abstrato está presente no momento da tipificação daqueles delitos socioeconômicos que tutelam bens jurídicos coletivos imateriais, institucionalizados ou espiritualizados, *não divisíveis em interesses individuais*, responsáveis por afetar estruturas básicas do sistema econômico. Em minha opinião, em tal hipótese, referido bem jurídico coletivo não é susceptível de lesão nem mesmo de colocar em perigo concreto cada comportamento individual.

Dessa forma, na perspectiva do bem jurídico coletivo imaterial, a técnica de construção dessa classe de delitos constitui a dos tipos de perigo abstrato, com a importante particularidade de que nos delitos econômicos em sentido estrito a tipicidade se vincula à lesão (ou, se for o caso, colocar em perigo concreto) de um bem jurídico representante, o qual passa a ser o bem jurídico imediatamente protegido.

Em contrapartida, nos crimes restantes, nos quais não é possível identificar um bem jurídico representante suscetível de lesão (exemplo, crimes contra a livre-concorrência ou contra o meio ambiente), a ofensividade deve ser identificada no perigo abstrato para o bem coletivo imaterial.

A respeito desse grupo de delitos, deve ser reiterado que um importante setor doutrinário considera que em todos os casos de crimes socioeconômicos, que tutelam bens jurídicos coletivos imateriais não divisíveis em interesses individuais, são, antes, estruturas típicas de lesão. De fato, com o intuito de justificar a intervenção do Direito Penal neste âmbito, bem como satisfazer os requisitos básicos de materialidade do bem jurídico, alguns penalistas recusam o entendimento dos bens jurídicos coletivos como entes ideais, desprovidos de materialidade, e, portanto, como entes não susceptíveis de lesão por ações individuais. Em face desse entendimento, mencionados penalistas assumem uma concepção do bem jurídico como objeto da realidade social, concepção de que o núcleo do conteúdo dos diferentes bens jurídicos reside nas realidades sociais que são objeto de uma avaliação positiva, e não nos juízos de valores em si mesmo considerados. Desse modo, adota-se uma perspectiva dinâmica que – em sua opinião – é de particular importância no campo dos bens coletivos gerais, tanto para delimitar seu conteúdo, como para configurar sua lesão por meio de condutas individuais: o bem jurídico se situa, então, na mesma função social, e sua lesão consistirá na *perturbação ou afetação* (também se fala de *impedimento ou obstáculo*) desta função. Segundo esta concepção, ao contrário do que ocorre na concepção *ideal* de bem jurídico,¹⁶ seus defensores entendem

16..O enfoque dinâmico do bem jurídico como objeto da realidade social possui um antecedente remoto em **Binding** e um antecedente próximo em **Welzel** (se bem utilizado diante de uma fundamentação do injusto baseada no desvalor da ação), mas a adoção de tal enfoque para definir a lesão do bem jurídico é uma tarefa que tem sido realizada modernamente, graças à contribuição de outros penalistas, especialmente **Rudolphi** (1975, p. 346 e ss.), que oferece uma verdadeira caracterização geral da ofensa ao bem jurídico como perturbação de “aquelas funções que são constitutivas para a vida social”, caracterização que tem servido de base para que posteriormente outros autores da mais recente doutrina desenvolvessem este conceito no âmbito dos diferentes crimes da Parte especial e, mais especificamente, no âmbito dos crimes destinados a tutelar os bens coletivos gerais (e.g., Tiedemann, **MARINUCCI/DOLCINI**); na doutrina espanhola deve ser destacada a contribuição de **Soto**, 2003, p. 296 e ss., na qual se pode encontrar extensas referências ao conceito de bem jurídico como objeto da realidade social, assim como à materialidade e ao caráter lesionável dos bens jurídicos coletivos gerais.

que não é preciso recorrer a outros elementos, diferentes do próprio bem jurídico coletivo geral, para verificar a lesão, notavelmente material, como elemento intermediário com função representativa.

No entanto, também com base em uma concepção do *ideal* de bem jurídico (isto é, concebendo-se a materialidade do substrato em um sentido sociológico e não meramente naturalista) é possível extrair, do meu ponto de vista, o bem geral coletivo jurídico da realidade social e, em alguns casos, afirmar o seu caráter lesionável, para poder encontrar a real condição de objetos concretos a que deve se referir o autêntico desvalor de resultados, como é o caso dos crimes contra as finanças públicas e a segurança social.¹⁷

No entanto, a condição real de objetos concretos, para ser capaz de auferir desvalor do resultado, não pode afirmar o caráter *lesionável* dos bens, como ocorre, em minha opinião, com a livre-concorrência ou com o meio ambiente, bens jurídicos, portanto, que só podem ser colocados em perigo abstratos por um comportamento individual, mas não lesionados (nem postos em perigo concreto). É certo que em qualquer figura penal qualquer um destes bens jurídicos é susceptível de ser concretizado, então, a condição será uma caracterização mais concreta, como é o caso, por exemplo, da livre fixação de preços no mercado (embora no crime do art. 284 do CP se configure como um crime de consumação antecipada), que é um aspecto da livre concorrência, ou, se preferir, uma das possíveis formas de aparecimento deste bem jurídico na realidade social. No entanto, esta maior realização do bem jurídico não significa que a livre fixação dos preços no mercado pode ser lesionada por uma ação individual: ela será se, a partir de uma concepção do bem como um objeto da realidade social, considerar-se que o papel social que desempenha a livre formação de preços no mercado possa ser realmente *perturbado ou afetado* pelo comportamento dos indivíduos (e desde que o delito em questão seja construído como um crime de consumação normal, e não de consumação antecipada); não será se, na base de uma concepção do bem jurídico como ente ideal (como valor ideal da ordem social), se entenda que a conduta individual destinada a alterar os preços que iriam resultar da livre concorrência (mesmo quando surja um efeito susceptível de verificação na realidade social) é incapaz de destruir o bem jurídico da livre formação dos preços no mercado, dado que tal conduta só possui uma *aptidão* abstrata para lesionar tais interesses coletivos, os quais unicamente se veriam lesionados no caso de generalização de condutas infratoras.

Assim, no que se refere aos dois grupos de crimes de perigo abstrato, outra questão surgirá para estabelecer em que medida está *legitimada* a intervenção do Direito Penal. Em geral, a resposta a esta pergunta parece ser evidente.

17..Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 173 e ss.

No que se refere ao *primeiro grupo*, a resposta tem de ser sem dúvida afirmativa,¹⁸ assim como para proteger verdadeiros bens jurídicos individuais essenciais, como são fundamentalmente o patrimônio e a liberdade de disposição econômica das pessoas; e além disso, deve assinalar-se que se protege o patrimônio e a liberdade de disposição de um conjunto *a priori* inimaginável de pessoas, sendo esta indeterminação da fronteira do perigo que aumenta justamente o desvalor do injusto e permite justificar a antecipação da linha da punição no momento do perigo abstrato, sem necessidade de esperar a produção de um perigo concreto para um sujeito determinado.¹⁹

No que diz respeito à legitimidade dos delitos de perigo abstrato encontrados neste primeiro grupo, merece ser destacada, por sua proximidade com a explicação aqui mantida, a original contribuição de Kindhäuser,²⁰ que, apesar de partir inicialmente dos postulados da escola de Frankfurt, oferece a construção de que os crimes de perigo abstrato são concebidos como crimes de danos *sui generis*, ou seja, danos autônomos – e não simples fases ou etapas prévias à lesão – que violam as condições de segurança necessárias para o gozo dos bens sem qualquer perturbação (“condições juridicamente garantidas de disposição dos bens sem risco”). Certamente, em tais delitos não se trata de uma violação atual do bem jurídico (por isso o perigo se classifica como abstrato), mas de prejuízo dos padrões de segurança, tipificados ou estereotipados, trata-se de padrões objetivos, ou mesmo padrões relacionados ao sujeito (p. ex., a exigência de participação ativa no trânsito), cuja eficiência é essencial para o aproveitamento racional dos bens. Em suma, de acordo com estes

18..De acordo com ARROYO, 1997, p. 8; R. MONTAÑÉS, 1997, p. 710.

19..Vid. já Schünemann, 1991, p. 36, e, posteriormente, vid. 1996, p. 197 e ss. Como argumenta este autor, o legislador penal não pode passar por alto a circunstância de que na moderna sociedade de risco os “contextos de ações individuais” tem sido substituídos por “contextos de ações coletivas”, no qual o contato interpessoal foi substituído por uma forma de comportamento anônimo e padronizado. Assim, pretende-se que o Direito Penal possa garantir a proteção de bens jurídicos em tais casos, o tipo de resultado lesivo clássico deve ser substituído pelo moderno tipo de perigo abstrato. Enfim, como graficamente escreve este autor, enquanto o cidadão obtinha seus alimentos sempre na mesma granja, do mesmo açougueiro, do mesmo padeiro, cujo círculo de clientes era, por sua vez, invariável e limitado, a distribuição de alimentos prejudiciais à saúde poderia ser enquadrada sem qualquer problema como crimes de homicídio ou lesões imprudentes, dado que autor e vítima estavam vinculados pelas relações pessoais e pertenciam a mesma região, perfeitamente e facilmente acessível. No entanto, com a distribuição massiva de alimentos, elaborados por fabricantes anônimos por intermédio de cadeias de lojas, as relações causais se perdem no anonimato da sociedade de massa, e, com isso, pretendendo-se manter a proteção dos bens jurídicos, a intervenção do Direito Penal tem de voltar-se para a ação de risco intolerável, isto é, produção e introdução no mercado de elementos que sejam aptos para lesionar a saúde (p. 199 e ss.). Este raciocínio, referente aos crimes de fraude alimentar, é totalmente adaptável aos crimes socioeconômicos que tutelam bens supraindividuais institucionalizados com referente patrimônio individual. De fato, o próprio Schünemann afirma que o que exposto aplica-se também para as condutas relativas aos investimentos no mercado financeiro (p. 200).

20..Sobre ela vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 194 e ss.

pressupostos, pode-se concluir que a lesividade característica dos delitos de perigo abstrato deriva do fato de que um bem impassível de disponibilização sem restrições não é racionalmente aproveitado em sua totalidade.²¹

No entanto, segundo este autor, a existência de delitos de perigo abstrato se vincula a outras limitações. E, nesse sentido, deve-se recordar antes de tudo que os bens jurídicos dignos de tutela penal no âmbito socioeconômico, pela via do perigo abstrato, são aqueles que têm a missão de preservar as condições de segurança para o livre desenvolvimento do indivíduo na sociedade, desde que tais condições não dependam somente do próprio indivíduo (competência autônoma), mas que estejam dentro das competências do Estado (competência heterônima), a qual surge para garantir legalmente tal segurança (daí que Kindhäuser fale de “condições de segurança legalmente garantida”). Por conseguinte, no âmbito do Direito Penal econômico a tutela dos bens jurídicos pela utilização da técnica do perigo abstrato será, em essência, legítima quando se produza uma violação nas áreas da liberdade individual (como pode ser a do patrimônio ou a da liberdade de disposição econômica individual), também “legalmente garantidas”, ou seja, no sentido de que a segurança heterônima, outorgada para o indivíduo, seja claramente atribuível à competência estatal. Assim, é imprescindível acreditar, a meu entender, que a conduta típica pode ser configurada como uma interferência real na esfera da liberdade alheia legalmente garantida, o que implica, obviamente, a necessidade de incorporar no tipo de injusto os elementos denotativos de semelhante configuração; a eles refiro-me mais abaixo.

Como já disse, compreendo que esta construção de Kindhäuser se identifica como essencial no que diz respeito aos bens jurídicos supraindividuais institucionalizados divisíveis em interesses individuais, isto é, com respeito a todos aqueles que possuem um patrimônio individual. E mais, creio que a discrepância seria meramente terminológica, uma vez que o autor alemão considera que em tais crimes existiria um autêntico desvalor de resultado; no entanto, o dano *sui generis* por ele aludido não se distingue em nada do desvalor de resultado de ação característica dos tipos de perigo abstrato, isto é, a realização de uma ação que normalmente coloca em perigo o bem jurídico protegido.²²

21..Em carácter geral vid. KINDHÄUSER, 1989, p. 277 e ss. e 355 e ss.; com relação ao Direito Penal econômico, vid. 1995, p. 448 e ss.

22..Vid. neste sentido CEREZO MIR, 2002, p. 63 ss., que salienta, acertadamente, que não é correto atribuir ao autor alemão a tese de que nos crimes de perigo abstrato se proteja um bem jurídico diferente, a segurança – como tem interpretado, por exemplo, SCHÜNEMANN na doutrina alemã ou SOTO, 2003, p. 209 e ss., na doutrina espanhola –, pois o que ocorre é simplesmente que distingue três formas de comprometimento dos bens jurídicos: a lesão, o perigo concreto e a perturbação das “condições de segurança que são

Em todo caso, o que se pode dizer da caracterização de **Kindhäuser** é que ao não identificar um bem jurídico coletivo propriamente dito, independentemente dos bens individuais, não traz ainda critérios materiais *diferentes* dos aqui expostos, todavia não é correto levantar objeções que oferecem um conceito vazio sem referência material sobre o conteúdo legítimo das normas, do mesmo modo que tampouco pode dirigir-se uma objeção semelhante à caracterização aqui acolhida. Questão distinta é criticar (com razão) o citado penalista alemão para colaborar com a ideia da “garantia de uma tranquila disposição dos bens” para legitimar crimes de perigo abstrato puro ou meramente formais, construídos exclusivamente sobre a base de uma desobediência ao mandato ou no controle da administração, sem atribuir uma específica lesividade ao bem jurídico *penalmente* protegido; mas isso é uma questão específica, privativa de uma das classes de delitos de perigo abstrato (cuja presença é periférica no âmbito socioeconômico), o que não prejudica a questão geral aqui abordada, relativa à caracterização dos crimes socioeconômicos de caráter supraindividual ou coletivo divisíveis em interesses individuais (que conceitualmente são crimes de perigo *de aptidão*) como crimes de danos *sui generis*.²³

Em relação ao *segundo grupo*, ou seja, ao dos delitos que tutelam bens coletivos imateriais gerais não divisíveis em interesses individuais, o recurso ao Direito Penal estará, a princípio, justificado sempre que o bem jurídico em questão constitua uma condição

imprescindíveis para um desfrute despreocupado dos bens”. Vid. também no mesmo sentido CORCOY, 1999, p. 218 e ss., que reconhece que **Kindhäuser** não atribui realmente um conteúdo de injusto próprio aos crimes de perigo abstrato, ao contrário do autor alemão, ela propõe, contudo, um bem jurídico coletivo diferente e autônomo dos bens individuais.

23. Vid., no entanto, a interpretação da caracterização que realiza a citada penalista alemã SOTO, 2003, p. 210 e ss. e 229, embora não falte razão a esta autora quando, a partir de um ponto de vista conceitual, que a ideia de recorrer a “defraudação de expectativas sociais” e o seu “restabelecimento por meio da intervenção punitiva” evoca – em seus próprios termos – uma concepção puramente sociológica do Direito como a proposta pela teoria sistêmica e que, portanto, oferece conceitos que só são úteis para descrever a função da pena e, portanto, a função do Direito Penal como um subsistema de controle social. Precisamente, neste último sentido cabe destacar a posição de – especialmente no que se refere aos crimes contra a segurança coletiva –, quem, com base também na ideia de que o modelo dogmático de **Kindhäuser** detém, a seu entender, o perigo de uma insatisfatória administração do injusto penal e de que reduz a teoria dos crimes de perigo abstrato a uma questão referente ao bem jurídico protegido sem uma referência à estrutura normativa (vid. FEIJOO, 2005, p. 328 e ss.), propõe uma caracterização material de tais crimes, de acordo com o seu conceito funcional de injusto e da teoria da imputação objetiva: em sua opinião, a imputação objetiva dos crimes de perigo abstrato exige que, além da constatação de uma conduta estatisticamente perigosa, possa ser atribuído ao infrator no caso concreto “*uma organização insegura do próprio âmbito de organização ou, mais precisamente, uma organização perigosa mais insegura que uma equivalente permitida*”, o qual não significa que tenha que ser constatada a adequação da conduta para lesionar um bem jurídico individual (como sustenta a tese da doutrina dominante que aqui se acolhe), mas simplesmente que, a partir de uma perspectiva normativa ou jurídica não se tenha controlado ou dominado suficientemente o próprio âmbito da organização; caso contrário, a referência à violação de normas de segurança extrapenais ou as cláusulas de autorização que estão contidas em muitos crimes de perigo abstrato devem ser concebidas, então, como cláusulas de risco permitido que determinam o alcance do tipo objetivo de acordo com a configuração normativamente vigente da sociedade, a diferença do que ocorre na dogmática da imprudência, onde o risco permitido é um instituto para determinar o dever de cuidado (p. 330 e ss.).

essencial para a sobrevivência do sistema socioeconômico. O que parece estar claro, inicialmente, no caso dos crimes econômicos em sentido estrito, que tutelam a intervenção do Estado na economia (o Direito Penal econômico administrativo), mas também nos casos dos crimes protetivos das estruturas básicas da economia de mercado e da sociedade.²⁴

No entanto, é importante salientar que o fato de que alguns dos tipos citados se classifiquem como delitos de perigo abstrato para o bem coletivo imaterial geral não significa, obviamente, que se tratem de delitos carentes da necessária ofensividade, porque tais infrações se constroem sobre a base de um perigo real – não meramente formal – para o bem jurídico, de tal forma que mantém toda sua potencialidade crítica e garantista.²⁵

Enfim, se são aceitas as considerações precedentes, não deveria haver obstáculo, em regra, para recorrer à construção dos delitos de perigo abstrato na tipificação dos crimes econômicos. No entanto, temos de reconhecer que a sua utilização tem sido muito controvertida.

A utilização de tipos de perigo abstrato na definição dos crimes socioeconômicos não é, desde logo, uma originalidade do legislador espanhol. Deve-se levar em conta que nas modernas reformas do Direito Penal econômico alemão tem sido utilizada com frequência a técnica do perigo abstrato. Foi o que ocorreu com as duas leis de reforma da criminalidade econômica, que introduziram as novas figuras penais econômicas no StGB, e em algumas tipicidades específicas feitas em diversas leis penais especiais.

24..Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 225 e ss.

25..Alguns defensores de uma concepção de bem jurídico como um objeto da realidade social consideram que o abandono da técnica do perigo abstrato em favor de estruturas de lesão, realizadas em unidades com valor funcional, permitiria dotar de maior conteúdo lesivo certos crimes, e.g., crimes contra o meio ambiente (vid. Soto, 2003, p. 316 e ss. e especialmente p. 325 e ss.). No entanto, sem negar que o enfoque dinâmico sociológico-normativo que propõe tais defensores resulte especialmente apto para efetuar uma maior realização dos bens jurídicos coletivos gerais, que permitem sua decomposição em vários bens jurídicos autônomos, sobre a base de individualizar unidades (subsistemas) com valor funcional, é certo que isso não tem porque impactar na legitimidade da intervenção penal. E, ainda, o maior ou menor conteúdo lesivo não pode depender da caracterização que o intérprete ofereça sobre o crime em questão como um crime de lesão (concebida como perturbação ou obstrução de uma específica função social) ou como crime de perigo abstrato para a integridade do bem jurídico coletivo geral, mas dependerá da concreta descrição típica. Em outras palavras, a diferente perspectiva ante a forma de ataque ao bem jurídico, derivada de um diferente entendimento do conceito de lesão, nem tira nem coloca ofensividade para constatar a legitimidade da intervenção penal, independentemente de que um enfoque sociológico-normativo permita fornecer uma melhor compreensão de quais são as condutas que comportam um efeito lesivo (e sua diferente graduação) para as diferentes funções sociais concretas que podem decompor o bem jurídico.

Por essa razão, não pode parecer estranho que os projetos espanhóis do novo Código Penal também incluíssem muitos tipos de perigo abstrato. De qualquer forma, comparando-se a previsão do novo CP de 1995, com relação ao regulamento do PLOCP 1980, é possível verificar que o vigente texto punitivo tem operado uma sensível redução dessa classe de tipos, geralmente baseada na renúncia de inventar “crimes econômicos” desprovidos de conteúdo substancial. De fato, em alguns dos crimes previstos em 1980, tratava-se simplesmente de infrações que se caracterizavam por uma mera antecipação da esfera da punibilidade de figuras de conteúdo puramente patrimonial individual, isto é, “tentativas autonomamente tipificadas”. Em outros casos, o que se pretendia era pura e simplesmente resolver os problemas surgidos com os tipos de lesão ou de perigo concreto.

Obviamente, ambas as razões são insuficientes por si sós para justificar a criação de tipos de perigo abstrato. No entanto, não se deve esquecer de que a *legitimidade* existiria considerando que tais razões são simples motivos acompanhantes de uma fundamentação essencial, a saber, a necessidade de tutelar autênticos bens jurídicos supraindividuais imateriais, gerais ou difusos, cuja proteção não seria imaginada com outra técnica de criminalização.²⁶

No entanto, de acordo com o mencionado anteriormente, no trabalho de tipificação de condutas temos de exigir que, além da fundamentação essencial no concernente à delimitação de um bem jurídico digno de tutela penal, acrescente-se a necessidade de os tipos de perigo abstrato serem cercados de determinadas exigências, esgotando, de tal sorte, um conteúdo de injusto que alcance o grau de lesividade exigível às infrações penais genuínas.

Certamente, já existem delitos clássicos de perigo abstrato que cumprem o conteúdo de injusto das autênticas infrações penais sem maiores exigências (p. ex., o incêndio em casa habitada, crimes contra a administração da justiça, como o falso testemunho, ou crimes contra a administração pública, como a corrupção), mas no domínio do Direito Penal socioeconômico a regra geral será a necessidade de verificar nos tipos penais determinados elementos que expressem de modo explícito essa dose de ofensividade adicionada.

Pois bem, desde esta última perspectiva, cabe mencionar a técnica de incorporar no tipo específico os *elementos normativos de aptidão*, na medida em que eles se revelam como um dos meios mais característicos de demonstração de que a conduta incriminada comporta uma interferência na esfera da liberdade de outra disposição. Tal solução é especialmente aplicável nos modernos tipos tributários de sujeito passivo difuso, estruturalmente relacionados de forma mais ou menos próxima ao esquema clássico

26..Vid. TIEDEMANN, 1985, p. 36; SCHÜNEMANN, 1996, p. 199; GARCÍA CAVERO, P.G., p. 128.

(p. ex., fraudes contra os consumidores, fraude no mercado de valores, fraudes nos títulos de capital), ou seja, os delitos com bens supraindividuais institucionalizados com referente patrimônio individual ou divisíveis em interesses patrimoniais individuais.²⁷

Além disso, aqui também se incluem todas aquelas restrições típicas que permitem inferir que o injusto viola as referidas condições de segurança que devem ser garantidas pelo Estado e que, portanto, possibilitem uma adequada redução teleológica dos tipos. Isso requer, em linhas gerais, a realização da maior *taxatividade* possível na descrição típica e, em especial, uma precisa delimitação do círculo de *sujeitos ativos*, especialmente no caso dos deveres especiais que lhes incumbem em relação à proteção do bem jurídico (isto é, uma precisa configuração dos crimes especiais próprios, como, por exemplo, no crime de abuso de informação privilegiada no mercado de valores do art. 285), ao que caberia agregar um aumento no desvalor de ação, mediante a inclusão de especiais modalidades de conduta que resultam especialmente intoleráveis (como ocorre no crime de maquinações para alterar os preços das coisas, do art. 284, ou no crime societário de imposição de um acordo lesivo do art. 292).²⁸

Por vezes, a previsão no tipo de um *resultado material* também pode contribuir para delimitar os contornos da punição, na medida em que descreve o efeito da ação típica sobre determinado objeto delimitado, normalmente, pelo próprio tipo (objeto da ação) e que terá de ocorrer para a plena realização do crime. Obviamente, em tal caso, o resultado material não comportará uma *lesão* ao bem jurídico, tampouco deve envolver o perigo típico ao bem jurídico, pois o objeto da ação pode ter, ou não, uma vinculação material com o este bem.

Assim, no crime do art. 283 (exemplo de crime que tutela o bem jurídico coletivo divisível em interesses individuais), o tipo requer um resultado material, integrado pelo efetivo faturamento de produtos ou serviços, mas a ofensa ao bem jurídico exige também a verificação de um perigo *aberto* para o grupo coletivo de consumidores; e outro verdadeiro exemplo poderia ser dado pelos crimes

27..De acordo com esta proposta, vid. CEREZO, 2002, p. 71 e ss., que salienta que a transformação dos tipos de perigo abstrato puros em crimes de aptidão para a produção de um dano deve ser feita apenas nos crimes que ele denomina “contra bens jurídicos coletivo”, na medida em que carecem frequentemente de contornos precisos e supõem uma antecipação da proteção penal de bens jurídicos individuais. Pelo contrário, não deveriam transformar-se em tipos de aptidão aqueles crimes de perigo abstrato que protegem bens jurídicos supraindividuais (gerais), como os crimes contra a Administração da justiça ou contra a Administração Pública.

28..Nesse sentido vid. ARROYO, 1997, p. 7. Contudo, no que diz respeito ao princípio de taxatividade, é importante advertir que os crimes de perigo abstrato apresentam muito menos problemas do que os tipos imprudentes de resultado lesivo, dado que, nestes últimos a norma concreta de conduta não é muitas vezes descrita pela lei, sendo que este papel será, posteriormente, desempenhado pela jurisprudência (ao determinar qual era o cuidado objetivamente devido), enquanto que no crime de perigo abstrato o legislador pode e deve redigir um tipo dotado de contornos precisos, que permitam cumprir escrupulosamente o mandato de determinação (cf., SCHÜNEMANN, 1996, p. 201; CEREZO, 2002, p. 62 e ss.).

contra os direitos dos trabalhadores dos arts. 311, 312 e 313 do CP espanhol. Por sua vez, no crime de contaminação do art. 325-1 do mesmo Código (exemplo de crime que tutela um bem jurídico coletivo não divisível em interesses individuais) o tipo requer a apropriação de determinados resultados materiais em realidade naturalista (emissões, descargas etc.), mas a ofensa ao bem jurídico exige também o perigo para o equilíbrio dos sistemas naturais.

Por outro lado, na tipificação dos crimes de perigo abstrato cabe também mencionar outras exigências, como a eliminação (deixando a salvo circunstâncias excepcionais) da versão imprudente e até mesmo a própria restrição do tipo subjetivo do crime doloso, limitando sua possibilidade de execução apenas ao dolo direto e prevendo elementos subjetivos do injusto quando a fundamentação lógica da antijuridicidade assim o exija.

Ainda, as possíveis objeções eventualmente surgidas pela ótica do princípio de *ultima ratio*, inerentes ao Direito Penal, podem ser refutadas com a previsão de outros recursos dogmáticos, como, sobretudo, a inclusão na figura do crime de específicas causas de levantamento ou anulação da pena, baseadas no arrependimento ativo do autor, que permitam exonerar de pena o sujeito que, apesar de já ter consumado o ato criminoso, evite (ou se esforce seriamente em evitar) de forma voluntária o crime. Esta técnica já tem sido utilizada pelo legislador alemão nos modernos tipos defraudatórios de perigo introduzidos no StGB (§§ 264-4, 264 a)-3 e 265 b)-2) e recentemente também tem sido adotada pelo legislador no Direito Penal espanhol nos crimes contra as finanças públicas e a segurança social.²⁹

Finalmente, há de mencionar o respeito escrupuloso ao princípio da proporcionalidade, isto é, a realização de uma proporcionalidade concreta entre o injusto típico e a pena cominada. No entanto, mais uma vez cabe salientar que a proporcionalidade pode se estabelecer de forma mais simples e precisa nos tipos de perigo abstrato que nos tipos de resultado lesivo, posto que naqueles o autor irá responder

29..Convém ressaltar que, na tarefa de restringir o âmbito dos tipos de perigo abstrato, a solução dogmática supracitada é preferível a de excluir de tais tipos aquelas ações que respondem ao cuidado objetivamente devido, no sentido de que (ao ser concebidos como autênticas tentativas imprudentes) a ação não seria típica quando o sujeito tivesse adotado medidas de cuidado ou de segurança para evitar o perigo de bens jurídicos diversos (vid. FEIJOO, 2000, p. 165 e ss.; CEREZO, 2002, p. 68 e ss.). Isso acontece claramente nos crimes orientados para a proteção dos bens jurídicos imateriais institucionalizados não divisíveis em interesses individuais, mas também pode ocorrer nos crimes de perigo abstrato orientados à tutela de bens jurídicos individuais ou suficientemente individualizados, sobretudo quando se tratar de tipos que se limitam a descobrir ações geralmente perigosas e que não contêm, por isso, referência aos bens jurídicos individuais, nem, portanto, a observância ou inobservância de cuidado objetivamente devido para evitar sua lesão.

somente pela realização da ação perigosa e não por um resultado lesivo, que em muitas ocasiões incorpora em boa medida um componente do acaso.³⁰

Por fim, outra perspectiva relacionada com o princípio da proporcionalidade em abstrato, diz respeito ao posicionamento que verifica nos tipos de perigo abstrato uma invasão do campo do direito administrativo, que cercearia a liberdade de ação empresarial e que consequentemente violaria o princípio da proporcionalidade. Diante desse raciocínio, é necessário indicar que em determinadas ocasiões o que ocorre é exatamente o oposto, vez que, embora as regras administrativas possam submeter ao seu controle a atividade do empresário, o regulamento da lei penal tem de ser limitado apenas a um setor particularmente intolerável para esta atividade. Em outras palavras, não se pode conceber que o Direito Penal que se limita a estabelecer um controle da atividade empresarial mediante a proibição dos ilícitos mais intoleráveis da matéria seja mais permissivo que uma legislação administrativa desprovida de qualquer sanção penal.³¹ Semelhante raciocínio já foi assumido pelo XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo em 1984, sobre “O conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico e da empresa”. De fato, em sua 2.^a recomendação se estabelece que “*O direito penal constitui somente uma das medidas para regular a vida econômica e para sancionar a violação das regras econômicas. Normalmente, o direito penal desempenha um papel subsidiário. Mas, em determinados setores, o direito penal é de primeira importância e fornece meios mais adequados para regular a atividade econômica. Em tais casos, o direito penal implica uma menor intervenção na vida econômica que o direito administrativo ou o mercantil*”. Por sua vez, também merece ser refletida aqui a 9.^a recomendação, que em sentido literal dispõe: “*O emprego dos tipos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e que a proibição seja referida diretamente nos bens jurídicos claramente determinados. A criação de crimes de perigo abstrato não está justificada quando obedece exclusivamente o propósito de facilitar a verificação dos delitos*”.³²

30..Cf. Schünemann, 1996, p. 201. Em nossa doutrina sobre a proporcionalidade nos crimes de perigo abstrato vid. Aguado Correa, 1999, p. 323 e ss.

31..Cf. TIEDEMANN, 1985, p. 33 e ss.

32..Sobre este último vid. também SOTO, 2003, p. 177 e ss. e n. 24.

2. O aspecto subjetivo: o dolo de perigo

Quando o dolo se projeta sobre os crimes de perigo, surgem algumas peculiaridades, variáveis de acordo com a concepção do dolo acolhida, que os diferenciam do dolo de lesão.

Entre os defensores da manutenção do elemento volitivo no dolo há coincidência no momento de compreender que nos crimes de perigo o elemento possui uma relevância muito menor nos crimes de lesão, em virtude do qual pode ser observada uma significativa aproximação do conceito do dolo de perigo entre aqueles que defendem o enfoque volitivo (o que me parece correto) e aqueles, ao contrário, partidários de um enfoque puramente cognitivo.

Indubitavelmente, a menor relevância do elemento volitivo se explica pela maior realização do risco típico objetivo dos crimes de perigo em face dos crimes de lesão, isto é, pela descrição exaustiva e precisa da norma de cuidado, característica dos crimes de perigo, projetada em setores de atividade altamente regulamentados (como ocorre com todos os crimes econômicos mais puros), nos quais a experiência nos permite prognosticar se estão tipificando condutas potencialmente *lesivas* para bens jurídicos penais.³³

A maior realização do risco típico objetivo permite explicar também a recusa jurisprudencial em atribuir relevância ao erro no caso dos crimes socioeconômicos realizados por “profissionais”.³⁴

Por outro lado, em consonância com o exposto, cabe observar que o enfraquecimento do elemento volitivo ocorre também nos crimes de mera atividade. De fato, pelo enfoque cognitivo se afirma que a desnecessidade do referido elemento volitivo para a consumação do tipo é aqui muito mais evidente do que nos crimes de resultado, pois para tal efeito bastará o mero conhecimento dos *elementos* típicos, enquanto que o erro sobre alguns deles eliminará sempre o dolo.³⁵

33..Vid. por todos R. MONTAÑÉS, 1994, p. 134 e ss. e p. 165 e ss., o qual, partindo de um conceito de dolo que exige um elemento volitivo, oferece a exposição mais paradigmática a este respeito, uma vez que propõe uma caracterização do dolo nos crimes de perigo que atribui ao elemento volitivo um papel marginal nos crimes de perigo concreto (p. 168) e prescinde deste nos crimes de perigo abstrato (p. 312).

34..Vid. CORCOY, 1999, p. 316; HORTAL, 2005, p. 218-232 e ss., no exemplo da segurança no trabalho.

35..Vid. por todos FRISCH, 1983, p. 374 e ss.; na doutrina espanhola vid. SILVA SANCHÉZ, 1987, p. 651, n. 17, FEIJOO, 1998, p. 327.

Esta razão permite explicar que em algumas ocasiões na doutrina (especialmente a partir de um enfoque puramente cognitivo) se aluda à possível identificação entre dolo de perigo e *dolo eventual de lesão*, por um lado, e entre dolo de perigo e *imprudência consciente relacionada à lesão*, por outro lado. Vejamos ambas as questões.

No que diz respeito à *primeira* delas, semelhante identificação não pode ser compartilhada, pois, embora seja inquestionável que o dolo (eventual) de lesionar pressupõe necessariamente o dolo de colocar em perigo, não se pode formular a hipótese contrária, ou seja, o dolo de perigo não implica um dolo de lesão por mais provável que isso seja.³⁶

Em uma abordagem que exija o elemento volitivo na estrutura do dolo, a identificação apontada é impossível, podendo perfeitamente ocorrer que o autor esteja ciente da periculosidade de sua conduta e não confie exatamente no afastamento do perigo, mas não assuma a possibilidade de lesão ao confiar profundamente em sua capacidade de controlar o curso causal perigoso de modo a evitar a lesão.³⁷ E, mais, se for acolhida uma perspectiva normativa, como a que me parece correta,³⁸ caberia dizer que, embora possa considerar-se comum a ambos os conceitos a constatação do “domínio da técnica” na atividade em questão, a qualificação em última instância do dolo como de lesão ou de perigo recairá também em uma valoração, de acordo com a qual poderá decifrar, à luz dos conhecimentos e representações do autor com relação ao caso concreto, quando a ação produzida pelo autor, contrária ao bem jurídico, foi direcionada à efetiva lesão ou tão somente colocada em perigo.

A partir de um enfoque puramente cognitivo, não é sustentável referida identificação, ao menos quando o autor mantém o perigo dentro de sua esfera de domínio (ou, no caso, adota as medidas necessárias para que a própria vítima possa controlá-lo), então não é possível falar de um dolo eventual de lesão, mas sim de uma verdadeira *imprudência consciente relacionada à lesão*, conforme será esclarecido abaixo.³⁹

36.. Há necessidade de esclarecer a este respeito que, quando a doutrina faz alusão a esta possível identificação, está se referindo exclusivamente ao dolo de perigo concreto (ou dolo de colocar em perigo), dado que somente neste se exige um autêntico dolo de colocar em perigo (vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 41 e ss., n. 2; de acordo, a partir de outro raciocínio, CORCOY, 1999, p. 115 e 144 e ss.).

37.. Vid. LUZÓN, P.G., I, p. 431.

38.. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 346 e ss., e 2008, p. 326 e ss.

39.. Vid. Corcoy, 1999, p. 295 e ss. Conforme acrescenta esta autora, quando o autor não controla o perigo, ambas as classes de dolo (dolo de perigo e dolo eventual de lesão) se

Por outro lado, o que se poderia sustentar – e conforme as identificações apontadas – é a grande aproximação, e mesmo equiparação existente entre as noções de dolo de colocar em perigo e a *imprudência consciente relacionada à lesão*.

Partindo-se de uma orientação puramente *cognitiva* para determinar o conteúdo do dolo, a identificação dos referidos conceitos é uma consequência óbvia, dado que, em linhas gerais, dolo e *imprudência consciente* compartilhariam a mesma base cognitiva. Em particular, chega-se a concluir que existe uma completa identidade na estrutura subjetiva dos delitos de perigo e a *imprudência (consciente)*, em virtude da qual cabe afirmar que nos crimes de perigo estamos diante de situações em que o sujeito representa periculosidade de conduta, mas devido a um erro em sua avaliação descarta tal periculosidade para o caso concreto ou, em outras palavras, não chega a “reconhecer” na situação concreta todos aqueles elementos que em conjunto autorizam a possibilidade imediata e direta de causar a lesão.⁴⁰

De outro modo, partindo-se de uma orientação *volitiva* para caracterizar o conteúdo do dolo, como aqui é aceito, é certo que conceitualmente o dolo de perigo e a *imprudência consciente* sempre serão duas noções diversas, mas não é menos verdade que a estrutura de ambas seria, de fato, equiparadas na prática, tendo em vista que normalmente se define o dolo de perigo com base nos mesmos critérios que são utilizados para descrever a *imprudência consciente*: de um lado, a consciência do risco; de outro lado, a confiança minimamente razoável de que a lesão ao bem jurídico não vai ocorrer (o resultado lesivo). Tal análise surge como inevitável ponto de referência da estrutura subjetiva dos crimes de perigo.

E mais, dentro da abordagem *volitiva* alguns autores chegam ainda a considerar que nos crimes de perigo o elemento *volitivo* é uma consequência necessária do elemento intelectual, em virtude da qual se conclui que o conhecimento do perigo leva intrinsecamente

aproximam muito, vez que normalmente (se o risco é elevado e existe um conhecimento preciso) em tais hipóteses caberia já falar – de acordo com perspectiva puramente cognitiva – de uma tentativa com dolo eventual (que, para ser admitido, deveria prevalecer ao concurso de leis), cuja punibilidade, por certo, é controvertida na doutrina e rejeitada pela jurisprudência, como indicado anteriormente. No exemplo do crime de trabalho do art. 316, vid. Hortal, 2005, p. 224 e ss. e n. 544, e 2004, p. 550 e ss., recorda que não houve nenhuma resolução judicial em que se tenha imputado ao empresário uma tentativa de homicídio ou lesões com dolo eventual.

40..Vid., por todos LAURENZO, 1999, p. 305, autor que acrescenta as consequências óbvias que em tais casos são inferidas a partir dessa identificação: será possível estabelecer os limites entre uma figura de perigo concreto e a tentativa do correspondente delito de lesão sem abandonar o plano do conhecimento e, por conseguinte, será praticável – vid. p. 293 e ss. – admitir a coexistência de crimes de perigo e crimes de lesão protetores de um mesmo bem jurídico; também, se renuncia, enfim, a outorgar autonomia a um dolo do perigo, como pretendida figura híbrida entre o dolo de lesão e a *imprudência*.

a sua aceitação no caso de o sujeito decidir agir, isto é, se o agente tem consciência do perigo concreto e, não obstante, resolve efetuar a ação, ter-se-á o elemento volitivo do dolo.⁴¹

No entanto, perante esta posição, caberia objetar que o agente pode até ter consciência da periculosidade da ação, mas confia que nenhum bem jurídico possa ser lesionado, faltando, assim, o elemento volitivo do dolo de perigo concreto, resultando apenas a imprudência consciente.⁴²

Se o elemento volitivo é concebido normativamente, como um *compromisso* do autor com a violação do bem jurídico que prescinde da aceitação do resultado em sentido psicológico, poderá manter-se uma clara separação teórica entre o aspecto intelectual e o volitivo naqueles casos em que o bem jurídico afetado não estivesse entrado no raio da ação perigosa realizada pelo agente: embora seja possível afirmar que em tais casos existe o *domínio de uma técnica* por parte do autor, este dado não é suficiente para concluir que o agente já estava automaticamente *comprometido* com a produção de um resultado de perigo que se verificará em um momento posterior à realização da conduta perigosa.

Outra questão é o caso dos crimes de perigo abstrato, em que o compromisso com a violação do bem jurídico existe desde o momento em que o agente executa voluntariamente a ação com o conhecimento de sua periculosidade: embora nos *genuínos* crimes de perigo abstrato (isto é, os *crimes de aptidão* para a produção de um dano) requeira – como considero correto – a constatação da *possibilidade* da produção de um resultado de perigo, isto é algo que teoricamente teria de ser conhecido pelo agente no momento da realização da ação como uma consequência não improvável, em virtude da qual o elemento volitivo já resta embutido no elemento intelectual e o *compromisso* com a violação do bem jurídico deve ser afirmado desde o momento em que é creditado o domínio técnico por parte do autor.

41..Assim, vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 183, que, embora admita que na estrutura do dolo de perigo tenha conceitualmente um elemento intelectual e outro volitivo, acaba por reconhecer que, na realidade, os crimes de perigo são condutas imprudentes não seguidas de resultado lesivo, isto é, tentativas imprudentes, elevadas à categoria de crimes autônomos.

42..Vid. LUZÓN, P.G., I, p. 432, CEREZO MIR, P.G., II, p. 145, n. 87. O autor acrescenta que somente se o bem jurídico afetado houver entrado no raio de ação da conduta do sujeito, quando este decidiu realizá-la, tendo consciência da periculosidade da ação e de que a produção do resultado de perigo era uma consequência não absolutamente improvável, o elemento volitivo irá necessariamente juntar-se ao elemento intelectual do dolo.

Outra questão interessante que representa os crimes de perigo e que por vezes é esquecida nos comentários doutrinários e nas resoluções jurisprudenciais é relativa à possibilidade de avaliar o *dolo eventual* em tais crimes. Esta questão normalmente é resolvida por autores com considerações concisas que, indevidamente, trazem os critérios relativos ao dolo de lesão para decidir se determinado crime de perigo deve ser executado com dolo direto ou pode ser realizado com dolo eventual. O problema tem sido abordado com especial destaque dentro dos crimes socioeconômicos, tendo em vista a abundância de crimes de perigo e, sobretudo, dos crimes de aptidão para a produção de um dano, que pertencem à categoria dos crimes de perigo e, mais precisamente, à categoria de perigo abstrato.

Assim, diante desta opinião amplamente difundida na doutrina, deve-se salientar que a viabilidade do dolo eventual nos crimes de perigo dependerá de outras razões, derivadas da estrutura peculiar desta classe de crimes. Especificamente, cabe afirmar que o dolo eventual não será admissível nos casos em que a realização da ação típica e o perigo são simultâneos e o autor está ciente disso, ao contrário, será possível nos casos em que o perigo ocorre somente se houver uma circunstância desconhecida para o autor no momento de executar a ação típica, seja porque se trata de uma circunstância futura em relação ao instante da ação, seja porque, embora estivesse presente naquele instante, não era realmente conhecida por ele.⁴³ De acordo com o exposto, é possível concluir que o dolo eventual será descartado nos crimes tradicionalmente denominados perigo abstrato (ou crimes de perigo abstrato formal), mas pode ser perfeitamente concebido nos de perigo concreto e até mesmo nos chamados crimes de aptidão, desde que eles sejam concebidos no sentido que temos dado na seção correspondente, isto é, como figuras em que o intérprete deve fazer dois julgamentos separados: um *ex ante*, acerca da periculosidade geral da ação, e outro *ex post*, que versa sobre a possibilidade de um resultado de perigo.⁴⁴

43..Vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 175 e ss. e p. 182 e ss.

44.. No exemplo do crime do art. 282, vid. a projeção deste critério efetuada por PUENTE ABA, 2002, p. 371 e ss., que afirma corretamente que pode ocorrer de o autor estar iente da periculosidade da ação (saber a falsidade da mensagem publicitária que está difundindo), mas, devido ao desconhecimento de uma circunstância futura, não ter plena segurança da possibilidade de que se chegue a causar um resultado perigoso (o perigo grave e manifesto de causar prejuízos econômicos aos consumidores). Assim, exemplifica esta autora, “*poderia imaginar-se o caso do diretor de uma academia que anuncia falsamente que, ao final dos cursos ali ensinadas, é concedido um título oficial...*”. Vid., nesse sentido, também, a SAP Granada 28.06.2002, em que realmente concorria um dolo eventual no que diz respeito à possibilidade de prejuízo para o grupo coletivo dos consumidores.

3. Referências bibliográficas

AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid, 1999.

ALCÁZER GUIRAO. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*. Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona, 2003.

ARROYO ZAPATERO. *Derecho penal económico y Constitución*. *RP*, n. 1, 1997.

CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español*. Parte general, II, Teoría jurídica del delito. 6. ed. Madrid, 1998.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *RDPCr*, n. 10, 2002.

CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *CPC*, n. 65, 1998.

_____. Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito. *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais*, n. 0, 2000.

_____. Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. *LH R. Mourullo*. Madrid, 2005.

FRISCH. *Vorsatz und Risiko*. Köln, 1983.

GARCÍA CAVERO. *Derecho penal económico*. Parte general. Universidad de Piura, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG. Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual. *EPCr*, XV, 1992.

HORTAL IBARRA. *El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular*. ADP, 2004.

HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*. Barcelona, 2005.

KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt a. M., 1989.

_____. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico. *L.H. Tiedemann*. Madrid, 1995.

LAURENZO COPELLO. *Dolo y conocimiento*. Valencia, 1999.

MAQUEDA ABREU. La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de CP de 1992. *AP*, n. 26, 1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo. In: MUÑOZ CONDE, F. (Dir.). *Libro problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. Valencia, 2008.

_____. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal* (en colaboración con P. C. Busato y M^a.M. Díaz Pita). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2. ed. Valencia, 2007.

MENDOZA BUERGO. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, 2001.

MUÑOZ SÁNCHEZ. *El agente provocador*. Valencia, 1995.

PUENTE ABA. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*. Valencia, 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994.

_____. *Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito*. A propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto. L.H. Casabó. Valencia, 1997.

ROMEO CASABONA. *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*. L.H. Cerezo. Madrid, 2002.

RUDOLPHI. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *NPP*, 1975.

SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? Trad. T. R. Montañés. *Cuadernos del C.G.P.J.*, n. 8, 1991.

_____. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. M. Cancio. *ADP*, 1996, I.

SILVA SÁNCHEZ. Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad. *ADP*, 1987.

_____. Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal. In: AAVV. *Derecho de la circulación*. 1993.

SOTO NAVARRO. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada, 2003.

TERRADILLOS BASOCO. *Peligro abstracto y garantías penales*. L.H. Valle. Pamplona, 2001.

TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Barcelona, 1985.

TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético*, en *ADP*, 1981.

_____. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *ADP*, 1986.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

A gestão da exclusão social por parte do sistema penal na contemporaneidade: novas epistemologias para uma análise socioeconômica do sistema penal¹ - 2

José Ángel Brandariz García

Professor titular de Direito Penal na Universidade de La Coruña - Espanha.

Resumo: Este artigo analisa a gestão da exclusão por parte do sistema penal a partir de uma perspectiva fundamental de duas discontinuidades históricas transformadoras desta função nas últimas décadas: o declínio do Estado Social e a emergência da crise financeira. Ademais, o texto expõe várias linhas teóricas para prosseguir na análise da matéria.

Palavras-chave: exclusão social; sistema penal; estado social; crise financeira.

Abstract: This article addresses the management of exclusion which is done by the criminal system and is based on a fundamental perspective of two historical discontinuities which have changed its function in the last decades: the decline in the Social Rule of Law and the emergence of the financial crisis. Furthermore, the text addresses several theoretical lines in order to analyze such matter.

Key words: social exclusion; criminal system; social rule of law; financial crisis.

Sumário: 1. Introdução: continuidades e discontinuidades históricas; 2. Discontinuidades (i): a gestão penal da exclusão antes do declínio do Estado social: 2.1 Transformações condicionantes da marginalização progressiva do objetivo da inclusão; 2.2 Marginalização progressiva do objetivo de inclusão. Influência sobre as políticas assistenciais e penais; 2.3 A gestão penal da exclusão social. Linhas teóricas para avançar na investigação: 2.3.1 A gestão da exclusão no ocaso da sociedade do trabalho; 2.3.2 A gestão da exclusão na sociedade de consumo; 2.3.3 A gestão da exclusão no modo de governo neoliberal; 3. Discontinuidades (ii): a gestão penal da exclusão após a crise financeira; 4. (A título de) Conclusão: os limites desatendidos do sistema penal na gestão da exclusão social; 5. Referências bibliográficas.

1.... Traduzido por João Paulo Orsini Martinelli, mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

2.... O artigo faz parte da realização dos projetos de pesquisa 10PXIB101082PR, financiado pela *Consellería de Economía e Industria* de la *Xunta de Galicia*, e DER2011-24030JURI, financiado pelo *Ministerio de Ciencia e Innovación* da Espanha, ambos desenvolvidos pela equipe de pesquisa ECRIM (www.ecrim.es) da Universidade de La Coruña, Espanha.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

1. Introdução: continuidades e descontinuidades históricas

Um texto sobre a gestão da exclusão social por parte do sistema penal não invoca, em princípio, o campo semântico da novidade. Assim, não há nada inovador em afirmar que o sistema se ocupa, entre outras funções, de governar a exclusão social. Mais ainda, esta frase poderia ser idônea para encabeçar um texto de análise da evolução histórica do sistema penal, no qual se estudassem as diferentes morfologias que este adotou em sua tarefa de administração do excedente.

Nesse estudo, apresentar-se-iam as políticas de governo penal da pobreza, ou as diversas retóricas e práticas de luta contra as denominadas classes perigosas.³

Não obstante, esse não é o objetivo deste texto. Com estas linhas, pretende-se fazer uma aproximação das características do sistema penal como dispositivo de gestão da exclusão na contemporaneidade, – como se sugere no título – no século XXI. Nesse sentido, e sem perder de vista as continuidades históricas, o texto pretende identificar certos elementos de descontinuidade na mencionada tarefa do sistema penal. É necessário perceber que, à medida que o sistema penal não seja uma construção jurídico-social anistórica, as mutações políticas, sociais, econômicas e culturais incidem em sua epistemologia, em sua teleologia e em seus modos de funcionamento. Para desenvolver este ponto de vista pragmático, no contexto da filosofia da linguagem, o texto aborda uma dupla perspectiva temporal. Por uma parte, em um ciclo temporal maior se analisam as mutações da gestão penal da exclusão no contexto das transformações que significaram, de forma sintética, o ocaso da Modernidade. Por outra parte, em um ciclo curto, sugerem-se as modulações que na administração punitiva da exclusão sejam responsáveis pela atual etapa de crise financeira.

Não parece arriscado afirmar que o objeto de análise é de uma evidente complexidade. Sendo assim, não é de estranhar que as perspectivas adotadas pela literatura especializada para estudar as transformações presentes do governo da exclusão sejam variadas e divergentes. O texto não pretende assumir nenhuma delas; seu objetivo é, ao contrário, enunciar os elementos mais sugestivos dos diversos pontos de vista. Nesse sentido, ainda que se renuncie de antemão a formular respostas fechadas, não se desconhece a relevância de estreitar com precisão as perguntas com o fim de continuar a investigação em uma matéria que pode ser adjetivada, sem medo de incorrer em hipérboles, como muito estimulante.

3....Sobre o tema, cf., por todos, DEAN, 1991; PROCACCI, 1991: 151 ss.

2. Descontinuidades (i): a gestão penal da exclusão antes do declínio do Estado social

Como já foi sugerido, um contexto fundamental para analisar as mutações da gestão penal da exclusão⁴ é o correspondente ao declínio do Estado Social e de outros paradigmas inter-relacionados, mas não menos relevantes: o keynesianismo como modelo de política econômica, o *welfare* e o fordismo como esquemas de organização social.⁵

Um efeito capital da crise desses modelos foi a transformação das concepções coletivas sobre inclusão e exclusão. De fato, um dos valores, narrativas e postulados organizativos fundamentais da etapa do Estado Social foi a inclusão.⁶ O Estado Social supôs, entre outras coisas, a assunção de que o conflito e a coesão sociais deveriam ser abordados fundamentalmente mediante uma lógica inclusiva, que impulsionasse o desenvolvimento de políticas específicas orientadas a maximizar as possibilidades de participação do conjunto da cidadania nacional em todos os âmbitos da vida coletiva, e atentas a superar as condicionantes que determinavam déficits de satisfação de necessidades e de direitos. Em consonância, o Estado de bem-estar supôs um modelo de responsabilização e segurança coletivas ante os riscos de exclusão social que pudessem afetar todos os membros da comunidade.

Esta lógica da inclusão comandou as formas jurídico-políticas e socioeconômicas desse período específico do século XX. Informou o modelo do Estado Social, no qual a instituição estatal assumiu o compromisso de desenvolvimento de políticas endereçadas à remoção dos obstáculos interpostos à participação na vida coletiva. Mas também orientou as políticas econômicas, tanto as lógicas keynesianas de impulso pela demanda quanto os fundamentos do Estado de Bem-Estar, preordenado à satisfação de necessidades básicas pensadas em sede substancialmente socioeconômica.

Em suma, na etapa de referência, as condições de garantia e manutenção da ordem social foram pensadas, principalmente, em sede de inclusão. Esta circunstância também se trasladou à própria configuração do sistema penal, organizado a partir de um modelo

4... Não parece demais destacar que a análise situa-se em um plano meramente abstrato, tendencialmente coincidente com o conjunto das regiões do Centro do sistema-mundo, de modo que, se se pretendesse uma análise situada em um território específico, o objeto deveria ser submetido a contextualizações e avaliações relevantes.

5 ... Sobre a relação entre estes modos de organização jurídico-política, econômica e social, cf. por todos, CAPELLA, 1997: 182 ss.; CASTEL, 1999: 601 ss., 609 ss.; MARAZZI, 2003: 90.

6... Cf., entre outros, BROSSAT, 2003: 47 s.; GARLAND, 2005: 73, 98, 102 s., 299; YOUNG, 2003: 16, 103 ss.

substancialmente reintegrador – o que, acertadamente, foi denominado *welfarismo penal*⁷ – consoante com o Estado Social, tanto naquilo que este tem de intervenção institucional na solução dos problemas públicos quanto em sua faceta de garantia da inclusão. A situação que sobreveio no momento do declínio do Estado Social é distinta, inclusive tendencialmente antitética. O atual estágio caracteriza-se pela assunção da sobrevivência inevitável de determinadas quotas de marginalização e exclusão social.⁸ Tal admissão é manifesta nos gestores de políticas públicas,⁹ assim como também alcança o conjunto da cidadania,¹⁰ que assume o caráter quimérico da narrativa da inclusão prévia. Desse modo, a exclusão social se interpreta agora como um fenômeno tendencialmente insuperável, com o qual se consolida sua normalização.

II.1 Transformações condicionantes da marginalização progressiva do objetivo da inclusão

Como parece óbvio, as razões desta transformação, que supõe a marginalização progressiva do objetivo de inclusão e a admissão da sobrevivência de certas quotas de exclusão social, são múltiplas. No entanto, mesmo no espaço limitado deste texto, não se renuncia a sugerir algumas ideias fundamentais.

7...De acordo com a conhecida tese de **Garland**, o *welfarismo penal* constituiu um conjunto de argumentos e práticas sobre o sistema penal que alcançaram um marco institucional e intelectual claramente consolidado em uma pluralidade de países ocidentais. Nesse marco, o ideal reabilitador constituía o princípio organizador básico, que dava sentido e coerência ao conjunto da estrutura, ao mesmo tempo em que lhe outorgava certa aparência de cientificidade e benignidade. A centralização deste ideal derivava-se dos axiomas básicos que o *welfarismo penal* com a cultura política do período: a) a reforma social, junto à melhoria da prosperidade econômica, consideradas meios de luta contra a criminalidade, reduzem a frequência do delito; b) o Estado é responsável tanto pelo controle e pela pena dos infratores quanto de sua assistência, com a qual a justiça penal se converteria, de fato, em parte do Estado de Bem-Estar, tratando o condenado como um sujeito não apenas culpado, mas também necessitado. O *welfarismo penal* refletiu-se em uma lógica comum que vinculava e dava sentido amplo a todo um conjunto de ideias (a centralidade da ressocialização, a necessidade de tratamento individualizado, a ênfase na investigação social e criminológica – geralmente baseada em considerações etiológicas) e de práticas penais (o impulso dado às sanções ambulatoriais, a disposição da liberdade condicional e outros instrumentos atenuantes da execução, a prática de programas de tratamento, a conformidade de sistemas penais de orientação tutelar para os menores, o trabalho social com infratores e suas famílias etc.). Sobre isso, cf. GARLAND, 2005: 71 ss.; DE GIORGI, 2000: 25 ss.

8...Vid., entre outros, GARLAND, 2005: 318; MEZZADRA, 2005: 94, 108; YOUNG, 2003: 18.

9...Cf. GARLAND, 2005: 317.

10..Sobre a aceitação pelas classes médias da exclusão e do incremento do controle social sobre setores marginalizados, os quais se consideram responsáveis pelo excesso de egoísmo e defeito de contenção no desenvolvimento de condutas antissociais, cf. GARLAND, 2005: 316 s., 319 s. Em síntese, difunde-se a imagem de um jogo de soma zero, segundo a qual as liberdades da maioria exigiriam intensificar o controle sobre a minoria de marginalizados (cf., por todos, BAUMAN, 2004: 151 s.).

Primeiramente, no plano das políticas econômicas, a (contra) revolução neoliberal impôs como lugar comum, como pensamento consensual, a insustentabilidade dos modelos integradores do passado – políticas econômicas keynesianas, dispositivos do Estado de Bem-Estar –, por sua inviabilidade em um contexto de progressiva integração global da economia, no qual os sistemas estatais mais exigentes em matéria de cobertura social seriam chamados a afrontar perigos insuperáveis em termos de competitividade e crescimento econômicos.¹¹

Em segundo lugar, particularmente em territórios onde a perspectiva neoliberal tem obtido maior sucesso – sobretudo, no âmbito anglo-saxão –, o planejamento normalizador da exclusão social se apoiou em considerações relativas ao comportamento humano e à infeliz incidência sobre os sujeitos das políticas *welfaristas*. Nesse sentido, sustentou-se que boa parte da responsabilidade pela sobrevivência de quotas de marginalização social seriam atribuídas àquelas políticas, à medida que a generosidade e a indulgência dos sistemas de assistência social haviam produzido uma sociedade passiva, inclusive consolidando a existência de estratos sociais parasitários, que renunciavam, pelas condições oferecidas pelo sistema, a contribuir ao desenvolvimento coletivo.¹²

Estes argumentos neoliberais sobre os efeitos perniciosos do keynesianismo e das políticas do Estado de Bem-Estar se complementaram com uma teorização mais propriamente neoconservadora, que também enfatizou as consequências negativas desses modos de organização sobre o controle das condutas individuais. Trata-se da perspectiva segundo a qual a consecução progressiva de quotas maiores de tolerância social teria produzido todo um conjunto de patologias coletivas (desarticulação do modelo de família tradicional, uso e abuso de drogas, aumento da miscigenação em sociedades crescentemente complexas etc.). Esta circunstância é valorada como sintoma de excessiva permissividade do sistema, e como determinante de uma crise dos modelos sociais de regulação, do enquistamento de âmbitos de desordem e marginalização social.¹³

11.. Sobre o tema, cf., por todos, FARIA, 2001: 82 s., 102 s.; HARDT/NEGRI, 2002: 146 ss., 275, 310; MARAZZI, 2003: 90 s.

12.. Cf., por todos, BECKETT/SASSON, 2004: 47, 51 s., 58 s.; DEAN, 2010: 75 s.; GARLAND, 2005: 255 s., 318 s.; GIDDENS, 1999: 136 s.; MILLER/ROSE, 2008: 209 s.; ROSE, 1999: 256 ss.; TONRY, 2004: 39, 43; YOUNG, 2003: 170 ss., 221 ss.; 2007: 82 s. Um texto básico sobre este pensamento no âmbito anglo-saxão: MURRAY, 1984.

13.. Cf., sobre o tema, BONELLI, 2005: 125 ss.; GARLAND, 2005: 173 s., 316; O'MALLEY, 2006: 192 s.; YOUNG, 2003: 240 s.; 2007: 36 s., 41.

Esta terceira perspectiva de análise, em particular, contribuiu para impulsionar um debate, de especial incidência no âmbito anglo-saxão, que se centra na evitável sobrevivência de segmentos sociais excluídos e na necessidade de sua gestão por parte do sistema penal. Trata-se da teorização sobre a denominada *underclass* (classe inferior), um segmento social considerado supérfluo para o sistema econômico, irrecuperável, socialmente nocivo e com tendência à desordem e à criminalidade.¹⁴ O debate anglo-saxão sobre a *underclass* supõe a melhor expressão da aceitação coletiva de uma exclusão de caráter estrutural em sociedades que outrora se pensavam inclusivas; não obstante, não se trata de uma anomalia, senão da manifestação de argumentos que, com umas e outras nuances, reproduzem-se no conjunto dos territórios que, em seu momento, foram *welfaristas*. Nesse tipo de debate, a aceitação da exclusão se vê justificada, como foi sugerido, pela inter-relação entre o discurso neoliberal do parasitismo e a carência da disciplina do trabalho, e a retórica neoconservadora dos déficits de autocontenção, bem como a falta de merecimento da solidariedade coletiva.¹⁵ Além disso, debates como o relativo à *underclass* permitem construir um dos pressupostos necessários para a normalização da exclusão social: a superação das imagens de identificação da comunidade nacional, e seu complemento com narrativas de alteridade.¹⁶

Em consequência, não deve surpreender que este conjunto de retóricas, lugar comum e transformação das compreensões coletivas, tenha sofrido uma influência capital sobre a forma de aproximação à exclusão social e aos próprios sujeitos excluídos. Em efeito, tais análises preconizam que nem as políticas de assistência *welfarista* nem as práticas de incremento dos marcos de tolerância coletiva são funcionais, portanto, devem ser superadas. Ademais, as últimas décadas conheceram o retorno às lógicas individualistas,

14..Para uma análise da teorização a respeito da *underclass*, cf. por todos, MATTHEWS, 2003: 168 ss.; MELOSSI, 2002: 223 ss.; O'MALLEY, 2006: 216, 235 s.; 258 s. Um texto básico sobre a tese: WILSON/HERRNSTEIN, 1986.

15..Cf. YOUNG, 2007: 36, 41, 43.

16..Cf. YOUNG, 2007: 43.

Essa alteridade da *underclass* é o que explica, nessas teses, uma expressão que GARLAND (2005: 228 ss., 300 s.), acertadamente, qualificou como “Criminologia do outro”, oposta à “Criminologia de si próprio”. Na primeira direção epistemológica se considera que o criminoso é um ser distinto, regido por déficits hereditários, psicológicos, educativos, ou, inclusive, de cor de pele, e que deve ser isolado, contido ou eliminado; na segunda prevalece, ao contrário, a imagem do infrator como sujeito de risco, que atua racionalmente, maximizando seus benefícios. Sobre o tema, cf. LYNCH, 2008: 94 ss.; MELOSSI, 2002: 220, 223, 227 s.; O'MALLEY, 2006: 185, 193 ss., 249 s.

Esta tese deve estar alinhada com a literatura que destacou que, nas políticas de controle e na política criminal contemporâneas, produz-se uma complexa, e não necessariamente pacífica, hibridação de considerações neoliberais e neoconservadoras. Sobre o tema, cf. O'MALLEY, 2006: 154 ss., 185 ss.; 2010: 33 s.; PRATT, 2006: 257. Cf. também IGLESIAS SKULJ, 2011: 166 ss.

que consolidam dinâmicas competitivas de *darwinismo social*, nas quais se desenvolvem abordagens de responsabilidade pessoal,¹⁷ de culpabilização do excluído, considerado responsável por sua situação *por causa da falta de esforço* e por seu comportamento descuidado.¹⁸ Em consonância, a recuperação das virtudes da ética de trabalho¹⁹ e a normalização de padrões de conduta entendem-se como deveres obrigatórios para a inclusão social. Sem prejuízo de retornar a esta questão *infra*, não cabe neste momento deixar de destacar o caráter quimérico dessa inclusão sustentada sobre a ética do trabalho, em um tempo em que não somente a cidadania social é uma obsolescência, bem como no qual as mutações das relações de produção impedem – com extraordinária frequência – que o emprego possa servir como critério de integração.²⁰

2.2 Marginalização progressiva do objetivo de inclusão. Influência sobre as políticas assistenciais e penais

Todo este conjunto de transformações, em relação à forma de aproximação coletiva às questões de exclusão social, tem produzido mutações de grande projeto nas políticas penais e assistenciais, que permitem recorrer à descontinuidade histórica.

Na vertente propriamente penal, o evento fundamental é a crise do *welfarismo* punitivo. Seu sintoma mais evidente é o progressivo abandono do modelo penal reintegrador,²¹ mas também a crise da criminologia etiológica, a qual indagava nas condicionantes

17..Essas dinâmicas de individualização relacionam-se, no âmbito de prevenção da delinquência, com o que alguns autores, seguindo a bem sucedida expressão de O'MALLEY (cf., como mera referência, O'MALLEY, 2006: 189 ss.), denominaram *novo prudencialismo* ou *prudencialismo privado*, em razão do qual a responsabilidade de gestão dos riscos em matéria de criminalidade atribui-se de forma crescente aos sujeitos privados. Cf. sobre o tema: HUDSON, 2003: 54 s.; ROSE, 2000: 324, 327 ss.; STANKO, 2000: 25 s.

18..Cf., a respeito, BAUMAN, 2005: 116 s.; 2007a: 173 s.; 2007c: 172, 183 s.; BECKETT/SASSON, 2004: 47, 51 s.; CASTEL, 2009: 113 s.; DEAN, 2007: 61 s.; GARLAND, 2005: 317 s.; SUSIN BETRÁN, 2006: 127 s.

19..Cf. GARLAND, 2005: 174, 318; MELOSSI, 2002: 237; WACQUANT, 2004: 113; YOUNG, 2007: 101.

20 .Cf., sobre o tema, BAUMAN, 2005: 49 s.; BRONZINI, 2002: 49 ss.; DE GIORGI, 2002: 79; RAHOLA, 2003: 99 ss.; YOUNG, 2007: 85. Como parece evidente, a área onde a diferença de desempenho entre o emprego e a inclusão social é mostrada de uma forma mais acentuada é a referente aos imigrantes (cf. MEZZADRA, 2005: 93 s., 108 s.; RAHOLA, 2003: 103 s.).

21..Cf., entre outros, GARLAND, 2005: 102 ss.; DE GIORGI, 2000: 30 s., 40, 46 s.; 2002: 30 s.

Em relação a essa crise, GARLAND, 2005: 275 ss., 285, 322, entre outros; o autor demonstra, acertadamente, que do mesmo modo que as instituições do Estado de Bem-Estar ainda possuem um papel na vida socioeconômica, as instituições do welfarismo penal encontram-se, contudo, subjacentes.

estruturais de caráter socioeconômico ou sociocultural a explicação do comportamento criminal, e que servia como base ao pensamento reabilitador.²² Diante disso, enfatiza-se a plena responsabilidade individual do infrator,²³ em um momento em que a Criminologia já não precisa se ocupar de indagar os pressupostos de eficácia de uma prática reintegradora, senão fundamentalmente de gerir riscos.²⁴

A isso se somaram, inclusive, posicionamentos que, de forma análoga ao predicado em relação com a lógica assistencial do Estado de Bem-Estar, reprovaram o sistema penal welfarista por sua excessiva benignidade, causa do incremento da criminalidade,²⁵ assentando, desse modo, as bases para um renascimento do populismo punitivo. Desacreditada a lógica incluyente da reintegração, vêm-se consolidando progressivamente duas grandes orientações político-criminais alternativas. Por uma parte, a ideologia da incapacitação ou neutralização, consoante o objetivo de atuar na identificação dos grupos de risco potencialmente irrecuperáveis.²⁶ Por outra, o pensamento da dissuasão ou prevenção intimidatória, que se sustenta na compreensão do infrator como um ator racional perseguidor da maximização de seus benefícios e frente a quem, como teoriza a análise econômica do delito e da pena, é necessário incrementar os custos potenciais da atividade criminal.²⁷

Em síntese, normalização da marginalização social, subordinação dos objetivos de inclusão, atenção prioritária à responsabilidade individual e recuperação das lógicas de controle modulam as novas orientações em matéria de gestão da exclusão social, na vertente penal dessa política, mas também em sua parte mais propriamente assistencial.

22..Cf., por todos, CAVADINO/DIGNAN, 2006: 51 s.; DE GIORGI, 2000: 24 s., 30 s., 46 s.

23..Cf. BECKETT/SASSON, 2004: 50 s., 117; BONELLI, 2005: 123 ss.; DILTS, 2008: 90 ss.; GARLAND, 2005: 320 s.; DE GIORGI, 2000: 30 s.; WACQUANT, 2004: 14, 30 ss.

24..Cf., por todos, GARLAND, 2005: 45, 297 ss.; DE GIORGI, 2000: 40, 96.

25..Cf. ANITUA, 2005: 475 ss., 486 ss., 502 ss.; GARLAND, 2005: 107, 110 ss.; RE, 2006: 57 ss., 63 ss.; TONRY, 2004: 39, 43; WESTERN, 2006: 172 ss. Foram expressões dessa crítica de caráter conservador VAN DEN HAAG, 1975; WILSON, 1975.

26..Cf., por todos, FEELEY/SIMON, 1992: 458 s.; HARCOURT, 2007: 89 ss.; SIMON/FEELEY, 2003: 94 s.; ZEDNER, 2009: 78 ss. Trabalhos pioneiros nesta matéria foram FLOUD/YOUNG, 1981; GREENWOOD, 1982.

27..Cf., por todos, GARLAND, 2005: 219 s.; DE GIORGI, 2000: 31 s.; ZEDNER, 2009: 70 s.

Desse modo, em relação ao segundo aspecto da política de gestão da exclusão social, produz-se uma progressiva contração dos sistemas de segurança e assistências sociais, que obedecem às políticas de restrição do gasto público, mas também à convicção de que os excessos assistenciais do passado conduziram à institucionalização da exclusão, produzindo sujeitos passivos.²⁸ Em consequência, procura-se redesenhar as políticas de assistência, de modo que persigam a ativação dos próprios setores desfavorecidos na superação de sua situação.

Este argumento, conjugado com a lógica da responsabilidade individual e da evitação do parasitismo, conduz a priorizar especificamente as obrigações dos destinatários da assistência social, assim como o estabelecimento de dispositivos de controle à sua obtenção e desfrute.²⁹ A melhor expressão desta transformação das políticas assistenciais se encontra no que se denominou, como um jogo de linguagem especialmente feliz, ao passo do *welfare* ao *workfare*, isto é, de um modelo de regulação socioeconômica no qual se pretendia garantir o bem-estar, inclusive em situações e períodos de ausência de acesso ao emprego, a outro no qual nem sequer o desenvolvimento de um trabalho assalariado garante a superação dos limiares de pobreza e a satisfação de necessidades básicas.³⁰ Dito de outro modo, é o trânsito de um modelo no qual o trabalho assalariado, como condição fundamental de inclusão social, é contemplado como um direito que deve ser garantido pelo Estado a outro esquema, no qual aparece como *obrigação de cidadania*. Desse modo, à margem de se incidir nas lógicas do incentivo da responsabilidade individual e da evitação do suposto parasitismo, procede-se, mediante a crescente limitação das possibilidades de sobrevivência – ilícita – à margem do trabalho assalariado, a garantir de forma coativa a submissão a um emprego crescentemente precário, isto é, a uma relação salarial que tende cada vez mais, em um marco de um regime de acumulação flexível, a ser descontínua e móvel.³¹ Este modelo se faz especialmente evidente em múltiplas sociedades –

28..Cf. GARLAND, 2005: 318 s. Certa reminiscência deste argumento pode ser verificado em SILVA SÁNCHEZ, 2001: 42 ss.

29..Cf. BAUMAN, 2005: 76 ss.; GARLAND, 2005: 285, 318; WACQUANT, 2000: 99, 124; 2004: 37 s., 71, 79.

30..Cf., entre outros, DEAN, 2007: 95 s.; RODRÍGUEZ, 2003: 84 ss.; ROSANVALLON, 1995: 164 ss.; ROSE, 1999: 266 s.; WACQUANT, 2000: 41 ss.; 2004: 79 s. Sobre a redefinição da função do sistema penal no marco específico do *workfare*, cf. MELOSSI, 2002: 237; WACQUANT, 2008: 25 s. Entre os trabalhos que preconizaram este tipo de argumentos, destacam-se os de L. MEAD (1986, 1997).

31..Cf., sobre o assunto, BOLTANSKI/CHIAPELLO, 2002: 301 ss., 311 ss.; FARIA, 2001: 67 ss., 189; MARAZZI, 2003: 9 ss., 31 ss., 89 ss.; MOULIER BOUTANG, 2007: 80 s.; RODRÍGUEZ, 2003: 48 s., 61 s., 75, 85 ss.; WACQUANT, 2000: 41 s., 96, 105.

entre as quais a espanhola – no caso das populações migrantes, para as quais a residência legítima depende do desenvolvimento de um trabalho regularizado, isto é, não pertencente a uma das múltiplas modalidades do *trabalho negro* correspondente à economia submersa e semissubmersa.³²

Este conjunto de dinâmicas de contração da assistência social, dos benefícios e prestações endereçadas ao combate das situações de risco de marginalização, impôs um renovado protagonismo do sistema penal na gestão da exclusão.³³ Desse modo, produz-se uma expansão das funções reitoras destes fenômenos de conflito potencial por parte dos dispositivos de controle social formal. Em concreto, sobrevém uma mutação das lógicas de aproximação à exclusão social, de modo que, em sua gestão, a racionalidade de controle ocupa um protagonismo cada vez maior, e, portanto, o sistema penal; e a orientação assistencial, um espaço cada vez menor.³⁴

Esta readaptação do rol do sistema penal na gestão da exclusão social se verifica em etapa na qual os níveis de marginalização não somente se normalizam, bem como apresentam uma tendência crescente.³⁵ A progressiva retirada do Estado do campo econômico, a contração da cobertura *welfarista*, ou os novos modelos produtivos, geradores de precarização massiva, determinaram uma proliferação qualitativa e quantitativa da exclusão social.³⁶

2.3 A gestão penal da exclusão social. Linhas teóricas para avançar na investigação

As análises apresentadas até este momento constituem considerações que alcançam um grau elevado de consenso na literatura

32..Cf., entre outros, APARICIO WILHELMI, 2010: 61 ss.; CALAVITA, 2005: 11, 42 s.; DE GIORGI, 2000: 60 s.; RODRÍGUEZ, 2003: 93, 112.

33..Cf., entre outros, GARLAND, 2005: 322 s.; DE GIORGI, 2000: 86 s.; MARY, 2003: 28; TERRADILLOS BASOCO, 2004: 224 s.

34..Vid. BAUMAN, 2005: 117, 119; DE GIORGI, 2002: 58, 111 s.; MARY, 2003: 8, 27, 32; PALIDDA, 2000: 40, 119, 168 s.; SANTORO, 2004: 96 s.; SUSÍN BETRÁN, 2006: 128 ss. Para uma análise específica desta questão em relação aos imigrantes, cf. MELOSSI, 2002: 272.

35..Trata-se de uma tendência que somente pode ser percebida mediante uma análise estatística que abranja um ciclo temporal extenso, já que os dados mais recentes apresentam tendências ambivalentes, apesar de um evidente aumento da exclusão no contexto da crise. Como referência, em 2010, 23,4% da população da União Europeia encontrava-se em risco de pobreza ou exclusão social; a cifra era de 19,7% na Alemanha, 23,1% no Reino Unido, 19,3% na França, 24,5% na Itália ou 25,5% – a taxa mais elevada da União Europeia – na Espanha (cf. ANTUOFERMO/DI MEGLIO, 2012: 2).

36..Cf. BOLTANSKI/CHIAPELLO, 2002: 315 ss.; CASTEL, 1999: 665 ss.; DE GIORGI, 2000: 86 s.; RAHOLA, 2003: 9, 14 s., 104; YOUNG, 2003: 21, 108.

especializada sobre a gestão penal da exclusão na etapa de declínio do Estado Social. Contudo, este campo de estudo não está absolutamente isento de debate. Quando, partindo dos argumentos expostos, avança-se indutivamente desde o plano dos grandes paradigmas teóricos de compreensão e explicação da matéria, as divergências são notáveis. Nesta epígrafe, proceder-se-á uma exposição de quais podem ser as linhas teóricas mais sugestivas para continuar avançando na análise das transformações do rol dos sistemas de controle social formal – entre esses, o penal – na gestão da exclusão após o ocaso do Estado Social *welfarista*. A renúncia à formulação de conclusões delimitadas neste ponto se sustenta, sobretudo, na convicção de que estas grandes linhas de interpretação, ainda com suas diferenças epistemológicas, podem admitir certos graus de recombinação, o que resulta necessário para o aprofundamento na análise desta matéria complexa.

Em primeiro lugar, e em relação à distribuição renovada de tarefas dos sistemas penal e assistencial na gestão da exclusão, uma linha exegética que gozou de inegável difusão é a que enuncia que o declínio do Estado Social cada vez mais caminha à consolidação de um Estado Penal.³⁷ O argumento fundamenta-se, entre outras considerações, em razões de um viés positivista sobre a inter-relação entre níveis de cobertura social e taxas de população penitenciária.³⁸ Além do que sugere a tese, em particular como alerta ante os desvios do tratamento da exclusão em sede de culpabilização, controle e castigo, a abordagem parece pecar por excesso de mecanicismo e unidimensionalidade,³⁹ ou, enfim, de certa metanarratividade. Por isso, para caracterizar a evolução previamente enunciada, talvez dever-se-ia falar de *penalização do social*, se assim for entendida uma gestão da exclusão que de forma crescente centra-se na perspectiva das obrigações e dos controles – assistenciais e punitivos.⁴⁰ Além disso, este ponto de vista, seguramente, poderia inserir-se no marco

37..Como é sabido, essa tese foi promovida, sobretudo, pelo trabalho de WACQUANT (cf., por exemplo, WACQUANT, 2000: 79 ss.; 2004: 41 ss., 68 ss.), quem, contudo, tendeu a estabelecer diferenças entre a situação norte-americana e a europeia. Outros autores compartilharam este ponto de vista de forma implícita ou explícita (cf., nesse sentido, BAUMAN, 2007d: 15 s.; 2008a: 90 s.; 2008b: 13 s.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2012: 244 ss.).

38..Cf., nesse sentido, BECKETT/WESTERN, 2001: 36 ss.; WACQUANT, 2000: 146 s. Cf. também BAUMAN, 2007d: 15 s.

39..Cf., em entendimento bem diferente, GREENBERG, 2001: 73.

40..Cf., nesse sentido, MARY, 2003: 8, 27, 32. Cf. também DEAN, 2007: 119; WACQUANT, 2008: 28 s. Ainda, sobre a crescente inter-relação das instâncias do sistema penal e do sistema de assistência social na gestão da exclusão, cf. BONELLI, 2005: 137 ss.

geral de uma análise mais detalhada que a tese anteriormente mencionada: a dos estudos que abordam os modos múltiplos de penetração da segurança ante o delito na governabilidade contemporânea, uma perspectiva contributiva para interpretar a gestão penal da exclusão no âmbito das transformações dos modos de governo.⁴¹

Em segundo lugar, podem também ser identificadas diversas linhas de interpretação na hora de explicar a normalização da exclusão, as formas de sua gestão em termos de controle e as razões da renúncia ao horizonte de inclusão. É possível apontar um pressuposto comum nestes diversos pontos de vista, que analisam a gestão penal da exclusão a partir das epistemologias sociológicas e, em certa medida, econômicas. Essa perspectiva comum seria a qual entende que a normalização da exclusão tem a ver com a ideia de *excedente*. Desse ponto de vista, considera-se que, ao contrário do que se sucede uma etapa álgida do Estado Social *welfarista*, a marginalização social se apresenta na atualidade como excesso de determinados sujeitos e grupos sociais.⁴²

Não obstante, além desse ponto de vista geral, as perspectivas de explicação do excesso divergem claramente. Assim, a literatura fundamental pode ser organizada em três planos teóricos distintos.

2.3.1 A gestão da exclusão no ocaso da sociedade do trabalho

Em primeiro lugar, uma tese analisa o excedente a partir de uma ótica produtiva, entendendo que a revolução tecnológica experimentada pelos processos de produção nas últimas décadas parece haver gerado uma necessidade cada vez menor de trabalho vivo ou, quando menos, a perda da centralização política e social do trabalho assalariado.⁴³ Como consequência disso, uma porção crescente da força de trabalho deriva-se de um setor terciário cada vez mais precário, assim como de um conjunto de modalidades de desocupação, infraocupação e ocupação irregular,⁴⁴ incrementando em termos quantitativos os grupos sociais potencial ou efetivamente excluídos.

41.. Trata-se fundamentalmente dos trabalhos de **Jonathan Simon**, que cunhou as expressões “do New Deal ao Crime Deal” e “governo através do delito” (cf. SIMON, 2007; 2008).

42.. Cf., por todos, DE GIORGI, 2002: 75 ss. – que desenvolve a tese segundo a qual a transição do fordismo ao pós-fordismo pode ser interpretada também como a mudança de um regime produtivo caracterizado pela carência para outro no qual predomina o excedente, o que repercute sobre a função dos dispositivos de controle social – BAUMAN, 2008a: 57 ss.; 2009: 15 ss.

43.. Cf. BAUMAN, 2005: 120, 139; DE GIORGI, 2002: 76 ss.; HOBBSBAWN, 1995: 406, 412 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 36, 41; RAHOLA, 2003: 99, 104.

44.. Cf. por todos, CASTEL, 2003: 31, 81 ss.; FARIA, 2001: 190 ss.; MARAZZI, 2003: 76 s.; RODRÍGUEZ, 2003: 172 s.

Dessa perspectiva, o excesso se manifesta no marco de uma profunda contradição, que já havia sido previamente mencionada: a que se dá entre uma inclusão social que segue fundamentalmente condicionada pelo trabalho assalariado e por sua progressiva escassez nas modalidades clássicas e estáveis que permitiam essa plena integração.⁴⁵ Em consequência, a necessidade de uma crescente gestão do excedente em termos de controle deriva-se da impossibilidade de seguir garantindo, como era próprio da etapa do Estado do Bem-Estar, a inclusão social por meio do trabalho. Esta tese, híbrida com argumentos antropológicos de caráter culpabilizador, foi enunciada no contexto anglo-saxão em relação à *underclass*.⁴⁶

Esta abordagem é de grande interesse, mas somente se tomada com algumas qualificações, o que já foi feito em sua apresentação. Não faz sentido pretender se sustentar na convicção de que o excedente se deriva de uma menor necessidade produtiva de trabalho vivo, em termos quantitativos. Longe disso, o que aconteceu com a transformação produtiva a partir do pós-fordismo das últimas décadas é um incremento do volume total de trabalho vivo necessário,⁴⁷ proliferação de todo tipo de empregos precários;⁴⁸ precisamente por isso, esta exclusão tem mais a ver com a perda da centralização política e social do trabalho assalariado, necessária para se manter constituindo o parâmetro fundamental de inclusão.

2.3.2 A gestão da exclusão na sociedade de consumo

Uma segunda tese muda de forma relevante o ponto de vista. De acordo com sua abordagem, nas últimas décadas assistiu-se não somente a uma superação da *sociedade do trabalho*, senão à sua substituição por uma *sociedade do consumo*. Em consonância,

45..Cf., por todos, BOLOGNA, 2006: 71 s., 85; CASTEL, 2003: 80 s.; COCCO, 2003: 20, 35, 58 s., 69 s.; LAZZARATO, 1997: 66 s. Para uma aproximação desta questão no caso dos migrantes, cf. PALIDDA, 2000: 226; RIGO, 2007: 65 s., 69 s.

46..Vid. O'MALLEY, 2006: 235 s.

47..Cf., para uma aproximação a este debate, BERARDI, *Bifo*, 2004: 108 ss.; BOLOGNA, 2006: 67 ss., 106 s., 128, 202, 212 ss.; CASTEL, 2009: 102 ss.; COCCO, 2003: 21, 33, 81 s., 90 s.; MARAZZI, 2002: 39, 48 ss., 143 s.; RODRÍGUEZ, 2003: 180 ss.; YOUNG, 2007: 23, 78 ss.

48..Cf., por todos, FUMAGALLI, 2010: 249; SASSEN, 2007: 185; YOUNG, 2011: 117.

as condições da inclusão social estruturam-se fundamentalmente a partir da capacidade de consumo,⁴⁹ e o excesso se dá em relação aos sujeitos e grupos sociais que, substancialmente por suas condições econômicas, não podem aportar a esse modelo social por serem *consumidores falidos*.⁵⁰ Desse modo, embora os sistemas de controle – e o sistema penal em particular – devam se acomodar a formas pouco disciplinares, de modo a não bloquear o exercício da liberdade, pressuposto do consumo,⁵¹ também devem encarregar-se da gestão dos setores excluídos que representam os consumidores falidos. Nessa gestão, na qual se hibridam os sistemas assistencial e penal, deve orientar-se ao mesmo tempo para ativar as possibilidades de recuperação para o consumo de certos setores de excluídos e controlar aqueles não suscetíveis de reintegração nessa lógica.⁵²

2.3.3 A gestão da exclusão no modo de governo neoliberal

Uma terceira linha de interpretação sobre as transformações que afetam a gestão contemporânea da exclusão emoldura-se em uma perspectiva de análise mais realçada, menos onicompreensiva e – provavelmente – mais frutífera que as anteriores, em particular no tangente à *sociedade de consumidores*. Trata-se de um campo teórico que supõe que, enquanto a gestão por meio da inclusão e da padronização é uma característica fundamental do modo de governabilidade social, a transição para uma governabilidade neoliberal introduz mutações relevantes. Este tipo de argumentos acolhe, de uma ou de outra maneira, as epistemologias remissivas às teses das

49..Cf., nesse sentido, BAUDRILLARD, 2005: 48 s., 81 ss.; BAUMAN, 2002: 82 ss.; 2004: 106 ss.; 2005: 40 ss.; 2007a: 153 ss., 177 ss., 212 s., 230; 2007c: 43 ss., 77 s., 92 s., 169 s.; LEWKOWICZ, 2006: 19, 32 ss., 79, 106; LÓPEZ HERNÁNDEZ/RODRIGUEZ LÓPEZ, 2010: 217 ss., 252 ss., 436, 468 – referindo-se à *sociedade de proprietários* –; PÉREZ CEPEDA, 2007: 46 s.; ROSE, 1999: 164 s. Sobre o tema, cf. ainda BARCELLONA, 1996: 125 ss.

50..Cf. BAUMAN, 2005: 64 s.; 2007b: 134 ss.; 2007c: 82, 170, 174 s.; LEWKOWICZ, 2006: 133; MILLER/ROSE, 2008: 114 s., 140 s.; ROSE, 1999: 86 ss.

51..BAUMAN considera que na sociedade de consumidores as instituições de controle já não podem pretender um comportamento rotineiro dos sujeitos, já que isso tenderia a anular sua capacidade de escolha. Por consequência, os antigos dispositivos disciplinadores seriam perturbadores para o sujeito-consumidor, e seriam desastrosos em uma sociedade organizada sobre o desejo e a escolha. Em síntese, o autor considera que, na atualidade, a obediência tende a lograr-se mais por causa da sedução que da coerção. A respeito, cf. BAUMAN, 2005: 45, 51 s., 55, 139; 2007a: 153, 168, 203, 208; 2007c: 79 ss., 129; 2010: 76.

52..Cf., entre outros, BAUMAN, 2007a: 153, 168, 208; LEWKOWICZ, 2006: 143, 145; O'MALLEY, 2006: 22.

sociedades de controle de Deleuze⁵³ ou das sociedades de segurança de Foucault,⁵⁴ e – sobretudo no âmbito anglo-saxão – aos marcos sólidos de análise que se desenvolveram a partir da teoria da governabilidade do segundo pensador francês.⁵⁵

Essas teses, à medida que se ocupam das formas de governo da vida coletiva, ou das relações entre certos diagramas de poder, vão claramente mais além do campo de análise aqui abordada. Não obstante, enunciam teses muito sugestivas sobre as transformações nos dispositivos de controle após o ocaso da governabilidade *welfarista*, entre as quais cabe mencionar a ideia de que o controle já não pretende a normalização dos sujeitos nem a superação dos fenômenos de desvio, senão fundamentalmente a gestão e a distribuição de riscos, em particular a partir de uma perspectiva do utilitarismo economicista.⁵⁶ Em conformidade, o governo dos riscos e das desordens contemporâneas tende a se disseminar muito além da instituição estatal,⁵⁷ em consonância com uma governabilidade neoliberal que se plasmou em formas muito mais fluídas e descentralizadas que os conceitos clássicos de soberania, como se analisa na teoria da *governance*. Ainda, essas teses assinalam que o controle social tende a se acomodar em modos de gestão por meio do modelo de escolha, de forma que se busca o incentivo da liberdade dos cidadãos como mecanismo de organização da estabilidade da vida coletiva.⁵⁸ Este modelo *soft* de controle social seria uma grande medida consoante às teses discursivas sobre uma *sociedade de consumidores*, nas

53..Cf. DELEUZE, 1995: 273 ss.; 2003: 299 ss. Sobre essa tese, cf., por todos, ARRIGO/MILOVANOVIC, 2010: 107 ss.; IGLESIAS SKULJ, 2011: 67 ss.; LAZZARATO, 2006: 73 ss., 230 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 32 ss.; RAZAC, 2008: 112 ss.

54..A tese foucaultiana de referência pode ser verificada em esboço, fundamentalmente, em FOUCAULT, 1991: 163 ss.; 2004a: 7 ss., 47, 67 s. Sobre esta tese cf., entre uma bibliografia extensa, BIETLOT, 2003: 58 ss.; BIGO, 2011: 93 ss.; DILTS, 2008: 77 ss.; DILTS/HARCOURT, 2008: 1 ss.; DE GIORGI, 2000: 15 ss.; 2002: 97 ss.; VALVERDE, 2008: 201 ss. Tudo isso não supõe equiparar uma tese com outra, nem desconhecer a ruptura epistemológica – e pessoal – que se produziu entre DELEUZE e FOUCAULT. Sobre o tema, cf. MORENO, 2010: 88.

55..Cf. FOUCAULT, 2004a: 119 ss.; 2004b: *passim*. Sobre o tema, cf. ainda CAMPESI, 2011: 159 ss.; CASTEL, 1991: 293 ss.; DEAN, 2010: *pássim*; GORDON, 1991: 3 ss.; MILLER/ROSE, 2008: *passim*; ROSE, 1999: 15 ss., 137 ss.; VILA VIÑAS, 2012: 44 ss.

56..Cf., entre muitos outros, CASTEL, 1991: 288, 294; DEAN, 2010: 205 ss.; DE GIORGI, 2000: 16 s., 35 ss., 44 ss.; 2002: 30, 108, 113 ss.; DILTS, 2008: 80, 84 s., 90; FOUCAULT, 2004a: 8, 11; 2004b: 261; IGLESIAS SKULJ, 2011: 91 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 41, 71; RODRÍGUEZ, 2003: 126, 129 ss.; SANTORO, 2004: 127 s.; VILA VIÑAS, 2012: 94 ss., 120 ss.

57..Cf., por todos, BAUMAN, 2004: 149 s.; ERICSON, 2007: 5 s.; GARLAND, 2005: 315, 317. Esta tendência é especialmente ressaltada pelos autores que acolhem a tese do prudencialismo privado, anteriormente mencionada.

58..Cd., entre outros, CASTRO, 2010: 76 s.; DEAN, 2010: 176 ss.; O'MALLEY, 2006: 62 s.; RAZAC, 2008: 60, 112 s., 134; ROSE, 1999: 87 s.; VILA VIÑAS, 2012: 253 ss.

quais a sedução e a organização da capacidade de eleição se convertem em paradigmas de governo. Não é menos consoante com as teorias que analisam o trânsito para um modo de produção pós-fordista, no qual o conjunto da vida, e (notavelmente) as capacidades relacionais, comunicativas e criativas humanas se tornam os principais instrumentos de produção de valor, de modo que a normalização subjetiva resulta plenamente disfuncional.⁵⁹

Em síntese, essas teses evocam um paradigma de controle social – e, em particular, penal – tão descentralizado como brando, que se distancia dos modos disciplinares e, – ainda mais – soberanos do passado. Sem prejuízo de que, como grande caracterização geral das sociedades neoliberais, esta perspectiva possa resultar sugestiva, a história dos últimos dez anos obrigou a enfatizar algumas qualificações. Em efeito, essas teses não ocultam que esses paradigmas neoliberais de poder têm necessariamente que se deparar enfrentar-se com a existência de certas cotas de excesso e exclusão.⁶⁰ A gestão desses grupos humanos, por mais que adote também formas neoliberais – sobretudo, no âmbito da assistência social –, reclama a presença de instrumentos penais dissuasivo-preventivos, mas também neutralizadores. Nesse ponto, surgiu uma pluralidade de argumentos que recomendam atender à sobrevivência no modo de governo contemporâneo de formas mais autoritárias das pretendidas pelo neoliberalismo, e que remetem de novo às lógicas soberanas. Em suma, trata-se de ver que na governabilidade contemporânea, o governo, mediante a organização da liberdade, hibrida-se com formas de exclusão do excedente humano que ecoam na inveterada racionalidade da soberania.⁶¹ Nesse ponto encontra-se também o sistema penal em sua aproximação ao governo do excedente, pois, apesar de seu evidente processo de expansão, não somente se articula mediante a neutralização carcerária, tampouco renuncia por completo a continuar operando mediante as lógicas soberanas do inimigo e da exclusão.⁶²

59..Cf., em particular, HARDT/NEGRI, 2002: 37 ss., 302 ss.

60..Cf. CASTRO, 2010: 77; DEAN, 2010: 171; GARLAND, 2005: 314, 318; DE GIORGI, 2002: 31, 53 ss., 72 ss., 104 s., 111 s.; RAZAC, 2008: 113 s.; ROSE, 1999: 86 ss.

61..Cf. BUTLER, 2006: 82 s., 125, 129 s.; DEAN, 2007: 77 s., 91, 93 ss., 104, 126, 156 ss.; 2010: 8 s., 12, 30, 155 ss.; IGLESIAS SKULJ, 2011: 112 ss., 243 ss.; O'MALLEY, 2006: 67 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 39 s., 69; RAZAC, 2008: 30 s., 165 s. Como parece evidente, a recuperação da tese da soberania teve muito a ver com o trabalho de AGAMBEN (cf. AGAMBEN, 2003a: passim; 2003b: 9 ss.).

O próprio FOUCAULT já sustentava essa tese de hibridação ou superposição de diversas racionalidades ou diagramas de controle em um mesmo momento histórico (cf. FOUCAULT, 2004a: 8 ss., 111; 2005: 81 ss., 87, 103).

62..Cf., entre outros, BAUMAN, 2004: 148 ss.; DE GIORGI, 2002: 97, 113; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 39 ss.

As três teses anunciadas estão distantes, em sua abstração, de produzir análises imediatamente aplicáveis à gestão penal da exclusão. Não obstante, se há pretensão de seguir aprofundando o estudo das mutações dessas dinâmicas de administração do corpo coletivo, provavelmente as análises mais frutíferas serão provenientes de uma consideração mais cuidadosa dessas teorias. Como se havia avançado, este não é o momento para continuar essa trabalhosa tarefa de investigação, senão para indicar um possível caminho epistemológico. Não obstante, parece necessário deter-se, antes de concluir, em um segundo momento de descontinuidade que não pode ser desatendido: o correspondente ao choque financeiro global, expresso este último adjetivo com todas as cautelas.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

3. Descontinuidades (ii): a gestão penal da exclusão após a crise financeira

Parece evidente que a crise financeira que afetou de maneira nuclear o centro do sistema econômico global abre um novo tempo na problemática da exclusão social e de sua gestão, pelo menos na região do planeta em que é inscrito o trabalho. Seja ao assumir que esta situação gera uma reorganização em profundidade da hegemonia no capitalismo, de acordo com os teóricos do Sistema-mundo,⁶³ seja ao sustentar outra perspectiva, não poderia haver polêmica em entender que estamos perante um novo tempo. Ainda que o tempo transcorrido não seja suficiente para que se possam observar com clareza as novas tendências, não se renuncia, neste momento, a sugerir algumas linhas de interpretação.

No contexto da crise se manifestam, pelo menos, dois traços diferenciais em relação à teorização anterior sobre a exclusão social e suas formas de controle de governo. Em primeiro lugar, evidencia-se que em alguns países do Centro – entre outros, na Espanha⁶⁴ – o avanço no sentido da inclusão mediante a capacidade de consumo não produziu uma recuperação da ética do trabalho, senão,

63..Cf., por todos, ARRIGHI, 2007.

64..Para uma análise em profundidade do sobre-endividamento privado no caso espanhol, cf. LÓPEZ HERNÁNDEZ/RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2010: 184 ss., 236 ss., 420 ss., os quais destacam que no início da crise (em 2008) a dívida implicava mais de 130% da renda disponível das famílias espanholas, e dos mais de 16, 7 milhões de lares, 15,7 tinham dívidas pendentes por empréstimos contratados. Para contemplar esta matéria em um marco europeu mais amplo, cf. LAPAVITSAS ET AL., 2012: 91 ss.

sobretudo, uma persecução da renda por vias distintas da salarial.⁶⁵ Nesse sentido, salientou-se, com acerto, que o processo de financeirização, em virtude do qual quotas crescentes da renda dos indivíduos dependem dos mercados financeiros, supôs uma transação a partir de um poder de controle e disciplinaridade articulada em torno da coerção laboral, segundo um poder sustentado, acima de tudo, nos mercados financeiros.⁶⁶ Desse modo, constata-se que o governo da vida coletiva e, portanto, a desativação da conflitualidade social, em muitos países do Centro, foi sustentado de forma nuclear na última etapa na produção do efeito riqueza verificado mediante o processo de financeirização.⁶⁷

Se essa tese – como se acredita aqui – merece ser objeto de atenção, seu corolário na etapa da crise atual é que a exclusão social incluirá de forma crescente a figura do indivíduo (sobre)endividado. Um problema singular derivado da novidade desta figura é que o sistema assistencial sempre foi pensado a partir da perspectiva tanto da gestão da pobreza – mais ainda da miserabilidade – quanto da reintegração em um quadro de trabalho. Por causa disso, o sistema assistencial mostra-se particularmente inábil para poder governar este novo modelo de exclusão, que vem a somar-se aos tradicionais. Em consequência, em face dos efeitos do sobre-endividamento, figura-se o protagonismo das formas de controle, entre outras, as penais. Não em vão, a solução que se articula para a crise financeira é um choque em forma de ajuste estrutural que consiste na distribuição generalizada – ainda que equitativa – do empobrecimento. Nesse contexto, parece pouco viável qualquer gestão assistencial da exclusão derivada do sobre-endividamento.

4. (A título de) Conclusão: os limites desatendidos do sistema penal na gestão da exclusão social

A situação descrita figuraria em um futuro próximo e imediato de incremento da exclusão social,⁶⁸ assim como de renovado

65..Cf., em sentido bem próximo, BAUMAN, 2005: 40 s.

66..Cf. FUMAGALLI, 2010: 56 s.; LAZZARATO, 2011: 27 ss. – os quais afirmam que o poder de controle mediante a dívida aproxima-se do modo de governo neoliberal por meio da liberdade.

67..Cf. LUCARELLI, 2009: 115. Cf. ainda CHICCHI, 2009: 127; PAULRÉ, 2009: 169 s.

68..Como foi destacado, é o que apontam os dados da *Eurostat* sobre a matéria.

protagonismo dos dispositivos de controle em seu governo. Não obstante, esta conjuntura enfrenta-se, na etapa da crise, com uma armadilha significativa: as limitações de recursos públicos. Uma política penal expansiva requer recursos públicos expansivos,⁶⁹ certamente superiores aos que implicaria um governo substancialmente assistencial da exclusão. Precisamente por isso, neste momento pode ser especialmente oportuno reconsiderar a preocupação que vem mostrando a Análise Econômica do Direito (AED) pelos custos do sistema penal,⁷⁰ sem prejuízo de se distanciar das conclusões mais objetáveis desta teoria.⁷¹

Como parece evidente, o problema é que, em muitos países, tais recursos excessivos que uma gestão penal expansiva requer são, no atual momento, mais escassos que nunca.⁷² Por isso, é duvidoso que uma política penal de matriz soberana, orientada substancialmente para a neutralização, seja viável em termos econômicos.⁷³ Diante dessa encruzilhada de quimeras, e diante do provável aumento do conflito e da exclusão social, o mais provável é que, no marco das políticas penais, verifique-se uma dicotomia: uma recuperação da autoridade soberana no plano comunicativo da criminalização primária e uma gestão realista dos recursos escassos no plano da criminalização secundária.

Como foi sugerido, tudo isso são hipóteses, já que o tempo escasso transcorrido desde o colapso progressivo dos mercados financeiros ocidentais não permite formular interpretações mais sólidas. Não obstante, cabe afirmar que, da mesma maneira que a etapa

69..Cf. sobre o tema, comentando em particular a experiência norte-americana, ANITUA, 2005: 477 s.; BECKETT/SASSON, 2004: 176, 184; HARCOURT, 2011: 198 s.; WACQUANT, 2000: 86 ss.; 2004: 83, 170 ss.

70..Cf., sobre o tema, HARCOURT, 2011: 134; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2004: 56.

71..Sobre o debate acerca dessas argumentações da AED, cf. EASTON/PIPER, 2008: 14; LACEY, 2008: 186; TONRY, 2004: 191 ss.; WACQUANT, 2004: 186 s.; WESTERN, 2006: 128.

72..Esta afirmação pode ser aplicada perfeitamente, entre outros, ao caso espanhol. Para isso, vale a pena ter em conta, no mínimo, duas evidências. Por uma parte, a população penitenciária espanhola, conforme os dados da Secretaria-Geral de Instituições Penitenciárias, diminuiu 8,1% entre maio de 2010 e junho de 2012, pela primeira vez em mais de uma década, sem correlação alguma com o número de condenados, com as penas de prisão impostas ou com a duração destas, números que continuam a aumentar. A segunda evidência tem a ver com os limites de aplicação da expulsão de migrantes irregulares, que nos últimos anos não só reduziram claramente sua tendência de crescimento, senão que foram racionalizadas, concentrando os reduzidos recursos das deportações criminais para aquelas mais relevantes (cf. BRANDARIZ GARCÍA, 2011: 87 s.).

73..Provavelmente esta é a razão pela qual a AED, como lembram diversos autores (cf. Feeley/ Simon, 1994: 189; O'Malley, 2006: 214), tenha se distanciado dos fins punitivos da neutralização. Sobre os indícios de que inclusive no caso norte-americano se alcançaram limites financeiros para a expansão do sistema penal, cf. Beckett/Sasson, 2004: 186 s.; Harcourt, 2011: 202, 238; Lacey, 2008: 206.

da crise não autoriza o otimismo, parece utópico na atualidade pensar o futuro da gestão penal da exclusão nos termos da *suavidade* do poder enunciado pelo modo de governo neoliberal.

5. Referências bibliográficas

AGAMBEN, G. (2003a). *Homo Sacer*. Valencia: Pre-textos.

_____. (2003b). *État d'exception*. Paris: Seuil.

ANITUA, G.I. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.

ANTUOFERMO, M.; DI MEGLIO, E. (2012). Population and Social Conditions. *Eurostat. Statistics in Focus*, n. 09/2012.

APARICIO WILHELMI, M. (2010). Desde los márgenes. Diversidad cultural, democracia e inclusión social. In: PALIDDA, S.; BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (Dir.); IGLESIAS SKULJ, A.; RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (Coords.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Comares.

ARRIGHI, G. (2007). *Adam Smith in Beijing. Lineages of the twenty-first century*. London/New York: Verso.

ARRIGO, B.A.; MILOVANOVIC, D. (2010). *Revolution in Penology*. Lanham: Rowman & Littlefield.

BARCELLONA, P. (1996). *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta.

BAUDRILLARD, J. (2005). *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70.

BAUMAN, Z. (2002). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: FCE.

_____. (2004). *La globalización*. 2. ed. México: FCE.

_____. (2005). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.

_____. (2007a). *Libertad*. Buenos Aires: Losada.

_____. (2007b). *Vida líquida*. Buenos Aires: Paidós.

_____. (2007c). *Vida de consumo*. Buenos Aires: FCE.

_____. (2007d). *Liquid times*. Cambridge: Polity.

_____. (2008a). *Vidas desperdiciadas*. Buenos Aires: Paidós.

_____. (2008b). *Archipiélago de excepciones*. Buenos Aires: Katz.

_____. (2009). *Confianza y temor en la ciudad*. Barcelona: Arcadia.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

_____. (2010). *Mundo consumo*. Buenos Aires: Paidós.

BECKETT, K.; SASSON, T. (2004). *The Politics of Injustice*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage.

_____; WESTERN, B. (2001). Governing social marginality. Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. In: GARLAND, D. (Ed.). London: *Mass Imprisonment*, Sage.

BERARDI, BIFO, F. (2004). *Il sapiente, il mercante, il guerriero*. Roma: Derive Approdi.

BIETLOT, M. (2003). Du disciplinaire au sécuritaire. *Multitudes*, n. 11.

BIGO, D. (2011). Security. A Field Left Fallow. In: DILLON, M.; NEAL, A.W. (Eds.). *Foucault on Politics, Security and War*. Palgrave MacMillan, Basingstoke.

BOLOGNA, S. (2006). *Crisis de la clase media y posfordismo*. Madrid: Akal.

BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Akal.

BONELLI, L. (2005). Obsesión securitaria e ilegalismos populares en Francia, desde principios de 1980. In: BERGALLI, R.; RIVERA BEIRAS, I. (Coords.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2011). *Sistema penal y control de los migrantes*. Gramática del migrante como infractor penal. Granada: Comares.

BRONZINI, G. (2002). Cittadinanza e welfare state in due 'classici' contemporanei: T.H. Marshall e J. Rawls. In: AA.VV. *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*. Roma: Manifestolibri.

BROSSAT, A. (2003). *Scarcerare la società*. Milano: Elèuthera.

BUTLER, J. (2006). *Vida precaria*. Buenos Aires: Paidós.

CALAVITA, K. (2005). *Immigrants at the Margins*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

CAMPESI, G. (2011). *Soggetto, disciplina, governo*. Sesto San Giovanni: Mimesis.

CAPELLA, J. R. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta.

CASTEL, R. (1991). *From dangerousness to risk*. In: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Eds.). *The Foucault Effect*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

_____. (1999). *Les métamorphoses de la question sociale*. Paris: Gallimard.

_____. (2003). *L'insécurité sociale*. Paris: Seuil/La République des Idées.

_____. (2009). *La montée des incertitudes*. Paris: Seuil.

_____. (2010). Neoliberalismo y gobierno de la vida. In: ARRIBAS, S.; CANO, G.; UGARTE, J.(COORDS.). *Hacer vivir, dejar morir*. Madrid: CSIC/ Los libros de la catarata.

CAVADINO, M.; DIGNAN, J. (2006). *Penal Systems. A comparative approach*. London: Sage.

CHICCHI, F. (2009). Sulla soglia del capitale, alle soglie del comune. Note a margine sulle ambivalenze del capitalismo biopolitico. In: FUMAGALLI, A.; MEZZADRA, S. (Eds.). *Crisi dell'economia globale*. Verona: Ombre Corte.

COCCO, G. (2003). *Trabajo y ciudadanía*. Xàtiva: L'Ullal.

DEAN, M. (1991). *The Constitution of Poverty. Towards a Genealogy of Liberal Governance*. London: Routledge.

_____. (2007). *Governing Societies*. Maidenhead: Open Univ. Press.

_____. (2010). *Governmentality*. 2. ed. London: Sage.

DE GIORGI, A. (2000). *Zero Tolleranza*. Roma: DeriveApprodi.

_____. (2002). *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Verona: Ombre Corte.

DELEUZE, G. (1995). *Conversaciones*. Valencia: Pre-Textos.

_____. (2003). *Deux régimes de fous. Textes et entretiens 1975-1995*. Paris: Les Editions de Minuit.

DILTS, A. (2008). Michel Foucault meets Gary Becker: Criminality beyond Discipline and Punish. *Carceral Notebooks*, n. 4.

DILTS, A.; HARCOURT, B. E. (2008). Discipline, security and beyond: A brief introduction. *Carceral Notebooks*, n. 4.

DONZELOT, J. (1991). The mobilization of society. In: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Eds.). *The Foucault Effect*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

EASTON, S.; PIPER, C. (2008). *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*. 2. ed. Oxford: Oxford Univ. Press.

ERICSON, R. (2007). *Crime in an Insecure World*. Cambridge: Polity.

FARIA, J.E. (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta.

FEELEY, M. M.; SIMON, J. (1992). The New Penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30(4).

_____; _____. (1994). Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law. In: NELKEN, D.(ED.). *The Futures of Criminology*. London: Sage.

FLOUD, J.; YOUNG, W. (1981). *Dangerousness and Criminal Justice*. London: Heinemann.

FOUCAULT, M. (1991). *Saber y verdad*. Madrid: La Piqueta.

_____. (2004a). *Sécurité, Territoire, Population*. Paris: Seuil/Gallimard.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

_____. (2004b). *Naissance de la biopolitique*. Paris: Seuil/Gallimard.

_____. (2005). *El poder psiquiátrico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FUMAGALLI, A. (2010). *Bioeconomía y capitalismo cognitivo*. Madrid: Traficantes de Sueños.

GARLAND, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.

GIDDENS, A. (1999). *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*. Madrid: Taurus.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I. (2012). La reconfiguración del Estado y del castigo. In: GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.(ED.). *Teoría social, marginalidad urbana y Estado penal*. Madrid: Dykinson.

GORDON, C. (1991). Governmental rationality: an introduction. In: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P.(EDS.). *The Foucault Effect*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

GORZ, A. (1998). *Miserias del presente, riqueza de lo posible*. Buenos Aires: Paidós.

GREENBERG, D. (2001). *Novus ordo saeculorum? A commentary on Downes, and on Beckett and Western*. In: GARLAND, D.(ED.). *Mass Imprisonment*. London: Sage.

GREENWOOD, P. W. (1982). *Selective Incapacitation*. Rand Corp: Santa Monica.

HARCOURT, B. E. (2007). *Against Prediction*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

_____. (2011). *The Illusion of Free Markets*. Cambridge: Harvard University Press.

HARDT, M.; NEGRI, A. (2002). *Imperio*. Barcelona: Paidós.

_____. (2003). *El trabajo de Dionisos*. Madrid: Akal.

HOBBSBAWN, E. (1995). *Historia del siglo XX*. Barcelona: Crítica.

HUDSON, B. (2003). *Justice in the Risk Society*. London: Sage/Thousand Oaks/New Delhi.

IGLESIAS SKULJ, A. (2011). *El cambio en el estatuto de la Ley penal y en los mecanismos de control: flujos migratorios y gubernamentalidad neoliberal*. Granada: Comares.

LACEY, N. (1998). *The prisoner's dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

LAPAVITSAS, C. ET AL. (2012). *Crisis in the Eurozone*. London: Verso.

LAZZARATO, M. (1997). *Lavoro immateriale*. Verona: Ombre Corte.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

- _____. (2006). *Por una política menor. Acontecimiento y política en las sociedades de control*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- _____. (2011). *La fabrique de l'homme endetté*. Paris: Amsterdam.
- LEWKOWICZ, I. (2006). *Pensar sin Estado*. Buenos Aires: Paidós.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, I.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, E. (2010). *Fin de ciclo. Financiarización, territorio y sociedad de propietarios en la onda larga del capitalismo hispano (1959-2010)*. Madrid: Traficantes de Sueño.
- LUCARELLI, S. (2009). La financiarizzazione como forma di biopotere. In: FUMAGALLI, A.; MEZZADRA, S.(EDS.). *Crisi dell'economia globale*. Verona: Ombre Corte.
- LYNCH, M. (2008). The Contemporary Penal Subject(-s). In: FRAMPTON, M.L.; LÓPEZ, I. H.; SIMON, J. (Eds.). *After the War on Crime*. New York: New York University Press.
- MARAZZI, C. (2002). *Capitale & linguaggio*. Roma: DeriveApprodi.
- _____. (2003). *El sitio de los calcetines. El giro lingüístico en la economía y sus efectos sobre la política*. Madrid: Akal.
- MARY, P. (2003). *Insécurité et pénalisation du social*. Bruxelles: Labor.
- MATTHEWS, R. (2003). *Pagando tiempo*. Barcelona: Bellaterra.
- MEAD, L. (1986). *Beyond Entitlement: The Social Obligations of Citizenship*. New York: Free Press.
- _____. (Ed.) (1997). *The New Paternalism. Supervisory Approaches to Poverty*. Washington: Brookings Institution.
- MELOSSI, D. (2002). *Stato, controllo sociale, devianza*. Milano: Bruno Mondadori.
- MEZZADRA, S. (2005). *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- MILLER, P.; ROSE, N. (2008). *Governing the Present*. Cambridge: Polity.
- MORENO, J. L. (2010). Gubernamentalidad, biopolítica, neoliberalismo: Foucault en situación. In: ARRIBAS, S.; CANO, G.; UGARTE, J. (Coords.). *Hacer vivir, dejar morir*. Madrid: CSIC/Los Libros de la Catarata.
- MORTATI, C. (1940). *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè.
- MOULIER BOUTANG, Y. (2007). *Le capitalisme cognitif*. Paris: Amsterdam.
- MURRAY, C. (1984). *Losing Ground: American social policy 1950-1980*. New York: Basic Books.
- NEGRI, A. (2008). *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós.
- O'MALLEY, P. (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

_____. (2010). *Crime and Risk*. London: Sage.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2004). Análisis económico del Derecho y Política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. ext. 2.

PALIDDA, S. (2000). *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*. Milano: Feltrinelli.

PAULRÉ, B. (2009). Capitalismo cognitivo e financiarizzazione dei sistemi economici. In: FUMAGALLI, A.; MEZZADRA, S.(EDS.). *Crisi dell'economia globale*. Verona: Ombre Corte.

PÉREZ CEPEDA, A.I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*. Madrid: Iustel.

PRATT, J. (2006). *Castigo y civilización*. Barcelona: Gedisa.

PROCACCI, G. (1991). Social economy and the government of poverty. In: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P.(EDS.). *The Foucault Effect*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

RAHOLA, F. (2003). *Zone definitivamente temporanee*. Verona: Ombre Corte.

RAZAC, O. (2008). *Avec Foucault. Après Foucault*. Paris: L'Harmattan.

RE, L. (2006). *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*. Bari: Laterza.

RIGO, E. (2007). *Europa di confine*. Roma: Meltemi.

RODRÍGUEZ, E. (2003). *El gobierno imposible*. Madrid: Traficantes de Sueños.

ROSANVALLON, P. (1995). *La nueva cuestión social*. Buenos Aires: Manantial.

ROSE, N. (1999). *Powers of Freedom*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____. (2000). Government and Control. *The British Journal of Criminology*, vol. 40.

SANTORO, E. (2004). *Carcere e società liberale*. 2. ed. Torino: Giappichelli.

SASSEN, S. (2007). *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires: Katz.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2001). *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas.

SIMON, J. (2007). *Governing through Crime*. New York: Oxford University Press.

_____. (2008). From the New Deal to the Crime Deal. In: FRAMPTON, M. L.; LÓPEZ, I. H.; SIMON, J. (Eds.). *After the War on Crime*. New York: New York University Press.

_____; FEELEY, M.M. (2003). The Form and Limits of the New Penology. In: BLOMBERG, T.G.; COHEN, S. (Eds.). *Punishment and Social Control*. 2. ed. New York: Aldine de Gruyter.

STANKO, E. A. (2000). Victims R Us. The Life history of 'fear of crime' and the politicisation of violence. In: HOPE, T.; SPARKS, R. (Eds.). *Crime, Risk and Insecurity*. London/New York: Routledge.

SUSÍN BETRÁN, R. (2006). La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias. In: BERNUZ BENÉITEZ, M. J.; PÉREZ CEPEDA, A. I. (Coords.). *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. Logroño: Univ. La Rioja.

TERRADILLOS BASOCO, J. (2004). Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, J.; ACALE SÁNCHEZ, M.(COORDS.). *Temas de DERECHO PENAL económico*. Madrid: Trotta.

TONRY, M. (2004). *Thinking about Crime*. New York: Oxford Univ. Press.

VALVERDE, M. (2008). Beyond Discipline and Punish: Foucault's Challenge to Criminology. *Carceral Notebooks*, n. 4.

VAN DEN HAAG, E. (1975). *Punishing Criminals*. New York: Basic Books.

VILA VIÑAS, D. (2012). *El gobierno de la infancia. Análisis socio-jurídico del control y de las políticas de infancia contemporáneas* (tesis doctoral inédita). Zaragoza.

WACQUANT, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza.

_____. (2004). *Punir les pauvres*, Agone, Marseille.

_____. (2008). The Place of the Prison in the New Government of Poverty. In: FRAMPTON, M. L.; LÓPEZ, I. H.; SIMON, J.(EDS.). *After the War on Crime*. New York: New York University Press.

WESTERN, B. (2006). *Punishment and Inequality in America*. New York: Russell Sage Foundation.

WILSON, J. Q. (1975). *Thinking about Crime*. New York: Basic Books.

_____; HERRNSTEIN, R. J. (1986). *Crime and Human Nature*. New York: Simon & Schuster.

YOUNG, J. (2003). *La sociedad excluyente*. Madrid: Marcial Pons.

_____. (2007). *The Vertigo of Late Modernity*. London: Sage.

_____. (2011). *The Criminological Imagination*. Cambridge/Malden: Polity.

ZEDNER, L. (2009). *Security*. London: Routledge.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

A execução da pena no anteprojeto do Código Penal: uma análise crítica

Felipe Lima de Almeida

Mestre em Direito.

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo analisa criticamente as propostas referentes à execução da pena privativa de liberdade contidas no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, confrontando-as com os princípios penais constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Execução Penal; Anteprojeto Código Penal (PLS 236/2012); sistema progressivo; princípios penais constitucionais; Estado Democrático de Direito.

Abstract: This paper brings out a critical analysis of proposals for execution of prison sentence in the draft of the new Brazilian criminal code, comparing those proposals to constitutional principles in matters related to the rule of law and democracy.

Key words: execution of prison sentence; draft of the new Brazilian criminal code (PLS 236/2012); progressive system for prison sentences; constitutional principles; the rule of law; democracy.

Sumário: 1- Introdução; 2. As penas no Anteprojeto do Código Penal; 2.1. A pena de prisão; 2.2. A pena restritiva de direitos; 2.3. A pena de multa; 2.4. A pena de perda de bens e valores. 3. Da pena de prisão e sua execução; 3.1. Dos regimes prisionais; 3.2. Da progressão de regime; 3.2.1. Exame criminológico: a volta dos que não foram!; 3.2.2. Desvio de Execução; 3.2.3. A extinção da pena; 3.2.4. Da Regressão de regime; 4. Do Livramento Condicional; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1- Introdução

O Anteprojeto do Código Penal contido no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012, fruto do trabalho da Comissão de Juristas formada e incumbida de tão honrosa missão, ao disciplinar as penas e sua execução, propõe uma profunda modificação na estrutura do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade em nosso país.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Este trabalho tem como objetivo apresentar e examinar, à luz dos princípios penais constitucionais, da doutrina e da jurisprudência, as alterações promovidas pelo referido Anteprojeto no que diz respeito às penas, notadamente, a execução da pena privativa de liberdade.

A análise crítica recai sobre as proposições trazidas pelo Anteprojeto que, com nítido objetivo de endurecimento na execução das penas e da própria questão penitenciária exigirão, inexoravelmente, a elaboração de uma nova Lei de Execução Penal.

2 - As Penas no Anteprojeto do Código Penal

As consequências jurídicas do delito são tratadas pelo Anteprojeto do Código Penal em seu Título III (Das Penas). O art. 45 do Anteprojeto inaugura a disciplina das penas elencando as suas espécies: prisão, restritiva de direitos, multa e perda de bens e valores.¹

2.1 - Da pena de prisão

A primeira modificação trazida pelo Anteprojeto é quanto à própria nomenclatura empregada. Abandonou-se a tradicional expressão *pena privativa de liberdade* e, conseqüentemente, a dicotomia da pena de reclusão/pena de detenção. O Anteprojeto do Código Penal adotou a simples expressão *pena de prisão*.

A pena de prisão teve o substrato de sua execução profundamente modificado pelo Anteprojeto do Código Penal. A análise e as críticas quanto a esse novo modelo de execução da pena privativa de liberdade (ou pena de prisão), proposto pelo PLS 236/2012, serão examinadas nos ulteriores tópicos.

2.2- Da pena restritiva de direitos

Com relação às penas restritivas de direitos, forçoso reconhecer o acerto do Anteprojeto do Código Penal ao ampliar no seu art. 61, inciso II, a possibilidade, em duas situações, de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos nos casos de crimes

1.... Art. 45. As penas são:

I - prisão;

II - restritivas de direitos;

III - de multa;

IV – perda de bens e valores.

cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa: i) pena aplicada até dois anos; ii) crime considerado de menor potencial ofensivo.²

No mesmo sentido foi a oportuna inclusão do requisito específico para substituição nos crimes praticados contra a administração pública,³ no inciso IV desse art. 61 do Anteprojeto, semelhante ao que existe no vigente art. 33, §4º do Código Penal para a progressão de regime nessas hipóteses.

Com relação à conversão da pena restritiva de direito em pena de prisão, o Anteprojeto suprime, no caso de condenação por outro crime, a previsão hoje existente quanto à manutenção da restrição de direitos se for possível ao condenado cumpri-las simultaneamente.⁴ Em seu lugar, o Anteprojeto propõe a manutenção da pena restritiva de direitos desde que a soma das penas, observada a detração, não ultrapasse o patamar de quatro anos.⁵

2....Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

- I – aplicada pena de prisão não superior a quatro anos ou se o crime for culposos;
- II – o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo:
 - a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou
 - b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos.

3....Art. 61

(...)

IV – nos crimes contra a administração pública, houver, antes da sentença, a reparação do dano que causou, ou a devolução do produto do ilícito praticado, salvo comprovada impossibilidade a que não deu causa;

4... Art. 44

(...)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

5.... *Conversão*

§3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

- I – houver o descumprimento injustificado da restrição imposta;
- II – sobrevier condenação definitiva por crime cometido durante o período da restrição;
- III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a quatro anos, observada a detração.

§4º No cálculo da pena de prisão a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

2.3 – Da pena de multa

Embora o Anteprojeto do Código Penal tenha sido merecedor de aplausos nas penas restritivas de direitos, no que concerne à pena de multa, lamentavelmente, não foi tão feliz, ao incorrer num grande e grave retrocesso com o restabelecimento da ignóbil pena de prisão para o seu devedor.

Certo é que desde a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei 9.268 de 01/04/1996, a pena de multa inadimplida em nosso ordenamento jurídico é convertida em dívida de valor, aplicando-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, sem acarretar, em hipótese alguma, a prisão do devedor.

Ocorre que o Anteprojeto do Código Penal, em seu art. 69, §2º e §3º, estabelece que a pena de multa nessa hipótese seja convertida em pena de prestação de serviços à comunidade e, não sendo cumprida, seja convertida em pena de prisão.⁶

Tendo em vista que a estrutura do Anteprojeto do Código Penal, muito provavelmente não afastará a sua clientela habitual, em última análise, o que se restabelecerá com essa iniciativa será a prisão para os miseráveis.⁷

2.4 – Da pena de perda de bens e valores

A inovação no rol das espécies de penas ficou por conta da inclusão da pena de perda de bens e valores, atualmente, modalidade de pena restritiva de direitos (art. 43, II do Código Penal), como espécie autônoma de pena.

A crítica desferida contra essa inovação, obviamente, não é quanto à iniciativa de sua inclusão como modalidade autônoma de pena. Essa inovação causa preocupação diante da imprecisa definição conferida pelo texto.

6.... *Conversão da pena de multa em pena de prestação de serviços à comunidade*

§2º A pena de multa converte-se em pena de prestação de serviços à comunidade, pelo número correspondente de dias-multa quando o condenado for insolvente.

§3º Descumprida injustificadamente a pena de prestação de serviços à comunidade, será a mesma convertida em pena de prisão correspondente ao número de dias-multa, descontados os dias de prestação dos serviços cumpridos.

7.... Importante ressaltar que o Anteprojeto suprime ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, hoje vigente nos art. 44, §2º e art. 60, §2º do Código Penal, nos casos de penas iguais ou inferiores a um ano.

Como é possível observar, o Anteprojeto ao erigir a pena de perda de bens e valores à modalidade de pena principal, disciplinou-a em um único dispositivo, meio às modalidades de pena restritiva de direitos (art. 66 e seu parágrafo único), sem, contudo, destinar um único artigo sequer sobre sua cominação ou individualização. A exposição de motivos é igualmente silente sobre o assunto.⁸

A falta de precisão no Anteprojeto quanto à definição da pena de perda de bens e valores gera dupla preocupação: a) pelo fato de essa modalidade de pena se tornar algo apenas simbólico, sem aplicação, *letra morta da lei*; b) pela sua falta de determinação e ausência de parâmetros legais possam ocorrer eventuais abusos ou excessos.

Ora, as leis penais, como afirma [Wessels](#), devem possuir, tendo em vista seus tipos penais e consequências jurídicas, um mínimo em determinação (princípio da determinabilidade).⁹

A questão é que a indeterminação (cláusulas abertas) e ausência de taxatividade no Direito Penal, em desfavor do réu, inevitavelmente, colidirão com o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta et certa*).

Nunca é demais lembrar a lição de [Bacigalupo](#), para quem o princípio da legalidade impõe suas exigências “*não somente ao juiz que aplica a lei, senão também ao Parlamento que a edita. Esta exigência imposta ao Parlamento, tem por objeto reduzir ao mínimo razoável a possibilidade de decisão pessoal dos Tribunais na configuração concreta do fato que se proíbe*”.¹⁰

Infelizmente, a ausência de uma regulamentação taxativa dessa nova espécie de pena está longe de ser um dos piores problemas existentes no Título destinado às Penas no PLS 236/2012. Certo é que as críticas mais severas recaem sobre a disciplina da pena privativa de liberdade (denominada pelo Anteprojeto de pena prisão) e a sua execução, modificada substancialmente.

8....Art. 66. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime.
Parágrafo único. A pena de perda de bens e valores é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado solvente.

9....WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral – aspectos fundamentais*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 11-12.

10..“*El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe.*” (tradução livre do autor). BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 126.

3- Da pena de prisão e sua execução

Indubitavelmente a maior mudança proposta pelo Anteprojeto diz respeito à pena privativa de liberdade. A referida proposição altera a dinâmica do sistema progressivo de cumprimento de pena até então utilizado em nosso ordenamento, propondo um modelo altamente encarcerador que manterá o condenado recolhido durante mais tempo nos estabelecimentos prisionais, isso num país com um déficit em torno de 200.000 (duzentas mil) vagas no sistema penitenciário.¹¹

3.1 - Dos Regimes Prisionais

Os regimes prisionais para cumprimento da pena privativa de liberdade, definidos originalmente com base na periculosidade do agente, foram incluídos no Código Penal de 1940 por força da Lei 6.416/77, como corolário de uma forma individualizada de cumprimento de pena.¹²

Certo é que a Lei 6.416/77 além de criar os regimes fechado, semiaberto e aberto, facultou o isolamento celular inicial, o início de cumprimento em regime menos rigoroso e reformulou a disciplina do livramento condicional, consolidando a adoção pelo Brasil do chamado sistema penitenciário progressivo (irlandês).¹³

11..De acordo com o Ministério da Justiça, no Brasil, até junho de 2012, existiam 549.577 pessoas presas num sistema penitenciário que possui apenas 309.074 vagas. Dados disponibilizados em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> (Acessado em 13/01/2013).

12..Sobre as alterações substanciais introduzidas pela Lei 6.416/77 no sistema progressivo. Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei penal e A nova lei processual*. Comentários à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977. São Paulo: RT, 1977, p. 5-61.

13..O sistema progressivo irlandês, segundo Manoel Pedro Pimentel, foi desenvolvido por Walter Crofton, diretor da Colônia Penal da Ilha de Norfolk, na Austrália, baseado no *mark system*, modelo no qual o condenado poderia obter vales ou marcas conforme sua conduta e rendimento no trabalho. Nesse sistema, afirma o autor, a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e boa conduta. Levavam-se em conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. (Neste sentido. Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. in *Revista dos Tribunais*. Volume 639. São Paulo: RT, 1989, p. 267). O preso nesse sistema iniciava o cumprimento da pena com o isolamento celular de nove meses de duração (período de prova – estágio inicial), em seguida, diante das marcas obtidas, o preso passava para a etapa seguinte: o trabalho em obras públicas. Após, diante do mérito do condenado, passava-se à terceira etapa, a semiliberdade, inclusão de Crofton, consistente no trabalho externo com pernoite no estabelecimento prisional. Por fim, a quarta e última etapa consistia na liberdade sob vigilância até o término de pena (*ticket of leave*), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva pelo bom comportamento. Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 544; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 84-86.

Esse sistema progressivo foi mantido e reformado pela vigente Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), que juntas disciplinam a forma progressiva (e regressiva) de cumprimento de pena e, sua derradeira etapa, o livramento condicional.

De acordo com a legislação vigente, o regime fechado, considerado regime legal para pena privativa de liberdade superior a oito anos (art.33, §2º, *a* do Código Penal) impõe a execução da reprimenda numa penitenciária (art. 87 da Lei de Execução Penal) de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, *a* do CP). Assim, estará o condenado no período diurno sujeito a trabalho comum dentro do estabelecimento prisional (na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena) e a trabalho externo apenas serviços ou obras públicas, sempre com o isolamento durante o repouso noturno (art. 34, §§1º ao 3º do CP e art. 36 da LEP).

No regime semiaberto, denominado regime intermediário (fixado inicialmente para o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro e não exceda a oito anos – art. 33, §2º, *b* do CP), a execução da pena se dá em Colônia Agrícola, Industrial ou estabelecimento similar (art. 33, §1º, *b* do CP e arts. 91 e 92 da LEP). Nesse regime o condenado fica sujeito a trabalho em comum no estabelecimento prisional ou a trabalho externo, frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superiores (art. 35, §1º e 2º do CP e art. 122, II da LEP). Esse regime ainda possibilita ao apenado o direito de obter as autorizações para saída temporária de visitação periódica ao lar (art. 122, I da LEP).

O regime aberto, por fim, fixado para condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos (art. 33, §2º, *c* do CP), é baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado (art. 36 do CP). No regime aberto, cujo cumprimento se dá em Casa do Albergado (arts. 93 e 94 da LEP), o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º do CP). Nesse regime, havendo o descumprimento injustificado das condições gerais e obrigatórias (art. 115), a prática de fato definido como crime doloso ou a prática de falta grave, o condenado regredirá para um dos regimes mais rigorosos (art. 118, §1º da LEP e art. 36, §2 do CP).

No que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o texto evidencia preocupante caráter punitivista. De acordo com o Anteprojeto, passa a ser possível a fixação do regime fechado para o não-reincidente com pena superior a quatro e inferior a oito anos, o regime aberto passa a ser exclusivo para os não reincidentes em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena aplicada seja superior a dois e não exceda a quatro.¹⁴

14..Regime inicial

Como se pode observar, sem ausência de qualquer parâmetro para a fixação do regime fechado ou semiaberto ao não reincidente com pena superior a quatro e inferior a oito anos, o Anteprojeto vai de encontro com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre fixação de regime inicial de cumprimento de pena.¹⁵

Com relação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, mais endurecimento no PLS 236/2012. As condenações a penas iguais ou inferiores a quatro anos será o regime semiaberto, com exceção das penas inferiores a dois anos, conforme a Exposição de Motivos do Anteprojeto, que serão passíveis do regime aberto.¹⁶

Ocorre que tal explicação não encontra correspondência imediata na literalidade do art. 49 do Anteprojeto, exigindo uma interpretação do dispositivo, uma vez que a pena expressamente prevista teria que possuir um patamar mínimo de dois anos para o regime aberto.

Art. 49. O regime inicial de cumprimento da pena será fixado de acordo com os seguintes critérios:

I – o condenado a pena igual ou superior a oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado;

II – o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, poderá iniciar o cumprimento em regime fechado ou semiaberto;

III – o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto.

Parágrafo único. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 75 deste Código.

15..Cf. no Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 440 = *Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 718 = *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*, e a Súmula nº 719 = *A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*.

16..“O regime inicial de cumprimento de pena. O sistema do atual Código Penal foi mantido, com uma importante distinção: crimes praticados com violência ou grave ameaça não são suscetíveis de regime aberto, a não ser que a pena seja igual ou inferior a dois anos. Para estes crimes, cabível o regime inicial semiaberto. É importante destacar que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena é procedimento necessário, mesmo que o condenado seja elegível à substituição da pena carcerária por pena restritiva de direitos. É que, se descumpridas forem as restrições, a pena alternativa será convolada em prisão e, nesse caso, dever-se-á observar o regime inicialmente fixado. Cabe lembrar, ainda, que a quantidade matemática da condenação não funciona como critério automático para a definição do regime inicial, que deve considerar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. O texto destaca a reincidência, como impeditiva da cominação dos regimes mais favoráveis”. (*destaque do original*). Certo é que tal entendimento quanto à reincidência, cuja constitucionalidade, inclusive, está sendo questionada perante o STF, vai de encontro com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Neste sentido. Cf. Súmula 269 do STJ: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*.

Embora tenha havido modificações quanto aos critérios de fixação do regime inicial, o Anteprojeto não modifica as regras do cumprimento de pena no regime fechado, reproduzindo as disposições do Código Penal vigente.

Entretanto, com relação ao regime semiaberto, o Anteprojeto promove alterações que mais uma vez evidenciam seu propósito de endurecimento no tratamento da questão penitenciária, agora voltado contra um dos principais mecanismos de reinserção social previstos na Lei de Execução Penal, as saídas temporárias.

As autorizações para saída temporária, notadamente, a visita periódica ao lar, atualmente previstas na Lei de Execução Penal (art. 122 e segs.), são os instrumentos mais eficazes para estreitar os laços daqueles segregados do convívio familiar e aproximar o seu beneficiário da realidade extramuros, preparando-o com o trabalho e disciplina para o inexorável retorno à sociedade.

A Lei de Execução Penal, em seu art. 123, estipula os requisitos objetivos e subjetivos para obtenção do direito às autorizações de saída temporária. Com relação ao requisito subjetivo, o inciso I exige o bom comportamento carcerário e o inciso III o perigoso requisito da *compatibilidade do benefício com os objetivos da pena*.¹⁷ No que diz respeito ao lapso temporal, a LEP exige do apenado

17..O requisito contido no inciso III, tamanha a sua subjetividade (o que desde logo desafiaria o princípio da legalidade), permite entendimentos arbitrários, notadamente, para os condenados a crimes hediondos com penas altas que, não obstante o preenchimento de todos os demais requisitos vêm o seu direito negado, quando não é negado o próprio caráter de direito público subjetivo das autorizações de saída. Neste sentido cf.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITA PERIÓDICA AO LAR. ART. 123 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. REAVALIAÇÃO. SEDE IMPRÓPRIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PREJUDICADO. 1. O Juízo das Execuções Criminais apresentou elementos concretos que justificam o indeferimento da saída temporária para fins de visita familiar, sobretudo a ausência de demonstração do requisito subjetivo do Paciente, condenado por crime de homicídio qualificado, que obteve progressão para o regime semiaberto há pouco tempo e com longa pena a cumprir, o que recomenda maior cautela na concessão de saídas extramuros. 2. A estreiteza da via eleita não admite a dilação probatória necessária para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo pelo apenado e a incompatibilidade do benefício requerido com os objetivos da pena. Precedentes. 3. Habeas corpus denegado. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar. (STJ – 5ª T. – HC 235910/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz. j. 21/06/2012).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITAÇÃO PERIÓDICA AO LAR. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 123 DA LEP. ADEQUAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO NÃO AFERIDA. COMPATIBILIDADE DA BENEFICÊNCIA COM OS OBJETIVOS DA PENA. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. O ingresso no regime prisional semiaberto é apenas um pressuposto que pode, eventualmente, legitimar a concessão de autorizações de saídas em qualquer de suas modalidades - permissão de saída ou saída temporária - sem, contudo, caracterizar um direito subjetivo do reeducando à obtenção de alguma dessas benesses, devendo o juízo das execuções criminais avaliar, em cada caso concreto, a pertinência e a razoabilidade em deferir a pretensão. II. Hipótese em que o Magistrado de 1º grau ponderou que a concessão do benefício da visitação periódica ao lar, naquela ocasião, não se coadunava com o objetivo da pena, devendo o pleito ser reavaliado

o cumprimento de um sexto da pena se primário e um quarto se reincidente. Certo é que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência consolidada do STJ, esses prazos são exigidos no caso de condenação no regime inicial semiaberto, uma vez que nas hipóteses de regime inicial fechado com ulterior progressão, todo o tempo de pena cumprido no regime fechado é considerado para concessão das autorizações de saída.¹⁸

O Anteprojeto do Código Penal avoca a disciplina das autorizações de saída, modificando os seus requisitos legais.¹⁹ Segundo o texto do PLS 236/2012, o requisito temporal para obtenção das saídas temporárias passaria a ser um quarto da pena nas condenações em regime inicial semiaberto e um sexto do remanescente da pena se o condenado alcançar o regime semiaberto por meio da progressão. O texto ainda passa a exigir como requisito, o fato de o apenado nunca ter sido regredido de regime e que as suas condições pessoais recomendem a concessão da autorização de saída.

Como se pode perceber, o Anteprojeto com relação aos requisitos objetivos aumenta os prazos, exigindo mais tempo de cumprimento de pena para obtenção das autorizações de saída, tornando regra a fração utilizada como exceção (um quarto da pena).

posteriormente, em decisão proferida há menos de 05 meses da progressão do apenado ao regime semiaberto. III. Benefício que somente pode ser concedido desde que configuradas as condições específicas previstas na legislação da regência, de ordem subjetiva e objetiva, que devem ser detidamente sopesadas pelo Juízo das Execuções, levando-se em consideração, igualmente, a gravidade dos delitos praticados e a pena restante a ser cumprida (Precedente). IV. A análise mais aprofundada do tema demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (STJ – 5ª T. – HC 170197/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp. j. 12/06/2012).

18..Neste sentido é o verbete nº 40 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: *Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado.* Desta forma, o lapso de um sexto utilizado para progredir, por exemplo, é aproveitado para as autorizações de saída, salvo se tratar de condenado reincidente (caso em que terá que aguardar o implemento do prazo de 1/4 da pena).

19..*Regras do regime semiaberto*

Art. 51. Aplica-se o caput do art. 50 deste Código ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

§ 2º Para saídas temporárias, em especial visita periódica ao lar, o benefício só pode ser concedido desde que cumprido um quarto do total da pena se o regime inicial fixado foi o semiaberto, não tenha havido regressão e o recomendarem as condições pessoais do condenado.

§ 3º O prazo a que se refere o parágrafo anterior será de um sexto do restante da pena se tiver havido progressão do regime fechado ao regime semiaberto.

Da mesma forma, a proposta do Anteprojeto também colide com a súmula nº 40 do Superior Tribunal de Justiça, ao estipular fração diferenciada (um sexto do remanescente da pena) para aquele que atinge o regime semiaberto por meio da progressão.

A situação consegue ser pior nos requisitos subjetivos. O Anteprojeto deixa de exigir o *comportamento adequado* para condicionar as autorizações de saída à inexistência de regressão anterior, rompendo com o caráter reintegrador e regenerador do direito às saídas temporárias. Indubitavelmente, retirar a possibilidade/perspectiva do condenado em obter as autorizações de saída temporária, ante a ocorrência de uma regressão de regime, é romper, teleologicamente, com toda significância do instituto. É violar frontalmente o princípio da individualização da pena.

Por fim, ao suprimir o atual requisito subjetivo (*compatibilidade do benefício com os objetivos da pena*), o mencionado projeto de lei consegue estabelecer um ainda mais perigoso e subjetivo: *que as condições pessoais do condenado recomendem*. A duvidosa constitucionalidade salta aos olhos, diante da inobservância do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta et certa*), ao se deixar nas mãos do juiz a definição do que sejam as condições pessoais que recomendem as autorizações de saída (o que representaria, em última análise, *analogia in malam partem*).

Certo é que tal requisito exigirá do Estado-juiz uma manifestação acerca das condições pessoais do condenado, de sua personalidade, matérias essas estranhas ao ofício judicante do juiz criminal. Sabemos que o juiz criminal não domina conteúdos da psicologia, antropologia ou psiquiatria, o que deságua em decisões frequentemente anuladas nos Tribunais, quase sempre precárias, imprecisas, incompletas, limitadas a afirmações genéricas e vagas como personalidade desajustada, agressiva, impulsiva, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.²⁰

É claro que admitir tal prática, seria compactuar com um direito penal do autor. Como afirma [Amilton Bueno](#) e [Salo de Carvalho](#), mesmo se fosse o magistrado apto a realizar tal tarefa, o juízo sobre a personalidade do sujeito seria ilegítimo, visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o “ser” do condenado.²¹

20..Cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

21..CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 58.

No que se refere ao regime aberto, como mencionado anteriormente, o Anteprojeto do Código Penal promove uma profunda reformulação.²² Inicialmente, as casas do albergado (art. 93 da LEP) deixarão de existir. Todavia, tal iniciativa mais se parece com uma cortina de fumaça, uma vez que de acordo com o texto, o regime aberto consistirá na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos, com recolhimento domiciliar e monitoração eletrônica.

O Anteprojeto reduz para dois anos o patamar máximo da pena aplicada para o regime aberto nos crimes mediante violência ou grave ameaça, mantendo o limite de quatro anos para regime inicial aberto nos demais crimes. A redação do projeto de lei ainda impõe como regra desse regime o cumprimento de duas penas restritivas de direito, colidindo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que recentemente editou a Sumula nº 493 “*É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto*”.

3.2 – A progressão de regime

Conseqüência do sistema progressivo de cumprimento de pena, o instituto da progressão de regime, direito público subjetivo do apenado, vem disciplinado na Lei de Execução Penal (art. 112 e segs), no Código Penal (art. 33 e parágrafos) e na legislação extravagante (art. 2º, §2º da Lei 8.072/90). De acordo com o ordenamento jurídico vigente, os condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto poderão progredir para o regime semiaberto e aberto, respectivamente, diante do preenchimento de alguns requisitos previstos em lei.

O primeiro requisito, de natureza objetiva, é o tempo de cumprimento de pena (lapso temporal). A LEP exige como regra geral, o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior (art. 112). A exceção são os crimes hediondos (art. 1º da Lei 8.072/90) e assemelhados (art. 5º, XLIII da CRFB/88), uma vez que até a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em

22..Regras do regime aberto

Art. 52. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar.

§1º A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena aplicada.

§ 2º O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual.

§ 3º O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica.

§ 4º em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.

fevereiro de 2006 e todas as ulteriores discussões, vigorou o famigerado regime integralmente fechado que impedia a progressão de regime. Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º, §2º da Lei 8.072 e a uniformização da jurisprudência quanto a sua natureza mais gravosa,²³ a progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, cuja prática tenha se dado até o dia 28/03/2007 (entrada em vigor da Lei 11.464/07), submete-se ao disposto no art. 112 da LEP, cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior. Todavia, caso o delito tenha sido praticado a partir de 28/03/2007, a progressão estará sujeita às frações do art. 2º, §2º da Lei 8.072/90 (dois quintos da pena para primários e três quintos da pena para os reincidentes).²⁴

O segundo requisito é de caráter subjetivo, o denominado bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP). Por derradeiro, existe ainda nos crimes praticados contra a administração pública, o denominado requisito específico da progressão, que condiciona a concessão da progressão de regime à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado (art. 33, §4º do CP).

O Anteprojeto do Código Penal pretende alterar substancialmente a estrutura da progressão de regime em nossa legislação.²⁵

23..Sobre a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado no julgamento do HC 82.959, os efeitos dessa decisão (abstrativização do controle difuso) e a eficácia da Lei 11.464/2007: Cf. ALMEIDA, Felipe Lima de. Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: a (ir)retroatividade da Lei 11.464/07 e a moderna jurisprudência do STF. *in Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, v. 24, Rio de Janeiro: 2009, p. 134-155.

24..Cf. Súmula nº 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”. No STF, vide a PSV nº 30 que originou a súmula vinculante nº 26.

25..*Sistema progressivo*

Art. 47. A pena de prisão será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso ostentar bom comportamento carcerário e aptidão para o bom convívio social e tiver cumprido no regime anterior:

I – um sexto (um sexto) da pena, se não reincidente em crime doloso;

II - um terço (um terço) da pena:

a) se reincidente:

b) se for o crime cometido com violência ou grave ameaça:

c) se o crime tiver causado grave lesão à sociedade;

III – ½ (metade) da pena:

a) se o condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade;

De acordo com a nova sistemática da progressão de regime contida no texto, o único requisito preservado foi o bom comportamento carcerário, embora tenha trazido a reboque outro requisito subjetivo, *a aptidão para o bom convívio social* (que também poderia ser facilmente extraída do bom comportamento, sem a necessidade dessa perigosa previsão autônoma e vaga).

Segundo o art. 47 do Anteprojeto, além desses requisitos subjetivos a progressão de regime estaria submetida às diversas modalidades criadas de requisitos temporais. Conforme o inciso I do referido artigo, a fração ordinária da progressão de regime vigente hoje (cumprimento de ao menos um sexto da pena) seria destinada pelo Anteprojeto apenas ao condenado não reincidente em crime doloso.

A primeira fração diferenciada, imposição do lapso temporal de um terço da pena, contempla três hipóteses: a) condenados reincidentes; b) condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça; e c) crime que causar grave lesão à sociedade.

Somente as duas primeiras hipóteses, hoje submetidas ao prazo de um sexto da pena, são responsáveis por mais de 50% do efetivo carcerário nacional²⁶ que, diante desse novo sistema, ficará pelo menos o dobro do tempo no regime fechado. A terceira e última hipótese, talvez a previsão mais aberrante e inconstitucional do PLS 236/2012, cria uma nefasta categoria (os crimes que causam grave lesão à sociedade). A falta de definição e parâmetros, a imprecisão e a insegurança gerada por esse requisito são fatores que causam muita preocupação para quem conhece o público frequentador do nosso sistema penitenciário.

A leitura do referido dispositivo desperta uma dúvida inicial: quem irá decidir quanto à existência ou não da grave lesão à sociedade? Será a implacável exposição midiática? A audiência gerada pelos envolvidos? Embora saibamos que tais fatores são fortes influências, enquanto vigorar a Constituição da República, essa tarefa obviamente será do juiz, em cada caso concreto. A dúvida que persiste agora é sobre qual juiz irá analisar a grave lesão à sociedade, o juiz do processo de conhecimento ou o juiz da execução? No caso do juiz do processo de conhecimento, ele fará um juízo de reprovabilidade além daquele já realizado pela prática do injusto, apenas para estigmatizar e impor um cumprimento mais gravoso de pena? Havendo omissão do juiz do conhecimento quanto à análise da grave

b) se condenado por crime hediondo;

IV – três quintos (três quintos) da pena, se reincidente e condenado por crime hediondo;

26.. Segundo dados atualizados até junho/2012, disponíveis em:

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. (Acessado em 13/01/2012).

lesão à sociedade, o juiz da execução pode, mesmo diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reavaliar os fatos e rotular o apenado como autor de tal?

Aliada a essas dúvidas, a ausência de norma complementar que defina o que possa ser considerado grave lesão à sociedade também é outro grave problema, já que não se sabe o que a caracterizará. Será o clamor público criado pelo crime ou comoção em virtude da vítima? A pecha de escândalo atribuído pelos meios de comunicação? Circunstâncias já consagradas como qualificadoras, agravantes ou causas de aumento? Em caso positivo, isso não evidenciará a dupla punição pelo mesmo fato?

Não é exagero lembrar que o princípio da legalidade impõe ao legislador a observância da *lex certa*, o chamado mandato de determinação. De acordo com Jescheck: “A razão do mandato de determinação reside, de um lado, que a reserva de lei só pode desenvolver plenamente a sua eficácia quando se encontrar no texto legal expressões tão claras que exclua a possibilidade de uma solução subjetiva e arbitrária por parte do juiz. As soluções penais devem ser verificadas sobre a base legal.”²⁷

A infeliz inclusão dessa nova categoria de crimes que, em última análise, chega a atingir a própria dignidade da pessoa humana, é incompatível com o princípio da legalidade e os postulados de um estado democrático de direito. Segundo Luigi Ferrajoli, o uso por parte da lei, em contraposição com o princípio da estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de determinação, permite o surgimento da chamada “analogia antecipada”, vedada pelo princípio da legalidade.²⁸

Adiante, o Anteprojeto com sua sanha encarceradora contém ainda outras proposições. No inciso III, por exemplo, temos a imposição da fração de metade da pena para o condenado reincidente em crime cometido com violência ou grave ameaça ou que tiver causado a nefanda grave lesão à sociedade (ambas já submetidas à fração de um terço), criando uma nova modalidade de reincidência

27..“La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez. Las resoluciones penales deben ser verificables sobre la base de la Ley.” JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 146. (tradução livre pelo autor).

28..FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bondrés. 2. ed., Madrid: Trotta, 1995, p. 382.

específica. Com o mesmo viés punitivo, o Anteprojeto nesse inciso III aumenta o lapso temporal dos condenados por crime hediondo/equiparados de dois quintos para metade da pena.

A fração de três quintos foi reproduzida no inciso IV do art. 47 do Anteprojeto, agora imposta ao *reincidente e condenado por crime hediondo*. Redação elaborada com o nítido propósito de afastar o entendimento que vem se formando na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicação do lapso de três quintos apenas para os chamados reincidentes específicos (ambos os crimes hediondos ou equiparados praticados após a Lei 11.464/07).²⁹

O Anteprojeto do Código Penal encerra o rol dos requisitos objetivos da progressão de regime com a reprodução do requisito específico de crimes praticados contra a Administração Pública (art. 33, §4º do CP), em seu parágrafo terceiro.³⁰

3.2.1 – Exame criminológico: a volta dos que não foram!

O exame criminológico remonta aos pioneiros da Criminologia, que defendiam a realização de um exame médico/psicológico/social dos delinquentes. Segundo a doutrina, a necessidade do exame criminológico foi afirmada pela primeira vez por **Cesare Lombroso**

29. Na doutrina, por todos: Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 279-280. Na jurisprudência: Cf. H.C. EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL. REINCIDÊNCIA. CRIME COMUM E CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. ART. 2º, § 2º, LEI 8.072/90. ART. 83, V, CP. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 11343/06. A ação de Habeas Corpus é o remédio constitucional adequado para desconstituir qualquer decisão ilegal, capaz de produzir algum constrangimento. Com o HC, enfrenta-se o abuso de poder e a coação realizados pelo Estado. As ditaduras, por isso, cassam o Habeas Corpus, que constitui a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios jurídicos processuais com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos réus. (Pontes de Miranda). É cabível o HC até para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória, para cassar a condenação. (Min. Sepúlveda Pertence). A circunstância de não ter sido interposto o recurso de agravo não obsta ao conhecimento do Habeas Corpus. A ilegalidade aparece configurada na hipótese. Em tema de restrição a direitos fundamentais, a interpretação não pode ser ampliativa. Conceito de reincidência que deve ser buscado dentro do subsistema dos crimes hediondos e equiparados, e não no art. 63, CP. Harmonização com o disposto no art.83, V, CP, e com o art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06. Para evitar a desigualdade e desproporção, deve-se interpretar a expressão se reincidente 2º, § 2º, da Lei 8072/90, como reincidência específica. Diferente disso, estaríamos não só equiparando indevidamente o reincidente comum ao reincidente específico, como também aceitando duas regras de reincidência oriundas de uma mesma norma com tratamentos normativos distintos a institutos análogos decorrentes do sistema progressivo de cumprimento de pena. Concessão da ordem. (TJ/RJ – 5ª Câmara Criminal - HC 0062647-46.2011.8.19.0000 – Rel. Des. Sergio Verani. j. 28/06/2012).

30. §3º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, salvo comprovada impossibilidade, a que não deu causa.

no Congresso Internacional Penitenciário de São Petersburgo, em 1890.³¹

Por conseguinte, no ano de 1907, em Bruxelas, foi criado o pioneiro centro de estudos dos reclusos e na Alemanha, em 1920, foi desenvolvido um mecanismo semelhante para o estudo dos reclusos da prisão de Straubing, na Baviera, posteriormente transferido para Munique. Com o Congresso de Londres em 1925 e o I Congresso Internacional de Criminologia em Roma, 1938, consolidou-se a necessidade do estudo e observação da personalidade dos delinquentes, mormente, com inserção nas três fases processuais: instrução, julgamento e execução.

Contudo, foi no ano de 1950 que a chamada Criminologia Clínica consagrou-se no II Congresso Internacional de Criminologia em Paris (no qual se defendeu a realização de um exame biotipológico e a introdução da psiquiatria nos estabelecimentos penitenciários) e no XII Congresso da antiga Comissão Internacional Penal e Penitenciária, em Haia (que culminou na elaboração da primeira resolução sobre realização de um relatório criminológico acerca do criminoso).³²

No Brasil, o exame criminológico surgiu pela primeira vez no Anteprojeto de Código de Processo Penal de Frederico Marques (Subseção III - arts. 391 a 395), publicado em 29/06/1970. No mesmo ano, o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, com o objetivo de complementar a matéria do Código de Processo Penal, incumbiu a Comissão de Estudos Legislativos da tarefa de elaborar um código penitenciário. Assim, no dia 09 de novembro de 1970 foi publicado o *Código de Execuções Penais* de Benjamim Moraes Filho, cuja revisão foi realizada pelos professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves, com a inédita previsão da Comissão de Classificação para elaboração do exame criminológico.³³

Todavia, apenas com a Reforma Penal operada pela Nova Parte Geral e a Lei de Execução Penal em 1984, o exame criminológico conseguiu, finalmente, se infiltrar na legislação brasileira.

31..Neste sentido: Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Exame Criminológico*. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 86.

32..“Na organização moderna da justiça penal, é altamente desejável para servir de base à fixação da pena e aos processos de tratamento penitenciário e de liberação, dispor de um relatório, previamente à prolação da sentença. O qual se refira não somente às circunstâncias do crime, mas também aos fatores relativos à constituição, à personalidade, ao caráter e aos antecedentes sociais e culturais do delinquente”. Neste sentido Cf. BRITO, Alexis Couto. *Execução Penal*. 2. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 66-70; Ver também: COSTA, *op. cit.*, p. 88.

33..GOULART, José Eduardo. *Princípios Informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994, p. 69. Ver também: COSTA, *op. cit.*, p. 195-196.

A Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal distingue duas formas de exame: o exame da personalidade e o exame criminológico.³⁴ O exame da personalidade compreende um exame biológico, um psicológico, um psiquiátrico e um social, consistindo num exame genérico da personalidade, no qual se investigam o caráter, as tendências e a inteligência do condenado, desassociado do crime em concreto. O exame criminológico, conforme a própria exposição de motivos é espécie do gênero exame de personalidade. No exame criminológico se examina a personalidade do condenado relacionada com o fato delituoso, com crime praticado. Realiza-se, dessa maneira, um diagnóstico criminológico, para que se possa elaborar uma prognose de reeducação penal.³⁵

Segundo [Alvino Augusto de Sá](#), o exame criminológico comporta essencialmente um diagnóstico criminológico (análise da conduta criminosa a partir do amplo espectro de fatores e condições que contribuem para tornar essa conduta cientificamente compreensível à luz de um enfoque essencialmente interdisciplinar).

De acordo com o autor: “Do diagnóstico resulta um prognóstico criminológico, que consiste numa avaliação sobre possíveis desdobramentos futuros da conduta criminosa, seja em termos de comportamento do examinando no ambiente carcerário (tratando-se de exame criminológico feito no início da execução da pena, para fins de instruir a individualização), seja em termos de comportamento do examinado quando no novo regime por ele solicitado”.³⁶

A Lei de Execução Penal em seu art. 5º determina que os condenados sejam classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Assim, a LEP impõe a classificação através da realização do programa individualizador da pena privativa de liberdade, adequada ao condenado ou preso provisório, pela chamada Comissão Técnica de

34..Vide item 34 da Exposição de Motivos: *O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles DI TULLIO (Principi di criminologia generale e clinica. Roma: V. Ed., p. 213 e ss.).*

35..Nesse sentido Cf. PRADO, Luiz Régis. [et all.] *Direito de Execução Penal*. 2. ed., São Paulo, RT, 2011, p. 42-43. Ver também BRITO, op. cit., p. 66.

36..SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*. Proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo, RT, 2011, p. 139-140.

Classificação (arts. 6º e 7º). Obviamente, por força do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRFB/88), o preso provisório não pode ser submetido ao exame criminológico.³⁷

O art. 34 do Código Penal e o art. 8º da LEP determinam que o condenado ao iniciar o cumprimento de pena no regime fechado será submetido a exame criminológico (obrigatório) para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Para o condenado que inicia o cumprimento de pena no regime semiaberto, o exame criminológico é facultativo, conforme parágrafo único do art. 8º. O exame criminológico também era facultativo na hipótese de progressão de regime³⁸, como se pode perceber na redação original do parágrafo único do art. 112 da LEP.³⁹

Ocorre que na prática, a utilidade e eficácia do exame criminológico sempre foram questionadas, o que passou a gerar abalo na credibilidade do instrumento. As inúmeras críticas aos métodos e resultados do exame criminológico iniciaram um processo de desgaste irreversível.

O desgaste era inevitável, visto que o vetusto exame criminológico, baseado nas práticas lombrosianas da Escola Antropológica e defendido pelos adeptos de uma Criminologia Clínica, insistia em decifrar a mente do homem delinquente e procurar, com base num diagnóstico sobre a periculosidade social, realizar um prognóstico que representa um verdadeiro exercício de adivinhação.

Inclusive, vale ressaltar que esse tipo de análise, pela sua natureza, deveria ser destinada apenas ao agente inimputável (possuidor de periculosidade ante a ausência de imputabilidade penal) e não ao imputável (possuidor de culpabilidade), o que demonstra que o exame criminológico representa um ranço do extinto sistema do duplo binário (que verificava a periculosidade do agente imputável,

37.. Segundo Alexis Couto de Brito: “A Lei de Execução Penal, em seu art. 6º, inclui a submissão do preso provisório também a uma classificação realizada por esta comissão técnica, mas que evidentemente não poderá incluir a elaboração de um exame criminológico, por se tratar de flagrante incoerência já que este não possui, ainda, pena a cumprir.” Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 67.

38.. Neste sentido, alerta Alexis Couto de Brito, “o exame para a progressão ao regime semiaberto jamais foi previsto como algo obrigatório. Se nunca foi obrigatório para o regime semiaberto desde o início do cumprimento da pena, portanto não poderia ser obrigatório para a progressão”. Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 72.

39.. Art. 112. 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 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário. (redação original)

impondo-lhe pena privativa de liberdade e medida de segurança), incompatível com o vigente modelo vicariante.⁴⁰

É evidente que uma análise multidisciplinar, ainda que meticulosa (e todos sabem como são realizados os exames criminológicos no interior das unidades prisionais) jamais conseguiria prever o comportamento futuro do condenado e se este voltaria a delinquir. Até porque inúmeros outros fatores, como a omissão do Estado, a falta de oportunidade e o preconceito da sociedade, serão adicionados após a libertação do analisado.

Todavia, com o advento da Lei 10.792/03, que alterou vários dispositivos da Lei de Execução Penal, foi dada nova redação ao art. 112. Dessa forma, finalmente foi suprimida a previsão quanto à elaboração (facultativa) de exame criminológico para progressão de regime, satisfazendo-se a Lei apenas com o atestado de bom comportamento carcerário dado pelo diretor do estabelecimento.

Dessa forma, defende [Salo de Carvalho](#), inexistente na nova configuração da LEP, espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo, porque deixam de ser peça a informar o processo executivo. Para o festejado autor, seria possível sustentar, inclusive, verdadeira vedação às Comissões Técnicas de Classificação, de produção de material opinativo destinado à instrução dos incidentes referentes aos direitos de execução.⁴¹

Ocorre que a Lei 10.792/03 ainda incluiu um §2º no art. 112, determinando que igual procedimento seja adotado nos casos de concessão de livramento condicional, indulto e comutação.

A opção legislativa é clara, afirma [Salo de Carvalho](#), eventual entrave à obtenção dos direitos da execução em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direito.⁴² E nesse sentido passaram a surgir

40.. Segundo Alexis Couto de Brito, o Código Penal tem diversas passagens sobre aquilo que o autor define como “periculosidade camuflada”, como é o caso do requisito contido no art. 83, III para o livramento condicional (substituiu-se a expressão “ausência ou cessação da periculosidade” da legislação anterior por “comportamento satisfatório”) ou do famigerado parágrafo único do art. 83, que exige comprovação de que o condenado não voltará a delinquir (mas é exatamente o não voltar a delinquir que define nuclearmente o conceito de periculosidade). Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 74.

41.. CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03. in *Crítica à Execução Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 168.

42.. Idem.

vários precedentes.⁴³

Ocorre que, não obstante a redação trazida pela Lei 10.792/03 ao art. 112, instaurou-se grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de o juiz, ainda assim, sem existir qualquer previsão legal, exigir a elaboração do exame criminológico.

Segundo Couto de Brito, curiosamente, com a nova redação dada ao art. 112 e à flagrante ausência de previsão para o exame para progressão, alguns autores começaram a defender que, na antiga redação o exame era obrigatório, e, agora, com a nova redação passou a ser facultativo. Conforme assevera o autor, com a simples leitura do texto é possível verificar que essa premissa é absolutamente falsa.⁴⁴

Entretanto, parcela da jurisprudência começou a decidir, com base no poder geral de cautela, pela possibilidade de realização dos exames criminológicos nos casos de progressão de regime e livramento condicional, malgrado a redação do art. 112 e seu parágrafo segundo.

A questão ganhou dimensão até chegar aos Tribunais Superiores que, cedendo à pressão midiática e opinião pública manipulada, passaram a permitir a realização dos exames criminológicos ao arrepio da lei, num propósito populista e simbólico à moda Lei e Ordem.⁴⁵ Obviamente, não é a realização do exame criminológico, consubstanciado num formulário padronizado, preenchido em poucos minutos, que impedirá que criminosos voltem à rua para delinquir. A maioria da população não percebe isso acontecendo

43..AGRAVO EM EXECUÇÃO. EXAMES CRIMINOLÓGICOS. PROGNOSE DE REINCIDENCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. A progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP, dois são os requisitos: bom comportamento carcerário e cumprimento de um sexto da pena. Requerer a submissão do apenado a qualquer tipo de exame para fins de progressão de regime viola a legalidade, preciosa garantia do cidadão (art. 5º, II da Constituição da República). O juiz não é órgão do aparato de segurança pública, mas sim garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos! “Prognose de reincidência” nada mais é do que um juízo arbitrário e “futuroológico” sobre outrem. Assegurar os direitos de um único cidadão é, ao final, assegurar os direitos de toda uma sociedade. À unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso. (TJRS – 5ª Câmara Criminal - Agravo em Execução 70011949690. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. j. 03/08/2005) No mesmo o AE 70014139448 e 70007705221. Ver também: CARVALHO, Amilton Bueno. [et. all.]. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76-82.

44..BRITO, *op. cit.*, p. 72.

45..Nesta perspectiva é a crítica de Couto de Brito: “por mais que o meio de vida ou a repercussão jornalística atribua a alguém a pecha de perigoso, tratando-se de imputável, não poderá ter sua execução exacerbada ou desviada em função do predicativo (...) Nesse sentido, deve-se evitar a utilização de critérios de aferição de periculosidade, como ‘não voltará a delinquir’, quando se trata do agente imputável. Embora a não reincidência seja um efeito esperado da execução penal, deve ser atingida através da concretização das finalidades premiais contidas nos institutos previstos na Lei de Execução Penal, e não ser convertida em fundamento *a priori* para a aplicação destes institutos” Conclui o autor: “Se a periculosidade não é predicativo do imputável, não o deve ser tanto na fase processual quanto na fase executória”. Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 79-80 (verificar a estrutura desta nota).

frequentemente nas favelas e periferias, mas pode lembrar que, em agosto de 2006, o sujeito que esartejou uma empresária, no bairro de Botafogo, zona sul do Rio de Janeiro, havia obtido o livramento condicional com todos os exames favoráveis.⁴⁶ Assim como, recentemente, em fevereiro de 2012, o Brasil inteiro ficou chocado com o caso do estupro de uma criança de doze anos que retornava da escola, no interior de um coletivo, na zona sul do Rio de Janeiro. O protagonista de injusto tão grave, ostentava a qualidade de egresso há menos de quarenta e oito horas, após obter o livramento condicional com os exames criminológicos plenamente favoráveis à sua libertação.⁴⁷

Todavia, embora esses e outros tantos casos tenham servido para demonstrar a imprestabilidade do exame criminológico, a jurisprudência dos Tribunais Superiores acabou se consolidando em sentido contrário. Primeiramente com relação aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal em 2009 editou a súmula vinculante nº 26, possibilitando a requisição do exame criminológico pelo juiz para verificação dos requisitos subjetivos.⁴⁸ Na mesma linha, no ano de 2010, o Superior Tribunal de Justiça com o escopo de espancar qualquer tipo de dúvidas sobre o fato de a lei ter mudado e tudo continuar na mesma, editou a súmula nº 439, admitindo o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, a qualquer crime, desde que em decisão motivada.⁴⁹

Assim, invariavelmente, recaíram inúmeras críticas sobre ambas as Cortes.

Nesse sentido, uma das manifestações de repúdio mais interessantes ao exame criminológico veio do próprio Conselho Federal de Psicologia, que editou a Resolução 9 de 29/06/2010, regulamentando a atuação do psicólogo no sistema prisional. Certo é que o art.

46..Nesse sentido Cf.: <<http://oglobo.globo.com/rio/empresaria-assassinada-serrada-ao-meio-em-botafogo-enterrada-4563161>>. (Acessado em 13/01/2012).

47..Nesse sentido Cf. <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/02/suspeito-de-estupro-em-onibus-no-rj-recebeu-condicional-apos-falta-grave.html>>. (Acessado em 13/01/2012).

48..Súmula Vinculante 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

49..Súmula 439

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

4º dessa resolução veda ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais, realizar o exame criminológico, avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena e participar de práticas de caráter punitivo ou disciplinar.⁵⁰

Certo é que tal resolução, em boa hora, veio solucionar uma questão de coerência da psicologia no âmbito prisional. Como pode o psicólogo, profissional essencial para aquele privado de liberdade, prestar assistência psicológica ao interno, exercendo o seu valioso mister, e depois realizar um laudo que embasará uma decisão, na maioria das vezes, contrária aos interesses do preso? Como ficaria a ética do profissional? E o sigilo das informações obtidas de seus pacientes? É claro que a efetividade do tratamento penitenciário estaria colocada em risco, notadamente, com a perda da relação de confiança existente entre o psicólogo e o destinatário do seu serviço.

Dessarte, o Anteprojeto do Código Penal seguindo a orientação da jurisprudência, lamentavelmente, propõe o restabelecimento do exame criminológico para aferição do requisito subjetivo na progressão de regime. E o pior, ainda cria um prazo de sessenta dias para a elaboração do exame criminológico e passa a responsabilidade para o Conselho Penitenciário, sem ao menos dizer como.⁵¹

Novas dúvidas: o Conselho Penitenciário passa a dar parecer? Fiscalizará a elaboração de laudo psicológico, psiquiátrico, social? O Conselho pode se manifestar contra os laudos? A exposição de motivos sequer menciona a atuação do Conselho Penitenciário.

50..Resolução 09 de 29/06/2010 do Conselho Federal de Psicologia, publicada no Diário Oficial da União 30/06/2010

(...)

Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos:

a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado;

b) O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único.

Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena.

51..§1º – As condições subjetivas para a progressão serão objeto de exame criminológico, sob a responsabilidade do Conselho Penitenciário e com prazo máximo de sessenta dias a contar da determinação judicial.

§2º A não realização do exame criminológico no prazo acima fixado implicará na apreciação judicial, de acordo com critérios objetivos.

Ora, é de conhecimento geral que os Conselhos Penitenciários Estaduais, salvo raras exceções, não são aparelhados o suficiente para dar conta de mais essa tarefa. Os Conselhos de um modo geral conseguem a duras penas dar conta do volume de pareceres nos incidentes de indulto e comutação e ainda inspecionar os estabelecimentos penais, supervisionar os Patronatos e tantas outras atribuições definidas no art. 70 da LEP.

Em seguida, o Anteprojeto afirma que a não realização do exame no referido prazo, implicará na apreciação judicial de acordo com os critérios objetivos. Significa dizer que a regra prevista na legislação vigente (um sexto da pena cumprida e bom comportamento carcerário) passa a ser exceção, ou seja, aplicada apenas quando ultrapassar sessenta dias da determinação judicial sem a elaboração do exame.

Aqui vale igualmente ressaltar a dramática situação enfrentada pelos setores de classificação das unidades prisionais de nosso país, também de conhecimento geral. Salvo raríssimas exceções, não existem funcionários da administração penitenciária, psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras para darem conta da quantidade de exames criminológicos que hoje são pedidos, ainda mais o tornando obrigatório como sugere o Anteprojeto.

Será um verdadeiro colapso e o prazo simbólico de sessenta dias será apenas para procrastinar a concessão do direito e o juiz decidir com base nos critério que hoje são utilizados pela lei. Como se pode observar, o Anteprojeto apenas criou mais um requisito protelatório para obtenção da progressão de regime.

Um mínimo de prática na execução penal já permite imaginar o funcionamento: o juiz da vara de execuções vai determinar a realização do exame; obviamente, o prazo vai se escoar sem que o exame tenha sido realizado, o Conselho Penitenciário (se conseguir dar conta) ou a defesa irão provocar o juiz diante do transcurso do prazo, para, finalmente, ser aberta conclusão para o magistrado decidir com base nos critérios hoje fixados na LEP. Agora adicione isso ao sucateamento natural das varas de execuções penais e o acervo cartorário de cada uma. O resultado, certamente, será muito ruim (para o preso).

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

3.2.2 – Desvio de execução

Ainda com relação ao sistema progressivo, o Anteprojeto do Código Penal acertou ao propor a previsão legal da atual posição dos Tribunais Superiores com relação ao grave problema do desvio de execução.⁵²

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu art. 185 prevê o excesso (aspecto quantitativo da pena) e o desvio de execução (aspecto qualitativo da pena). No mesmo sentido, alerta a exposição de motivos (item nº 19) pela observância do princípio da legalidade para impedir a ocorrência de ambos.

É certo que a ausência de vagas no regime adequado para: i) o preso cautelar (custodiado numa Cadeia Pública ou Centro de Detenção Provisória) que venha a ser condenado no regime inicial aberto ou semiaberto; ii) o réu que aguardou solto o trânsito em julgado de igual condenação ou; iii) o condenado no regime fechado, como na maioria das vezes, que obteve a progressão de regime; são situações que caracterizam o nefando desvio de execução.

Ocorre que a questão do desvio é um problema crônico no sistema penitenciário nacional. De acordo com o Ministério da Justiça, o Brasil até junho de 2012, já possuía um déficit de quase 25.000 vagas no regime semiaberto.⁵³ Dessa forma, os Tribunais passaram a entender que se o Estado não possui condições de promover a execução da pena nos moldes em que ela foi imposta na sentença, não será o preso que suportará esse ônus, ao cumprir uma pena mais severa por incompetência do próprio Estado. Assim, diante da ausência de vagas, os Tribunais determinam a progressão direta para o regime aberto e, na sua ausência, prisão albergue domiciliar.⁵⁴

3.2.3 – A extinção da pena

Por fim, a proposição do Anteprojeto do Código Penal com relação à extinção da pena nos casos de progressão de regime, prevista no §5º do art. 47 também é digna de nota.⁵⁵

52..§4º Se, por razão atribuída ao Poder Público não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto.

53..Nesse sentido Cf: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIP artUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. (Acessado em 13/01/2013).

54..Por todos: Cf. Informativo de Jurisprudência do STJ nº 490/2012.

55..§5º A extinção da pena só ocorrerá quando todas as condições que tiverem sido fixadas forem cumpridas pelo condenado.

Ao que parece, o projeto de lei pretende criar um mecanismo análogo à prorrogação do livramento condicional suspenso (art. 145 da LEP c/c art. 89 do CP).

Ocorre que se trata de mecanismos completamente diferentes.

Esse requisito para a extinção da pena parece referir-se às condições previstas para o regime aberto (art. 52 do Anteprojeto), visto que o art. 47 não se refere à fixação de condições a serem cumpridas no caso de progressão de regime.

É fácil perceber que esse dispositivo está alinhado com o inequívoco rigor penitenciário que permeia o Anteprojeto, haja vista a configuração do novo regime aberto, notadamente, com a imposição de duas penas restritivas de direito que, como visto anteriormente, cria um propício ambiente para a regressão de regime e, conseqüentemente, o inchaço do regime superlotado regime semiaberto.

3.2.4 – Da regressão de regime

O PLS 236/2012 com relação à regressão de regime preservou a criticada estrutura dualista atualmente vigente (regressão sancionatória e regressão adequação), endurecendo, obviamente, nos poucos dispositivos que ainda asseguravam algum tipo de garantia para o preso.

O texto reproduz em seu art. 48 e §1º, os dispositivos hoje vigentes no art. 118 e §1º da LEP.⁵⁶ No inciso I, foi mantida a previsão da denominada regressão sancionatória como consequência da prática de fato definido como crime doloso ou falta disciplinar de natureza grave. Vale consignar que o Anteprojeto nessa primeira hipótese, perdeu a chance de consagrar o princípio constitucional da presunção de inocência, ao não exigir a sentença penal condenatória transitada em julgado (no caso da prática de fato definido como crime doloso) e a decisão judicial quanto à prática de falta disciplinar de natureza grave (jurisdicionalização da falta grave).

56.. Regressão

Art. 48. A execução da pena de prisão ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da penas em execução, torne incabível o regime.

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º O cometimento de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, iniciando novo período a partir da data da infração disciplinar.

Frise-se, também, que a regressão sancionatória quando ocorre nas condenações cujo regime inicial de cumprimento seja o semiaberto ou aberto, desafia outra velha controvérsia, a ofensa à garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CRFB/88), uma vez que a sentença transitada em julgado posta em execução estabeleceria esses regimes de cumprimento.⁵⁷

No inciso II o projeto de lei preservou a chamada regressão adequação. Essa modalidade de regressão leva em consideração a quantidade de penas que se somam e não a prática de falta disciplinar. A regressão adequação ocorre diante da superveniência de sentença penal condenatória transitada em julgado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime de cumprimento.

O Anteprojeto desperdiçou excelente oportunidade de suprimir essa modalidade de regressão, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio constitucional da individualização da pena (e a garantia da coisa julgada). A ofensa ao princípio da individualização da pena decorre do critério adotado pelo legislador para determinar a regressão adequação. De acordo com a LEP, a análise é feita com base num critério puramente quantitativo (soma das penas), ao invés de combiná-lo com uma análise qualitativa. É fácil perceber que duas penas privativas de liberdade de quatro anos cada uma regime aberto, possuem um juízo de reprovabilidade muito menor do que uma única pena de oito anos em regime fechado. A resposta estatal de quatro anos de pena para cada uma das condenações é proporcional e suficiente à gravidade da ofensa no caso concreto. Não se pode pegar simplesmente as duas condenações e somá-las como se fosse uma coisa só, sem fazer uma análise qualitativa da individualização (judicial) da pena. Como afirma Couto de Brito, a soma de várias penas certamente não equivale a uma única pena de mesma duração.⁵⁸

O texto da proposição normativa mantém também as modalidades de regressão para o regime aberto contidas no parágrafo primeiro do art. 118 da LEP. Nessa modalidade de regressão, além das hipóteses anteriores (regressão sancionatória e adequação) acrescentam-se duas outras de cunho punitivo: *frustrar os fins da execução* ou *não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta*.

57.. Certo é existe grande controvérsia quanto à coisa julgada no âmbito da execução da pena. Parte da doutrina e da jurisprudência nega a existência de uma coisa julgada material, dotada de imutabilidade. Para estes autores, a coisa julgada na execução penal seria provida de cláusula *rebus sic stantibus*, notadamente, quando se tratar de regime prisional (cuja característica é a própria provisoriedade). Neste sentido. Por todos: Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 303-304. "A sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas".

58.. Nesse sentido: Cf. BRITO, op. cit., p. 252.

O Anteprojeto mais uma vez perde a oportunidade de corrigir a imperfeição legislativa do texto vigente e, finalmente, definir o que vem a ser *frustrar os fins da execução*. Essa expressão demasiadamente aberta, de suspeita constitucionalidade ante o princípio da legalidade, é normalmente atribuída, por se tratar de regime aberto, à inobservância das regras contidas no art. 115 da LEP. O projeto de lei poderia ter tornado o dispositivo menos subjetivo, mas parece que a Comissão não teve interesse em eliminar esse ponto obscuro na regressão do regime aberto.

A segunda espécie contida no parágrafo primeiro está esvaziada desde a nova redação conferida ao art. 51 do CP, que impede a prisão do condenado à pena de multa não paga, o que permitiu o entendimento de que o Código ao impedir a conversão em prisão da multa não paga, também impediu todo e qualquer efeito prisional ao devedor da pena de multa. Segundo essa orientação, admitir a regressão de regime do condenado à pena de multa cumulativamente imposta, não paga, seria atribuir, ainda que por via oblíqua, efeito prisional ao inadimplemento da pena de multa.⁵⁹

É certo que a reprodução literal desse dispositivo pelo texto do projeto de lei, justifica-se pela lastimável iniciativa de ressuscitar a possibilidade de prisão do devedor de pena de multa, como visto no início deste trabalho.

No que tange às modificações na regressão de regime, o Anteprojeto do Código Penal em flagrante desconformidade com a Constituição da República propõe a supressão do vigente parágrafo segundo do art. 118 da LEP, que em consonância com o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CRFB/88) veda a malfadada regressão cautelar nas hipóteses de regressão sancionatória. De acordo com o dispositivo vigente a regressão só pode ocorrer se precedida da oitiva do condenado, uma vez que ao exercer o seu direito à autodefesa, à presença e à audiência e todos os consectários da ampla defesa, pode-se opor um fato juridicamente relevante que justifique a conduta ensejadora de tal medida.

O que se defende não é a impunidade do infrator, mas que a sua prisão seja ordenada no regime de cumprimento vigente ao tempo do fato, como na hipótese líder de incidência, a evasão (do regime semiaberto ou aberto). Nessa situação prática mais corriqueira, é inconcebível admitir que o juiz com base no poder geral de cautela possa regredir cautelarmente o condenado, antes de sua oitiva. É inadmissível que a garantia constitucional refletida no art. 118, §2º da LEP não tenha aplicação nesse caso, muito menos pelo argumento

59..Idem, ibidem.

de que a regressão por ser cautelar é provisória. Assim a oitiva seria exigida apenas para a regressão definitiva.⁶⁰ O mandado de prisão deve ser expedido, respeitando o regime prisional à data do fato, deixando para após a captura e consequente oitiva, a decisão quanto à regressão ou manutenção do regime de cumprimento de pena. Ainda que se trate de evasão do regime aberto, o mandado ao ser cumprido possibilita o juiz ouvir o apenado e decidir sobre a regressão de regime.

No lugar da garantia contra a regressão cautelar hoje existente, o projeto de lei infelizmente propõe a previsão legal de mais um questionável posicionamento formado no âmbito da jurisprudência: a interrupção do prazo para progressão de regime diante da prática de falta disciplinar no regime fechado.⁶¹

É cediço que a análise do comportamento é uma análise subjetiva. O bom comportamento carcerário é requisito subjetivo para os direitos da execução. Assim, a prática de falta disciplinar de natureza grave deve macular tão somente o requisito subjetivo, nunca o objetivo. Ocorre que admitir que a prática de falta disciplinar possa interromper os prazos para a progressão, é admitir que a falta disciplinar atinja o requisito objetivo também, o que é um absurdo.

Certo é que tal entendimento surgiu no afã de se punir mais severamente o condenado no regime fechado que praticasse falta disciplinar de natureza grave, visto que o rebaixamento do índice comportamental, isolamento, perda dos dias remidos, perda de regalias e outras sanções eram muito pouco, e como não poderia regredir o apenado uma vez que este já estava no regime mais severo, a forma que a jurisprudência encontrou de punir mais duramente foi a interrupção da contagem do prazo de cumprimento.

Aliás, tal entendimento colide com a própria garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CRFB/88), uma vez que a pena cumprida é pena paga, que passa a integrar o patrimônio subjetivo do condenado. Não se pode simplesmente descartar o período de pena cumprida para fins de progressão sob pena de violar o princípio da legalidade e a garantia do direito adquirido.

60..Cf. MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199-200.

61..Nesse sentido foi decidido pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da jurisprudência. Cf. *Informativo de Jurisprudência* 494/2012. No mesmo sentido. Cf. MARCÃO, *op. cit.*, p. 168. Entretanto, entendendo em sentido contrário, não admitindo a interrupção. Cf. TJJ/RJ – 5ª Câmara Criminal - HC 0015168-23.2012.8.19.0000 – Rel. Des. Sergio Verani. No mesmo sentido é o enunciado nº 29 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro: “Constitui grave ofensa ao princípio da estrita legalidade, o estabelecimento, por via de uma interpretação in malam parten, de novo lapso temporal para a progressão de regime a partir do cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena em regime fechado”.

4- O Livramento Condicional

O instituto do livramento condicional foi previsto em nossa legislação pela primeira vez com o Código Republicano de 1890 (arts. 51 e 52), embora sua efetivação e regulamentação tenham vindo apenas com o Decreto 16.665 de 6 de novembro de 1924. Posteriormente, o livramento condicional foi previsto na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932 (art. 50), no Código Penal de 1940 (arts. 60 a 66) e na Nova Parte Geral de 1984 (arts. 83 ao 90) e Lei de Execução Penal (art. 131 ao 146). Sempre considerado pela doutrina como o último e mais importante estágio do sistema progressivo de cumprimento de pena, fase final desinstitucionalizada da pena privativa de liberdade, o livramento condicional é o verdadeiro momento de passagem entre a coerção do presídio e a liberdade dentro do Direito.⁶²

O Anteprojeto propõe, segundo a exposição de motivos e demais justificativas, a extinção do livramento condicional em nossa legislação. De acordo com o relatório final, a Comissão concluiu pela existência de uma “*área de concorrência, se não de superposição, entre a progressão de regime e o livramento condicional*”, notadamente, quando se trata de cumprimento de pena em regime aberto, uma vez que haveria uma “*comunhão de requisitos com o livramento condicional*”.

O primeiro equívoco nessa justificativa reside no fato de a Comissão estar confundindo institutos completamente diferentes. Cumpre esclarecer inicialmente que os chamados regimes prisionais, verdadeiras engrenagens do sistema progressivo de cumprimento de pena (que não possibilitam a liberação do apenado), como visto anteriormente, em nada podem ser confundidos com o instituto do livramento condicional, legítimo direito público subjetivo do apenado que, como alternativa ao cárcere e todos os seus males, permite ao condenado cumprir o restante de sua reprimenda em liberdade, condicionado à observância de uma série de restrições e ao preenchimento de inúmeros requisitos legais.

Com todo o respeito devido à Ilustre Comissão, a extinção do livramento condicional como defendido no relatório final que originou o PLS 236/2012 é mais um enorme retrocesso em nosso sistema de cumprimento e individualização das penas. Ademais, evidencia um erro crasso, vez que tal iniciativa encontra-se fundamentada em falsas premissas, sujeita a causar grande dano ao próprio Estado.

62..Neste sentido. Cf. BRUNO, Anibal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 192.

O regime aberto de cumprimento de pena, já devidamente analisado, nos termos da legislação vigente pode ser fixado como regime inicial de cumprimento de pena (art. 59, III do CP) ou ser alcançado por meio da progressão de regime (Art. 112 da LEP). No que tange à progressão de regime, como visto anteriormente, são exigidos requisitos temporais diferenciados para crimes hediondos e equiparados (ao menos dois quintos se primário e três quintos se reincidente - art. 2º, §2º da Lei 8.072/90) e para aqueles que não possuem tal natureza (ao menos um sexto da pena – art. 112 da LEP), sem prejuízo da aferição do requisito subjetivo (bom comportamento carcerário). Igualmente foi verificado que o regime aberto implica ainda no cumprimento da pena em estabelecimento penal denominado “Casa de Albergado” (art. 93 da LEP), com submissão a rigorosas regras (art. 115 da LEP), entre as quais, o recolhimento ao estabelecimento prisional no horário noturno e nos dias de folga, sujeição ao sistema disciplinar (arts. 44 e segs da LEP), entre outras.

Já livramento condicional, forma de individualização da pena, foi considerado pelo legislador como medida alternativa ao encarceramento (item nº 137 da Exposição de Motivos da LEP), com o objetivo de reduzir os malefícios da prisão e promover a reinserção social do condenado⁶³, possibilitando o cumprimento do restante da pena em liberdade (sem necessidade de recolhimento ao estabelecimento prisional), mediante o preenchimento de requisitos legais (objetivos e subjetivos – art. 83 do CP), condicionada à rigorosa obediência às condições obrigatórias e facultativas do “benefício” durante o chamado *período de prova*.⁶⁴

Realmente, no caso do requisito subjetivo, podemos afirmar a existência de comunhão de requisito, o chamado bom comportamento carcerário. Porém, isso não é exclusividade do livramento condicional, mas de todos os demais direitos da execução (autorizações de saída temporária, remição, comutação, indulto, etc.), que exigem o bom comportamento.

Contudo, no que diz respeito aos requisitos objetivos, a progressão exige como lapso temporal, dependendo da hipótese, o cumprimento ao menos de um sexto, dois quintos ou três quintos da pena no regime anterior. O livramento condicional exige, dependendo da hipótese, o cumprimento de mais de um terço, metade ou dois terços da pena em execução, vedada a concessão para o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

63..SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 631.

64..Art. 132 e parágrafos da LEP. Neste sentido. Cf. BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo, RT, 2001, p. 174.

Além disso, o condenado no regime fechado quanto mais tempo demorar em progredir para o semiaberto, maior será o lapso temporal necessário para alcançar o regime aberto, uma vez que para essa nova progressão, terá que cumprir mais um sexto da sua pena remanescente no regime semiaberto para obter a progressão para o regime aberto. Já o lapso temporal do livramento condicional é fixado com base na pena aplicada na sentença em execução, não sofrendo alteração em função de falta disciplinar⁶⁵ ou morosidade na concessão da progressão de regime.

Exemplificando: réu primário condenado a uma pena de doze anos de reclusão em regime fechado por roubo. O lapso temporal para obtenção do livramento condicional será a partir do cumprimento de quatro anos de pena (mais de um terço da pena). Tendo em vista que as Varas de Execuções Penais não são conhecidas pela sua celeridade, caso esse sujeito leve três anos para progredir para o regime semiaberto (o que será considerado um excelente prazo na maioria dos Estados da federação)⁶⁶, ainda precisará cumprir mais um ano e cinco meses para progredir para o regime aberto e ser transferido para outro estabelecimento prisional. Para obter o livramento condicional, bastaria o apenado cumprir quatro anos de sua pena para alcançar a liberdade (ainda que condicionada).

Vale esclarecer ainda que o juiz, na prolação da sentença, pode fixar qualquer dos três regimes prisionais, em qualquer dos crimes (haja vista a recente decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à fixação do regime inicial fechado para crimes hediondos).⁶⁷ Assim, como ficariam as condenações no regime inicial aberto? Qual seria a superposição ou comunhão de requisitos? Não há como progredir mais de regime. Só restaria o livramento condicional.

Dessa forma, diferentemente do que foi afirmado no relatório final contido no PLS 236/2012, não existe concorrência ou superposição entre o livramento condicional e a progressão de regime, assim como a suposta comunhão de requisito entre a progressão para o regime aberto e o livramento condicional.

Ainda de acordo com o referido relatório final, o livramento condicional apresentaria a “desvantagem de desprezar o período de pena em liberdade, se a sua revogação ocorrer por fato praticado após o seu início. Além do mais, o fato que enseja a revogação

65..Nesse sentido, é o verbete nº 441 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: *A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.*

66..Nesse sentido Cf. *Mutirão Carcerário*. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

67..Julgamento do HC 111.840/ES pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 27/06/2012. Publicado nos informativos de jurisprudência nº 672 e 670.

demandaria, em tese, confirmação pelo devido processo. Ou seja, o resto de pena que poderia existir só poderá ser executado se, ao final do processo relativo ao fato revogador, a sentença for condenatória”.

Certo é que o livramento condicional, como afirmava Aníbal Bruno, “é uma medida de política criminal dirigida a prevenção especial do crime”, um importante recurso de reinserção social que também possui mecanismos aptos a punir o liberado caso este venha novamente a delinquir ou não cumpra com as condições obrigatórias do livramento⁶⁸.

Segundo a sistemática vigente, o liberado condicional ao praticar nova infração penal, tem o seu “benefício” suspenso cautelarmente (art. 145 da LEP), com a sua prorrogação até o trânsito em julgado do processo pela nova infração (art. 89 do Código Penal). No caso de absolvição no processo originado pela nova infração, o livramento condicional deverá ser restabelecido (se o liberado estivesse preso provisoriamente pela nova infração) ou extinto (caso não tenha sido determinado o seu recolhimento no curso do processo pela nova infração). Na hipótese de sentença penal condenatória irrecorrível, o livramento será revogado (art. 86, I do Código Penal), não sendo possível a concessão de novo livramento para essa execução, tampouco o aproveitamento do tempo em que esteve solto o liberado (arts. 88 do Código Penal e 142 da LEP), medidas que visam sancionar mais severamente o liberado que volta a delinquir.

Naturalmente, o liberado que reincide, condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade, quebra a confiança que o Estado depositou nele ao liberá-lo do cárcere e deve ser mais duramente sancionado.

Dessa forma, não se trata de *desvantagem*, como alegado na justificativa para extinção do livramento condicional apresentada no PLS 236/2012, mas sim de um mecanismo de prevenção especial positiva inserido em uma sistemática progressiva e individualizada de cumprimento de pena.

5 - Da Conclusão

A proposta do presente artigo foi analisar a execução da pena no Anteprojeto do Código Penal à luz dos princípios penais constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Ousamos afirmar que as propostas contidas no Título III - Das Penas, possuem notório caráter punitivo. A imprecisão da pena de perda de bens e valores e, principalmente, o restabelecimento da possibilidade de prisão para aquele que não paga a pena de multa, são os aspectos dignos de crítica.

68..BRUNO, *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 191-192.

Contudo, verificamos que aspecto preocupante, realmente, diz respeito à pena de prisão e ao sistema progressivo de cumprimento de pena proposto pelo texto. As proposições referentes à execução da pena de prisão contidas no PLS 236/2012 são aptas a gerar um gigantesco e nefasto efeito encarcerador.

A perigosíssima possibilidade de fixação de regime inicial fechado, sem qualquer parâmetro objetivo, para o condenado a pena superior a quatro anos, contrariando a jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais Superiores, aliado ao evidente propósito de endurecimento do sistema progressivo de cumprimento de pena pelo Anteprojeto, formam uma combinação arriscada.

Como foi possível observarmos, o Anteprojeto além de prever a falta grave como marco interruptivo na contagem do prazo para os “benefícios”, aumentou as frações para progressão de regime nos crimes hediondos (cerca de 45% do efetivo carcerário nacional), praticamente dobrou o prazo de manutenção do condenado no regime fechado nos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça (cerca de 40% do efetivo carcerário nacional) e reincidentes (estima-se algo em torno de 70%), tornando exceção o vigente prazo ordinário de um sexto do cumprimento da pena.

O Anteprojeto além de supervalorizar o instituto da reincidência (cuja constitucionalidade é duvidosa) e prever a regressão cautelar ao arrepio da Constituição, ainda criou uma aberração jurídica, manifestamente inconstitucional, de crimes que causem “grave lesão à sociedade”.

Com relação aos regimes prisionais, verificamos que o Anteprojeto restringe demasiadamente o instituto das saídas temporárias no regime semiaberto, um dos principais instrumentos de reinserção do preso, e cria um modelo de regime aberto que, sob uma perspectiva prática, favorece as condições para o descumprimento, o que aumentará em muito a incidência de regressões para o regime semiaberto e fechado.

Acrescente-se a isso tudo, a extinção do livramento condicional!

É certo que o novo sistema progressivo e a extinção do livramento condicional propostos no PLS 236/2012, uma vez implementados, sob a perspectiva do Estado-administração e, principalmente, do preso, será uma verdadeira catástrofe! É evidente

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

que com a extinção do livramento condicional, o Estado passará a manter sob sua custódia todos os presos que não terão mais direito ao livramento, vendo-se obrigado, diante da nova sistemática, a construir centenas de estabelecimentos penais para cumprimento de pena em regime fechado e semiaberto.

No país temos um déficit em torno de 200.000 (duzentas mil) vagas no sistema penitenciário.⁶⁹ Só no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, já existe um déficit de mais de 8.000 vagas no sistema penitenciário, com um grave quadro de desvio de execução (presos cautelares que são condenados no regime semiaberto e aberto e não são transferidos para os estabelecimentos adequados por ausência de vaga). É muito previsível que a situação se torne insuportável com a extinção do livramento condicional e o novo sistema de progressão de regime proposto pelo Anteprojeto.

Forçoso reconhecer que sob o ponto de vista do apenado, indubitavelmente, o livramento condicional é muito mais vantajoso que o regime aberto e, para o Estado, chega a ser mais, é verdadeiramente providencial. Contudo, a Comissão procura justificar na exposição de motivos que “mais simples e mais vocacionado para a ressocialização gradual do condenado está o regime aberto de cumprimento de pena. Especialmente se, conforme proposto à frente, ele incluir período necessário de serviços à comunidade”.

Ora, se algo deve ser extinto, com todo o respeito, que seja o falido regime aberto! Consequentemente, que haja a ampliação do acesso às autorizações de trabalho externo e saída temporária (arts. 123 e seguintes da LEP) a todos os apenados no regime semiaberto, ao invés da lamentável iniciativa contida no Anteprojeto de restringir estes direitos. Evidentemente, as características e regras do regime semiaberto, estas sim, por serem praticamente idênticas ao regime aberto, se sobrepõem. Dessa forma, entendemos não restar dúvidas de que o aumento das frações para progressão de regime, flagrantemente desproporcionais, está totalmente distanciado da realidade carcerária de nosso país e que o instituto do livramento condicional, conforme tudo que foi apontado, deve ser mantido em nosso ordenamento jurídico como instrumento para diminuir a extrema dureza das penas privativa de liberdade e seus efeitos

69..De acordo com o Ministério da Justiça, no Brasil, até junho de 2012, existiam 508.357 pessoas presas num sistema penitenciário que possui apenas 309.074 vagas. Dados disponibilizados em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> (Acessado em 13/01/2013).

dissocializadores,⁷⁰ a exemplo do modelo exitoso encontrado em países como a Argentina,⁷¹ Espanha,⁷² Alemanha,⁷³ Portugal⁷⁴ e outros com mecanismos análogos como o *parol system* dos Estados Unidos da América⁷⁵ e a liberdade vigiada do Chile,⁷⁶ sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena e a imposição de um ônus impossível de ser arcado pelo Estado.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Felipe Lima de. Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: a (ir)retroatividade da Lei 11.464/07 e a moderna jurisprudência do STF. in *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, v. 24, Rio de Janeiro: 2009, p. 134-155.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo, RT, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRITO, Alexis Couto. *Execução Penal*. 2. ed., São Paulo: RT, 2011.

70..BARROS, *op. cit.*, p. 174-175.

71..Arts. 13 a 17 e 53 do Código Penal Argentino e a Lei 24.660. Nesse sentido Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2. Ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p.719.

72..Art. 90, 1 do Código Penal Espanhol. Nesse sentido Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8. Ed., Buenos Aires: IBDeF, 2008, p. 745.

73..Arts. 57 e 57-B do Código Penal Alemão (§§57-57-b, StGB).Nesse sentido Cf. JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 915.

74..Cf. art. 90 do Código Penal Português.

75..Nesse sentido Cf. BITENCOURT, *op. cit.*, p. 300-301.

76..Lei 18.216. Nesse sentido Cf. URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. 2. Ed., Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 357-358.

BRUNO, Anibal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno. [et. all.]. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03. in *Crítica à Execução Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei penal e A nova lei processual*. Comentários à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977. São Paulo: RT, 1977.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Exame Criminológico*. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bondrés. 2. ed., Madrid: Trotta, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed., São Paulo: RT, 2007.

GOULART, José Eduardo. *Princípios Informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed., São Paulo: RT, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 8. Ed., Buenos Aires: IBdeF, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas Penitenciários. in *Revista dos Tribunais*. Volume 639. São Paulo: RT, 1989.

PRADO, Luiz Régis. [et all.] *Direito de Execução Penal*. 2. ed., São Paulo, RT, 2011.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*. Proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo, RT, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6. ed., São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. 2. Ed., Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral – aspectos fundamentais*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2. Ed., Buenos Aires: Ediar, 2006.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Uma década de pesquisa da NCSC sobre Sentenças Mistas para Jovens infratores: O que nós aprendemos a respeito de “Quem recebe uma segunda chance?”¹

Fred Cheesman

Consultor de Pesquisa de Tribunais do National Center for State Courts.²

Resumo: Fatores diferenciadores dos casos de sentenças mistas (Graves Infrações Juvenis ou GIJ³), dos casos juvenis convencionais e dos casos transferidos para a corte criminal voltada para adultos em Ohio foram investigados se valendo de um probit de duas etapas. Casos juvenis convencionais se diferenciavam de casos selecionados para processamento não convencional (isto é, GIJ ou transferência) conforme a gravidade da ofensa, número de instalações do Department of Youth Services de Ohio, idade e gênero. Controlando a probabilidade de seleção de processamentos não convencionais, as transferências se distinguiram dos GIJ, de acordo com idade, gênero e etnia. Minorias foram significativamente mais suscetíveis que brancos a serem transferidas que classificadas como GIJ, sugerindo possível enviesamento nos processos de tomada de decisões. Avaliações de risco objetivo e de necessidade deveriam ser usadas para identificar os mais apropriados candidatos para sentenças mistas e para transferência ao sistema adulto, e serviços avançados deveriam ser disponibilizados para os jovens infratores que recebem as sentenças mistas.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil; Direito Estadunidense; sentença mista; Política Criminal; racionalidade das Leis.

Abstract: Differentiating factors of mixed-sentences cases (Serious Juvenile Offenses - SJO) of conventional juvenile cases and those offenders transferred to the Adult Criminal Court in Ohio were investigated taking into account a two-stage probit model. Conventional juvenile cases were considered different from selected ones for a non-conventional processing (that is, a SJO or transfer), according to the severity of

1....Traduzido por Renato Watanabe de Moraes, bacharel e mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo.

2....(N. T.) Nesta tradução, opta-se por manter o nome original das instituições.

3....(N. T.) No original, Serious Youthful Offenders ou SYOs.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

the offense, number of premises of the Ohio Department of Youth Services, age and gender. By controlling the selection probability for non-conventional processing, transfers were found to be different from SJOs, according to age, gender and ethnicity. Minorities were found to be significantly more susceptible than white offenders to be transferred rather than be classified as an SJO, therefore suggesting a possible bias in decision making processes. An objective risk and necessity analysis should be carried out to identify the most appropriate candidates for mixed sentences and those to be transferred to the adult system, advanced services should be made available for young offenders who are given mixed sentences.

Key words: Juvenile criminal law; American law; mixed sentence; criminal policy; rationality of laws.

Sumário: 1. Introdução; 2. Minnesota; 3. Ohio; 4. Vermont; 5. Discussão; 6. Referência bibliográfica.

Informação direcional: As sentenças mistas permitem que alguns Tribunais imponham sanções típicas para jovens e/ou adultos em determinados casos de autoria por menores de idade. Fatores extralegais (étnico, em particular) têm influenciado a probabilidade de uma sentença mista ou de uma transferência para um Tribunal penal para adultos, ainda que ambos sejam raramente impostos. Avaliações de necessidades e risco objetivo devem consubstanciar as decisões nestes casos.

1. Introdução

Durante o começo dos anos 1990, muitas assembleias legislativas estaduais realizaram profundas mudanças nas opções dispositivas e sentencias disponíveis para tribunais juvenis, incluindo a introdução de uma inovação judicial juvenil, a *sentença mista*.⁴ Sentenças mistas possibilitam que alguns tribunais apliquem sanções correcionais juvenis e/ou adultas sobre certos jovens delinquentes (Sickmund, Snyder e Poe-Yamagata, 1997). Dezesesseis estados possuíam estatutos legais acerca de sentenças mistas no fim de 1995 e, pelo menos, 26 ao final de 2004. Valendo-se dos dados do censo de 2000, esses estados contem 60% da população jovem americana (idades entre 10 e 17 anos).

⁴ ...Entre 1992 e 1995, 41 estados mudaram suas leis para que a renúncia para a justiça comum fosse facilitada, 16 estados modificaram ou acrescentaram estatutos requerendo um tempo mínimo obrigatório de encarceramento para certos criminosos violentos ou considerados graves, e 12 estados aumentaram a idade máxima de jurisdição contínua do tribunal de menores sobre delinquentes juvenis – geralmente para a idade de 21 anos (Sickmund, Snyder, & Poe-Yamagata, 1997).

A sentença mista surgiu durante um período de constante aumento da criminalidade violenta juvenil, como um acordo entre aqueles que queriam enfatizar a segurança pública, punição e responsabilização dos menores infratores e aqueles que almejavam manter ou reforçar o tradicional sistema de justiça juvenil. Ele oferece um meio de resolver esses pontos de vista díspares, pois o sentenciamento misto mescla oportunidades de reabilitação na justiça juvenil com a possibilidade de sanções no sistema criminal adulto. A sentença mista apresenta aos menores infratores uma “última chance” de reabilitação dentro do sistema juvenil, fornecendo “um incentivo para responder ao tratamento para que se evite as consequências de uma sentença para adultos”⁵ (Reading e Howell, 2000, p. 147).

O intuito deste presente artigo é apresentar os resultados de duas pesquisas conduzidas pelo NCSC entre 1999 e 2010, que examinaram a prática da sentença mista em três estados. O primeiro estudo examinou a sentença mista em Minnesota e foi financiado pelo State Justice Institute e pela Office of juvenile Justice and Delinquency Prevention. O segundo, financiado pelo National Institute of Justice e conduzido em parceria com o National Center for Juvenile Justice (NCJJ), examinou o sentenciamento misto em Ohio e Vermont.

O NCJJ desenvolveu uma tipologia amplamente utilizada acerca da prática dessas sentenças mistas nestes Estados (Torbet, Gable, Hurst, Montgomery, Szymanski e Thomas, 1996), resumida na Tabela 1. Dos 20 Estados com regramentos jurídicos sobre sentenças mistas, no fim de 1997, nove concederam autoridade para prolatá-las a Tribunais de *menores* para casos envolvendo alguma categoria específica prevista de delinquência juvenil. Em nove outros estados, juízes *criminais* exercem a autoridade de aplicar sentenças mistas, após a condenação de um jovem. Dois estados, Colorado e Michigan, dão opções tanto para cortes menoristas, quanto criminais para a aplicação das decisões.

5....No original, “(...) *Blended sentencing offers juvenile offenders a ‘last chance’ at rehabilitation within the juvenile system by providing ‘an incentive to respond to treatment in order to avoid the consequences of an adult sentence’.*”. Tradução livre.

Tabela 1: Variedades de sentenças mistas usadas pelos Estados

TIPO	DESCRIÇÃO	ADOTADO POR	ANO
<i>Sentença Juvenil-Exclusiva</i>	A corte juvenil aplica tanto condenações juvenis (ato infracional ⁶) quanto adultas (crime).	Novo México	1995
<i>Sentença Juvenil-Inclusiva</i>	A corte juvenil aplica ambas as condenações, geralmente suspendendo a sanção adulta.	Illinois, Kansas	1990
		Dakota do Sul	1993
		Minnesota	1994
		Alaska, Arkansas, Connecticut	1995
		Michigan, Montana, Vermont	1997
		Ohio	2002
<i>Juvenil-Contígua</i>	A corte juvenil impõe uma sanção que pode se manter em aplicação, mesmo após o atingimento da idade limite do agente para sua competência. Neste momento, a corte menorista determina se o que resta da sanção deverá ser cumprido no sistema correccional adulto criminal.	Texas	1987
		Massachusetts, Rhode Island	1990
		Colorado	1993
		Carolina do Sul	1994
<i>Sentença Criminal-Exclusiva</i>	O tribunal penal aplica tanto a sanção juvenil quanto a adulta.	Virgínia, Virgínia do Oeste	1985
		Colorado	1993
		Flórida	1994
		Califórnia, Idaho	1995
		Michigan	1997
		Oklahoma	1998
<i>Sentença Criminal-Inclusiva</i>	O tribunal penal aplica ambas as condenações, geralmente suspendendo a sanção adulta.	Virgínia	1985
		Flórida	1994
		Arkansas, Michigan	1995
		Iowa	1997

6....No original, "delinquency". Utilizou-se a terminologia adotada pela lei brasileira.

Independentemente do fórum no qual é exercida, a autoridade responsável pela sentença mista pode ser *exclusiva* ou *inclusiva*, e, sob certas circunstâncias, pode ser *contígua* (Torbet, Griffin, Hurst e MacKenzie, 2000):

- * Um modelo de sentenciamento misto *exclusivo* permite ao juiz que prolate tanto uma sanção juvenil, quanto uma adulta, e faz com que a penalidade produza efeitos imediatamente.
- * Sob um modelo de sentenciamento misto *inclusivo*, o juiz pode impor *ambas* as sanções – de forma que aquela destinada ao adulto, geralmente, mantenha-se suspensa e torne-se efetiva somente na hipótese de subsequente violação.
- * Por fim, alguns Estados promulgaram leis sobre o sentenciamento misto, em seu modelo *contíguo*, sob o qual um Tribunal para menores pode impor uma sanção que se inicia no sistema juvenil, mas se prolonga para além da idade máxima da competência do Tribunal – neste momento, o infrator precisa ser transferido para um sistema correcional compatível a sua idade para cumprir o que resta da sentença.

Minnesota tem praticado um modelo juvenil-inclusivo de sentenciamento misto (isto é, o Tribunal juvenil aplica a sentença para menores de idade e a sentença voltada para adultos, esta sendo imposta sob a discricção do Tribunal para menores) desde 1994. Em 2002, Ohio implementa a sentença mista juvenil-inclusiva, muito baseada no modelo de Minnesota. Vermont, que, tecnicamente, adota este mesmo padrão desde 1998, fornece um contraste, por conta do crucial papel assumido pelos magistrados do Tribunal criminal comum no processo de tomada de decisões.

Numa tentativa de contornar a ausência de dados empíricos sobre a prática da sentença mista, a seguir, examinar-se-á os resultados de estudos sobre o instituto em três estados.

2. Minnesota

A sentença mista, em Minnesota, é referida como “Jurisdição Juvenil Estendida” ou JJE.⁷ JJEs são, inicialmente, sentenças

7....(N. T.) No original, Extended Jurisdiction Juvenile ou EJJ.

adjudicadas como juvenis ainda que elas recebam todas as garantias processuais penais, incluindo o direito a um julgamento por júri. Menores enquadrados na JJE recebem uma medida de corte juvenil e uma sentença para adultos de prisão “reserva”, com base nas Diretrizes de Condenação de Minnesota para criminosos adultos. A competência da corte juvenil perdura até alcançar a idade de 21 anos, daí o termo Jurisdição Juvenil Estendida.

Uma amostra aleatória de 564 jovens delinquentes (JJE e transferências sofreram sobreamostragem⁸ devido às suas baixas frequências) foi usada para analisar os fatores diferenciadores da JJE resultante de transferências para o sistema penal para adultos daqueles jovens processados exclusivamente pelo sistema judicial juvenil (casos juvenis “convencionais”). A técnica de análise foi rigorosa, um *probit*⁹ em dois estágios para controlar o viés de seleção.

Descobertas importantes desse estudo incluem:

- * JJE e transferências ocorrem raramente. A Corte Distrital de Minnesota conta com cerca de 10.000 criminosos juvenis todos os anos, mas somente 2.400 deles preenchem os presumidos critérios de certificação que identifica um cenário de grave delinquência juvenil para transferência para o sistema criminal de adultos. Além disso, apenas 100 jovens são transferidos anualmente e cerca de 300 recebem uma sentença mista (algo entre 1% e 3% de todos os casos criminais juvenis dispostos, respectivamente).
- * O distrito judicial onde o caso foi apresentado influencia na probabilidade de requerimento (seja para transferência ou JJE) e no tipo de decisão condenativa alternativa: transferência, JJE ou sentença convencional para jovens.
- * A etnia do infrator influencia na probabilidade de movimentação e na seleção do tipo de sentença alternativa. Minorias estariam mais sujeitas a serem requeridas para transferência ou JJE pelo promotor de justiça que adolescentes infratores

8....(N. T.) Sobreamostragem (oversampling) é uma técnica de balanceamento artificial de dados.

9....(N. T.) De uso na teoria da probabilidade e estatísticas, trata-se da função de distribuição cumulativa inversa, associada com a distribuição normal padrão. Possui aplicação em gráficos exploratórios estatísticos.

brancos e, dentre os casos mencionados, estariam mais suscetíveis a receberem uma decisão de transferência que JJE.

* JJE's possuíram mais denúncias graves que as transferências, levantando dúvidas sobre se a transferência vinha sendo reservada para o “pior dos piores” e a sentença mista para o “menos pior dos piores” (Feld, 1995). Consequentemente, não está claro que as JJE's e as transferências estavam atingindo a população infracional a que se destinam.

3. Ohio

Para comparar os tratamentos alternativos, o NCSC coletou dados sobre a utilização de alternativas de tratamento de delinquentes juvenis de cinco condados em Ohio (Cuyahoga, Hamilton, Lucas, Summit e Delaware), julgados por delitos criminais entre 2002 e 2004. Embora a amostragem destes cinco condados não constitua uma amostra aleatória de julgamentos de jovens em todos os municípios de Ohio (N=28.628), há de se notar que esses cinco condados, conjuntamente, contabilizaram uma proporção muito significativa de toda a população jovem processada neste período (75%). A amostragem final incluiu todas as sentenças mistas e casos de transferência dos cinco condados, adjudicados ou sentenciados entre 2002 e 2004 (139 e 164 casos, respectivamente). O NCSC também elaborou uma amostra aleatória proporcional¹⁰ de 340 casos do sistema convencional para menores de cada um dos cinco condados participantes.

Como foi no caso de Minnesota, procurou-se analisar os fatores que diferenciam os casos de sentenciamento misto (referido como Graves Infrações Juvenis ou GIJ) e de transferência dos casos juvenis convencionais em Ohio. Um probit de duas etapas identificou fatores distintivos entre os casos de sentença mista e casos convencionais juvenis dos casos de transferência para o tribunal penal para adultos em Ohio.

O modelo de seleção inicial revelou que os fatores que diferenciam casos de jurisdição juvenil convencional dos processamentos não convencionais (isto é, GIJ ou transferências) são, principalmente, legais, incluindo a gravidade da lesão e o número de instalações do Departamento de Serviços para Jovens, ainda que a idade e o gênero também fossem significantes influências.

A segunda fase do probit identificou fatores distinguindo transferências dos GIJ's, gerenciando a probabilidade de seleção de

10..Isto é, a amostra aleatória selecionada de jovens infratores convencionais foi, proporcionalmente, distribuída ao longo e cinco condados de acordo com a proporção que cada comarca representou do total de adjudicações entre 2002 e 2004.

processamento não convencional. A gravidade do fato, juntamente com a idade, o gênero e a etnia foram importantes indicadores do procedimento de persecução. Minorias foram notadamente estivessem mais propensas, que brancos, a serem processadas para remoção do que como GIJ's, sugerindo um possível enviesamento no processo de tomada de decisão.

A exemplo de Minnesota, a competência também influenciou na escolha da sentença alternativa. As chances de uma sentença mista foram mais altas no condado de Delaware que em Cuyahoga. As possibilidades de transferência foram muito maiores para menores infratores do condado de Hamilton do que em qualquer outra localidade.

Como em Minnesota, o sentenciamento misto e a transferência são fenômenos raros. A razão de GIJ's para adjudicações convencionais era de cerca de 205 para 1, enquanto que, para transferências, era de 174 para 1, nos cinco condados.

4. Vermont

A sentença mista em Vermont combina elementos do modelo inclusivo, tanto juvenil, quanto adulto. Casos de sentenciamento misto (referido como “Menores Infratores” ou MI's¹¹ em Vermont) se originam nas Cortes Distritais, onde uma decisão é tomada sobre se será, ou não, concedido o pedido (geralmente realizado pela defesa) para que um adolescente em conflito com a lei seja declarado MI, quando, então, tornam-se elegíveis para transferência para a Corte de Família para uma sentença mista. Jovens infratores, cujo caso foi arquivado na Corte Distrital, podem, também, ser transferidos para a Corte de Família por meio de uma “renúncia reversa”, que é totalmente a critério do juiz da Corte Distrital.

É quase uma prática geral, em Vermont, direcionar qualquer caso adolescente, envolvendo um infrator de 16 anos, ou mais, para a Corte Distrital. A designação como MI concede uma oportunidade para redirecionar determinados infratores, cujos casos foram arquivados na Corte Distrital, para o Tribunal de Família, onde eles estão mais suscetíveis a receber tratamento.

Tentou-se coletar as informações de todos os MI e dos casos de renúncias reversas de 1998 até 2006. Uma amostra aleatória de transferências que ocorreram durante esse período foi obtida. Dados foram, eventualmente, coletados de 106 casos de MI, 170 casos de renúncia reversa e 185 transferências para o sistema correccional adulto.

11..(N. T.) No original, Youthful Offenders ou YO.

Dados vindos das amostras de Vermont não possibilitaram uma análise multivariada, mas forneceram algumas interessantes compreensões. Primeiro, as sentenças mistas são um raro fenômeno, assim como em Minnesota e Ohio. Segundo, também como Minnesota e Ohio, a geografia influencia a probabilidade de receber particulares tipos de sentença. Terceiro, e mantendo-se a repetição de padrões dos demais estados, os transferidos são significativamente mais velhos que aqueles de casos de sentenças mistas (referido como “Menores Infratores” ou MI’s). Quarto, MI’s possuíam uma maior probabilidade de serem processados por algum crime contra a propriedade que qualquer outra espécie de caso, enquanto que os transferidos e os que renunciaram tinham uma maior probabilidade de serem processados por perturbação da ordem pública. Quinto, MI’s tinham, significativamente, um maior número de condenações que os que renunciaram e os transferidos.

5. Discussão

Através da prestação de uma justiça juvenil com uma resposta intermediária para a delinquência juvenil (isto é, entre o processamento juvenil convencional e a transferência para o tribunal criminal adulto), o sentenciamento misto possui o potencial para ser um importante passo num sistema de justiça para menores que forneça uma “graduada” resposta para a delinquência juvenil (National Criminal Justice Association, 1997). Contudo, para que seja efetiva no que se propõe, a sentença mista deve estar livre de qualquer viés e usada de uma maneira que seja compatível com a segurança pública. Nossa pesquisa, entretanto, sugere que em estados que o modelo juvenil-inclusivo de sentença mista é empregado, minorias serão representadas de forma desproporcional entre transferências, a mais punitiva de todas as possibilidades de processamento, e, desproporcionalmente, sub-representados entre as sentenças mistas, estas sendo a última chance de tratamento no sistema de justiça juvenil.

A mais promissora solução para “racionalizar” o uso deste instituto e evitar disparidades em seu uso é incorporar os princípios do “risco e necessidades” a sua aplicação. Um número crescente de estudiosos tem advogado pela incorporação do princípio do risco ao longo dos sistemas penal e juvenil de justiça como um meio de racionalizar as tomadas de decisão e aumentar sua efetividade (e. g., Warren, 2007). Importante, a avaliação do risco objetivo¹² pode reduzir ou eliminar indesejáveis concepções quando do julgamento

12..Instrumentos de avaliação de risco objetivo foram criados para minimizar a subjetividade e a inconfiabilidade associada com a tomada de decisão clínica. Ferramentas objetivas avaliam todos os infratores utilizando o mesmo conjunto de critérios, usando informações que podem ser factualmente verificadas. Os resultados são, então, tabulados de alguma forma em predeterminadas funções de decisões uniformes como notas de corte ou as árvores de decisão decidem a conclusão.

(Coordinating Council on Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1996).

Juízes de tribunais juvenis estão, atualmente, realizando determinações, quanto às necessidades e risco do infrator, pautados numa base informal, mas procedimentos formais de avaliação de risco e de necessidades podem melhorar a validade e a justiça dessas determinações (Silver e Chow-Martin, 2006). Conseqüentemente, nossa principal recomendação é que a avaliação de risco objetivo e de necessidades seja usada para identificar os mais aptos candidatos para sentenças mistas e transferências. A transferência para o sistema criminal adulto deveria ser reservada para alguns dos casos de delinquência juvenil grave, que apresentem um risco maior para a sociedade, e para aqueles que estão menos passíveis a um tratamento no sistema de justiça de menores. A sentença mista deveria ser restrita somente aos menores infratores mais velhos (numa média, não tão velhos quanto os transferidos, mas com mais idade que aqueles casos mais convencionais de justiça de menores) que apresentem menor risco à segurança pública que os transferidos e para quem possui maior necessidade disto e apresente grande potencial de resposta ao tratamento no sistema juvenil. O uso desta espécie de sentença deveria ser expandido para evitar a transferência inapropriada de jovens infratores para o sistema de justiça criminal adulto, mantendo mais adolescentes na justiça juvenil, enquanto ainda os responsabiliza. As recomendações geradas pela avaliação de risco e necessidades não precisam ser vinculativas para o tribunal de menores, mas irão fornecer valiosas informações para melhorar informar o processo de tomada de decisões.

Nossa segunda recomendação é o fornecimento de serviços avançados e de supervisão para menores infratores que estão sob o regime da sentença mista. Dado que estes adolescentes em conflito com a lei estão potencialmente sujeitos a sanções para adultos (em soma a qualquer outra condição que lhe sejam impostas pela justiça juvenil) e que foram determinados a serem submetidos ao tratamento no sistema de justiça juvenil, segue-se que eles devam receber serviços designados para reduzir a probabilidade de reincidência, acima e além daqueles percebidos por infratores convencionais. Como Vincent, Terry e Maney (2009) apontam, “indiscutivelmente, os jovens mais perigosos devem receber as sanções mais punitivas e as intervenções mais intensas”¹³ (p. 388).

6. Referências bibliográficas

Coordinating Council on Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (1996). *Combating Violence and Delinquency: The National Juvenile*

13..No original, “Arguably, the most dangerous youths should receive the most punitive sanctions and the most intensive interventions”. Tradução livre.

Justice Action Plan; Report. Washington DC: Author.

Feld, B. (1995). Violent Youth and Public Policy: A Case Study of Juvenile Justice Law Reform. *Minnesota Law Review*, 79, 965-1128.

National Criminal Justice Association. (1997). *Juvenile Justice Reform Initiatives in the States: 1994-1996*. Washington DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

Poe-Yamagata, E. and M. A. Jones (2000). *And Justice For Some*. Washington DC: National Council on Crime and Delinquency.

Redding, R. and Howell, J. (2000). Blended Sentencing in American Juvenile Courts. In J. Fagan and F. Zimring (Eds.) *The Changing Borders of Juvenile Justice*, Chicago: The University of Chicago Press.

Sickmund, M., Snyder, H., Poe-Yamagata, E. (1997). *Juvenile Offenders and Victims: 1997 Update on Violence*. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

Silver, E. and Chow-Martin, L. (2002). A Multiple Models Approach to Assessing Recidivism Risk: Implications for Judicial Decision Making. *Criminal Justice and Behavior*, 29, 538-568.

Torbet, P, Gable, R., Hearst, H., Montgomery, I., Szymanski, L., and Thomas, D. (1996). *State Responses to Serious and Violent Juvenile Crime*. Washington, D.C.: National Center for Juvenile Justice.

Torbet, P., Griffin P., Hurst, H., and MacKenzie, L. (2000). *Juveniles Facing Criminal Sanctions: Three States That Changed the Rules*. Washington, D.C.: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

Vincent, G., Terry, A., and Maney, S. (2010). Risk/Needs Tools for antisocial behavior and violence among youthful populations. In J. Andrade (Ed.) *Handbook of Violence Risk Assessment and Treatment: New Approaches for Mental Health Professionals*. New York: Springer Publishing Company.

Warren, R. (2007). *Evidence-Based Practice to Reduce Recidivism: Implications for State Judiciaries*. Washington DC: The Crime and Justice

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Institute and National Institute of Corrections, Community Corrections Division.

Fontes:

Cheesman, F., Green, H., Cohen, T., Dancy, D., Kleiman, M., and Mott, N. (2002). *Blended Sentencing in Minnesota: On Target for Justice and Public Safety? An Evaluation*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts.

Cheesman, F., Waters, N., Hurst, H., Halemba, G., Maggard, S., and Sohoni, T. (2010). *Who gets a second chance? An evaluation of blended sentencing in Ohio and Vermont*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts.

Cheesman, F., Waters, N., and Hurst, H. IV. Who Gets a Second Chance? An Investigation of Ohio's Blended Juvenile Sentence. *Journal of Health and Human Services Administration*, 33(3), 406-450.

Latessa, E., Lovins, B., and Ostrowski, K. (2009). *The Ohio Youth Assessment System*. Cincinnati, Ohio: Center for Criminal Justice Research, University of Cincinnati.

Podkopacz, M. and Feld, B. (2001). The Back-Door to Prison: Waiver Reform, "Blended Sentencing," and the Law of Unintended Consequences. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 91, 997-1072.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual

Roberto Portugal de Biazi

Bacharelado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq “Modernas Tendências da Teoria do Delito”.

Associado ao IBCCRIM.

Orientado por Marco Aurélio Florêncio Filho

Doutorando em Direito pela PUC/SP.

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

Professor da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: Trata este artigo sobre a hipótese de flagrante preparado no crime de tráfico de drogas, chamando a atenção para sua respectiva repercussão no âmbito processual, principalmente no tocante à legalidade da prisão realizada e à licitude da prova obtida. De forma concisa, busca-se apresentar o impacto jurídico causado em decorrência do referido flagrante – reiterar-se, no crime de tráfico de drogas, tendo em vista a pluralidade de condutas previstas no tipo penal em apreço – realizado por agente policial que, outrossim, colheu prova da prática delituosa. Para tanto, recorre-se à principiologia constitucional e processual penal, bem como à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, com apoio, ainda, na doutrina nacional e internacional acerca do tema, com o fim de ponderar os benefícios e/ou prejuízos decorrentes do entendimento a ser adotado.

Palavras-chave: flagrante preparado; tráfico de drogas; processo penal; provas.

Abstract: This article addresses the hypothesis of a prepared flagrant for drug trafficking crimes, focusing on its impact in the procedural framework, especially with regards to the legality of the arrest made, and the legality of evidences obtained. In a concise manner, it seeks to present the legal impact caused as a result of this type of flagrant, made by a police officer who collected evidences of the crime -for drug trafficking. We take into account all the different types of attitudes related to this offense. To this end, we resort to criminal procedure and constitutional principles, as well as the procedures set by the Brazilian legal system, with the support of national and international doctrines on the same subject, in order to consider the strengths and/or weaknesses arising from the understanding to be adopted.

Key words: prepared flagrant; drug trafficking; criminal procedure; evidences.

Sumário: 1. Introdução; 2. Flagrante preparado: conceito, ilegalidade e problemática em relação ao crime de tráfico de drogas; 3. Repercussão processual: da (i)licitude da prova colhida; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo busca, de forma concisa, apresentar ao leitor uma reflexão a respeito de temática frequentemente enfrentada pelos Tribunais brasileiros. Trata-se de hipótese de flagrante preparado, realizado por agente policial – infiltrado ou disfarçado –, no crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06), e o impacto jurídico causado em decorrência de referido flagrante, que repercute, ainda, na licitude ou ilicitude da prova colhida.

Para tanto, cumpre conceituar o flagrante preparado, discorrendo a respeito de sua legalidade ou ilegalidade, chamando a atenção para as ponderações que têm sido feitas, principalmente pela jurisprudência, em casos envolvendo tráfico de entorpecentes.

Em verdade, diante da pluralidade de condutas previstas no tipo penal em apreço, e considerando-se, ainda, que se trata de crime permanente, tem-se admitido a provocação do flagrante. Contudo, a questão exige reflexão mais aprofundada.

Feita esta análise, o estudo se voltará, como dito, à verificação da (i)licitude da prova obtida pelo agente estatal, levando em conta a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e a principiologia constitucional e processual penal, com apoio, ainda, na doutrina nacional e internacional acerca do tema.

Abordar-se-ão assuntos como a verdade real no processo penal e a teoria da proporcionalidade, lembrando as diferenças entre os sistemas inquisitório e acusatório do processo penal.

Certo é que também serão apresentadas as divergências existentes, o que permite sopesar os benefícios e/ou prejuízos decorrentes de cada postura adotada.

2. Flagrante preparado: conceito, ilegalidade e problemática em relação ao crime de tráfico de drogas.

O flagrante preparado ocorre quando há um estímulo, uma indução ou uma provocação (daí ser denominado, também, como flagrante provocado, apesar da tentativa de distinção elaborada por parte da doutrina)¹ à prática, por terceiro, de um crime, justamente para que este possa ser preso.²

LOPES JR.³ esclarece que referido flagrante não passa de uma cilada, uma encenação teatral, tendo em vista que o agente é induzido à prática de um delito por um agente provocador, geralmente um policial ou alguém a seu serviço. Seria, então, um *delito putativo por obra do agente provocador*, hipótese estudada no Direito Penal. Nesse sentido: Gustavo Henrique Badaró.⁴

Portanto, tratando-se de verdadeiro crime de ensaio, configura-se forma irregular de prisão, não tendo valor como peça coercitiva da liberdade.⁵ Ou seja, o flagrante preparado é ilegal.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o flagrante em tela nada mais é do que um caso de crime impossível (artigo 17 do CP), pois não há perspectiva alguma de êxito na consecução do resultado. Ausente, assim, qualquer possibilidade de risco ao bem jurídico tutelado. Daí o teor da Súmula 145 do STF: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

Feitas essas observações, cabe apresentar o que [Lopes Jr.](#) considera um clássico exemplo de flagrante provocado ou preparado: o “policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse

1....Aury Lopes Jr., por exemplo, elabora tal distinção, atribuindo-lhes, contudo, os mesmos efeitos (vide: LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 815-816).

2....BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 230.

3....LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 815-816.

4....BADARÓ, Gustavo. Direito processual penal: tomo II. 2. Ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 186.

5....DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 185-186.

estímulo, realizar a prisão em flagrante (que será ilegal)”.⁶

Entretanto, **Nucci**,⁷ discorrendo sobre o mesmo exemplo anterior, expõe entendimento contrário. Em suas considerações, aponta que o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06,⁸ possui uma pluralidade de condutas puníveis (dezoito, ao todo), previstas no referido tipo legal e, assim, o traficante, ao ser detido pelo agente disfarçado, não será autuado pela venda da substância entorpecente, mas sim porque a trazia consigo ou a guardava em depósito, lembrando que tais condutas configuram crime permanente.⁹

Em que pese o argumento de **Nucci**, que, de fato, encontra respaldo jurisprudencial, não se entrevê motivo razoável para, mediante emprego de método desleal pelo agente público, relativizar os efeitos do flagrante preparado, tornando-o legal pelo simples fato de o crime ser permanente, ou apresentar condutas diversas sujeitas à sanção penal. Afinal, de todo modo, houve, sim, uma indução, uma provocação, para que o indivíduo apresentasse a droga. Ademais, tal reflexão mais parece visar a desclassificação da hipótese de crime impossível (uma vez que se trata de crime permanente), do que justificar a legalidade da prisão efetuada. Não se pode olvidar que a substância tóxica só foi apresentada, com a finalidade de venda, em decorrência da provocação engendrada pelo policial disfarçado, tratando-se, portanto, de uma vontade viciada. Há, assim, indução a erro, sendo certo que o agente provocado somente revelou sua situação por estar atuando sob o engano do provocador.¹⁰

E tudo isso reflete, ainda, na licitude ou ilicitude da prova obtida, o que, por muitas vezes, parece ser deixado de lado quando se trata do tema em apreço. Anote-se que, quando se constata a ilicitude da prova da flagrância, torna-se imperioso o relaxamento da prisão

6....LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 816.

7....NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 596.

8....Artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

9....No mesmo sentido: GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. Prisão em flagrante. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111.

10..BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 265.

em flagrante,¹¹ ato a ser praticado pelo juiz, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.

A seguir, será abordada a repercussão processual da problemática supraexposta, com enfoque, principalmente, na licitude ou ilicitude da prova colhida.

3. Repercussão processual: da (i)licitude da prova colhida.

No Direito Processual Penal, diferentes modos de construção do conhecimento já foram admitidos, estabelecendo-se uma íntima relação entre regime legal das provas e o sistema processual adotado¹² (inquisitório ou acusatório). Contudo, certo é que, na atual sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, conforme destaca Brito, “o processo penal não pode ser olvidado como um dos instrumentos que é de garantia do Estado Democrático de Direito”.¹³

Voltando à corrente que considera legal o flagrante preparado no crime de tráfico de drogas, argumenta-se, ainda, que o agente provocador, ao induzir o agente provocado a praticar determinada ação (no caso, apresentar a substância entorpecente), visa descobrir a *real* autoria e materialidade de um crime, anterior ou em estado de permanência,¹⁴ como ter em depósito, ou trazer consigo a droga, por exemplo. Tal colocação mais se aproxima do sistema inquisitório, perseguidor da verdade a qualquer custo, inclusive mediante violação de direitos e interesses individuais, do que do sistema acusatório, de conteúdo ético, que se associa às observações feitas no parágrafo anterior.

Pertinente, nesse sentido, a colocação de Lopes Jr. sobre a verdade real: “o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material e consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato

11..GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. Prisão em flagrante. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 110.

12..LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 539.

13..BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 261.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 596.

para o imputado”.¹⁵

Além disso, a Constituição Federal assegura a inadmissibilidade processual da prova ilícita, impondo limites a essa busca pela verdade, que não deve – muito menos pode – representar um fim a ser atingido a qualquer custo. Tanto no processo quanto na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto os meios.¹⁶

E, na problemática exposta, parece não restar dúvida de que o policial, disfarçado, ao induzir o agente a apresentar a droga, obtendo prova contra o mesmo, o induz a erro, praticando uma conduta desleal. Aliás, saliente-se que, pelo princípio da não autoincriminação, o acusado está protegido das situações condicionadas por um erro provocado pelo Estado.¹⁷ Portanto, tal princípio sofre grave ofensa na hipótese em estudo.

Outrossim, o engano, facilitado pelo Estado, por si só, lesiona direitos fundamentais como a intimidade e a autodeterminação informativa, previstos no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.¹⁸ Por sinal, cumpre mencionar que direitos fundamentais como o da não autoacusação e da amplitude de defesa também são violados.

Por sua vez, com o escopo de tornar inadmissível a prova obtida, tem-se invocado a “doutrina da armadilha” (*entrapment doctrine*), que, em sua essência, assemelha-se ao entendimento sumulado na Súmula nº. 145 do STF, já mencionada.

O fundamento da *entrapment* está em preservar a pureza das instituições e os seus processos, bem como o *due process*, que impõe a lealdade substancial no processo. Rechaçam-se, assim, os meios de investigação desleais e ilícitos, como a provocação da conduta

15..LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 566.

16..BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 206-207.

17..AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, in: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar. Las prohibiciones probatorias. Bogotá: Temis, 2009. p. 86.

18..BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1. p. 262.

criminosa pelo policial, priorizando-se a manutenção dos direitos fundamentais,¹⁹ o que, em casos como o analisado no presente artigo, não ocorre.

Em que pese a doutrina e a jurisprudência internacionais, em países como Espanha, Alemanha e Portugal, descartarem a possibilidade de admissão da prova obtida em casos similares,²⁰ no Brasil, a situação é diversa.²¹

Pela validade da prova, com o fim de justificar a violação de um direito fundamental, pugna-se, ainda, pela aplicação da teoria da proporcionalidade ou da ponderação de interesses.²²

Tal argumentação é no sentido de que os direitos individuais devem ceder frente à supremacia do interesse público.

Em aguçada crítica, [Lopes Jr.](#) afirma tratar-se de “*uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro*”

19..SOUSA, Susana Aires de. *Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 1228-1229.

20..Recomenda-se observar exemplos apresentados em: BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). *Crime Organizado*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 266.

21.. Vide decisão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região (TRF 3.^a Região – Apelação n. 35261 – Processo n. 2007.60.00.008944-2 – Relator Desembargador Cotrim Guimarães – 2^a Turma – Data do Julgamento: 20/10/2009): “PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 33, CAPUT, E ART. 35 DA LEI N. 11.343/06. AGENTE INFILTRADO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSNACIONALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. RÉ MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. CONFISSÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. RESTITUIÇÃO DO BEM. NEGADA. 1. Na espécie, não se verifica a ocorrência de flagrante preparado e tampouco de ilicitude da prova. 2. A figura do agente infiltrado é prevista em lei, sendo que mais precisamente no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, a Lei n. 11.343, de 23.08.2006, a prevê no inciso I do seu artigo 53, para fins de investigação do delito. Assim, no caso em comento, o policial civil infiltrado na associação criminosa, atuou amparado pelo referido dispositivo legal, bem como com autorização judicial (fl. 06 do apenso), daí a licitude de sua conduta. 3. O dolo de praticar o tráfico de drogas não foi provocado nos agentes pelo investigador, inexistindo qualquer indício, nos autos, que infirme esta conclusão. 4. O artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, trata de crime de ação múltipla, para cuja configuração basta a realização de qualquer um dos núcleos verbais. Na hipótese, pode-se vislumbrar, ao menos, a realização dos verbos “expor a droga a venda”, “importar”, “transportar” e “trazer consigo”, situação que afasta a aplicação da Súmula n. 145 do STF [...]”.**

22.. BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). *Crime Organizado*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1. p. 269.

(*senão interesseiro*) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder”.²³ E, em sede processual penal, acabou-se trazendo a proporcionalidade, transformando-se em verdadeiro meio de relativização de todas as garantias constitucionais do acusado.²⁴

Deve-se entender, ademais, que pela atual complexidade das relações sociais, essa dualidade cartesiana (público – privado) reducionista já está superada. E, em matéria penal, “*todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais*”.²⁵

Trazendo o debate à sua aplicabilidade no caso estudado no presente artigo, o interesse a prevalecer, segundo a corrente que entende admissível a prova colhida, deve ser o da correta aplicação da justiça. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, impõem-se limites – constitucionalmente previstos – nessa perseguição.²⁶

Sobre a proporcionalidade, aliás, lúcido o voto proferido pelo então Ministro Eros Grau, no Supremo Tribunal Federal, refletindo sobre relativizações indevidas de direitos e garantias fundamentais.²⁷

Nesta senda, é de suma importância que haja uma ética do processo penal, pois não há espaço para se aceitarem métodos

23..LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

24..BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 43.

25..LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

26..BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 270.

27..STF, HC n. 95.009-4/SP, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/11/2008, m.v., itens 34 e 35 do voto. Ressalta-se o seguinte trecho, cuja citação deve ser objeto de reflexão: “[...] esse falso princípio [da proporcionalidade] estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. [...] Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, a ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. [...] Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie”.

investigativos fraudulentos e inquisitoriais,²⁸ como a indução, a provocação do agente à prática de um crime, só para que assim seja possível prendê-lo e produzir prova contra o mesmo. Ademais, como já apontado, tal conduta lesiona diversos direitos fundamentais, tornando de difícil aplicação a teoria da proporcionalidade.

5. Conclusão

Tendo em vista a sistemática do ordenamento jurídico nacional, sob a ótica das garantias constitucionais e penais (processuais ou materiais), o Estado não poderá se valer da prova obtida em decorrência do flagrante preparado pelo agente policial.

Resta claro que, dentre os benefícios e prejuízos das posturas apresentadas, aquela que entende pela admissibilidade da prova, não obstante justificar-se na correta aplicação da justiça, acaba causando graves danos a garantias e direitos fundamentais, o que é inadmissível.

Além disso, “*é um contrassenso e aberração jurídica permitir que o Estado atue ilegalmente, sob pena de negar sua própria existência*”.²⁹

Ademais, anote-se que há todo um aparato estatal capaz de, mediante emprego dos mais diversos meios previstos em lei (como, por exemplo, emissão de mandado de busca e apreensão, realização de interceptação telefônica etc.), realizar eficazmente a persecução penal. Daí a necessidade de compreender que admitir a prova obtida a partir de indução a erro, realizada por agente público, traz prejuízos consideráveis.

E é inaceitável que um Estado Democrático de Direito cada vez mais distante do sistema inquisitório se coadune com uma postura enganosa. Seria retornar a um Estado policialesco, em que “os fins justificam os meios”.

Portanto, conclui-se, ao ponderar os benefícios e prejuízos decorrentes das posturas expostas ao longo deste artigo, que a inadmissibilidade da prova colhida soa mais adequada e garantidora dos direitos fundamentais.

28..BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 270.

29..BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 176.

6. Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, in: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar. Las prohibiciones probatorias. Bogotá: Temis, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo. Direito processual penal: tomo II. 2. Ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: Ana Flavia Messa; José Reinaldo Guimarães Carneiro. (Org.). Crime Organizado. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. Prisão em flagrante. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUSA, Susana Aires de. *Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.

Vadiagem: efeitos revogados de uma contravenção que vigora

Raquel Rachid

Bacharelada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Bacharelada em História pela Universidade de São Paulo.

Orientada por Humberto Barrionuevo Fabretti

Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Advogado Criminalista.

Resumo: A contravenção de vadiagem é resultado de movimentações históricas que compuseram a mentalidade nacional por um longo período, pairando pelo imaginário social e o constituindo. Logo, para que se entenda a razão de sua existência é necessária a análise desses fatores, os quais não se aplicam à realidade em que vivemos; ou, que ao menos, não deveriam ser considerados. Fizeram parte de uma época e, em seu cenário, não se mostraram inconvenientes, já que peculiares à dinâmica do momento. Todavia, tendo o tempo acrisolado e aparado arestas que refletem no campo jurídico, não se entende por possível a manutenção do disposto no art. 59 do Decreto n.º 3.688/41, previsão a qual encontra-se na iminência de ser extirpada do ordenamento.

Palavras-chave: contravenção; vadiagem; trabalho; história; direito.

Abstract: Vagrancy, which can be considered a misdemeanor, is the result of historic movements and was part of the national mentality for a long period of time, hovering over the social imagination and becoming part of it. So, in order to understand the reason why it exists it's necessary to analyze all these factors, which do not apply to the reality in which we live now or at least, should not be considered. It was part of a different moment in time and was not considered inconvenient in those scenarios, but rather particular to the reality of those times. However, time has brought changes that also affected the legal realm and we believe that what is established in article 59 of Decree n. 3.688/41 should not possibly be maintained, this provision is about to be eliminated from the legal system.

Key words: Misdemeanor, vagrancy, work, history, law.

Sumário: 1. Introdução ; 2. Contravenção; 3. Aspectos histórico-legais; 4. Século XIX; 4. Vadiagem; 6. Projeto de Lei; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Está prevista, no art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941, a contravenção relativa à conduta de vadiagem, *in verbis*: “*Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, em ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita*”.¹

Sendo propósito deste estudo o entendimento dos motivos pelos quais essa disposição foi estabelecida, bem como o porquê de prosperar até agora, será necessária a compreensão de aspectos relativos à sociedade brasileira do início do século XX, bem como alguns institutos do Direito Penal.

2. Contravenção

A adoção do sistema bipartido pelo nosso ordenamento jurídico vigente permite que se organizem dentro de um gênero chamado de *infrações* as espécies *crime* – ou delito – e *contravenção*.²

Sendo assim, entende-se por contravenção, conforme o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, “*a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”.³

O JECRIM, criado pela Lei 9.099/2005, é o órgão competente para apreciação das infrações de menor potencial ofensivo, dentre as quais as contravenções estão inseridas (art. 61 do CP).

3. Aspectos histórico-legais

Com o advento da proclamação da República, houve a necessidade de se substituir as Ordenações do Reino por um ordenamento

1.... BRASIL. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

2.... GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

3.... BRASIL. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

jurídico nacional, inclusive no âmbito criminal. Surge na órbita jurídica, então, o Código Penal do Império do Brasil de 1830,⁴ que já continha previsão contrária aos tunantes:

“Art. 295. Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e util, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente”.

Mais de três décadas depois, ainda na vigência do referido diploma, nota-se a abolição dos escravos no Brasil. No próprio ano de sua ocorrência, em 1888, surge uma proposta de lei à Câmara dos Deputados pelo Ministro da Justiça – Ferreira Vianna, o qual imaginava que o número excessivo de libertos, sem emprego e sem moradia, era fator potencial ao aumento da criminalidade; isso devido ao ócio que experimentavam.⁵

Passados dois anos, entrou em vigor o Código Penal de 1890,⁶ que mantém o caráter geral da disposição relacionada à repressão daquele que, sendo apto para o trabalho, não o faz porque não quer:

“Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de ocupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes”.

Após essa última disposição, verifica-se novo tratamento da matéria apenas em 1941, por meio do Decreto-lei 3.688, já que o Código Penal de 1940 não traz a questão dos ditos vadios em seu texto; não trata das contravenções e não eleva essa infração a crime pela dificuldade de defini-lo em critérios objetivos,⁷ bem como por representar menor potencial lesivo à sociedade.

Nota-se, entretanto, que em 1941 já não prospera o elemento “falta de domicílio” para que reste configurada a infração. De acordo

4.... O Código Penal do Império do Brasil de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 9 mar. 2013.

5.... SILVA, Anne Cacielle Ferreira da. *Reprimendo a ociosidade: legislação e controle social no pós-abolição*. Disponível em: <www.historia.ufpr.br/monografias/2009/2_sem_2009/resumos/anne_cacielle_ferreira_silva.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2013.

6.... O Código Penal de 1890. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 9 mar. 2013.

7.... FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958. p. 197.

com [Bento de Faria](#),⁸ não é vadio quem vagueia; pode-se percorrer o mundo como nômade desde que se tenha renda à subsistência.

Ademais, é o não exercício voluntário de alguma profissão o elemento realmente essencial à análise desse tipo. Ou seja, o infrator é aquele que tem condições para o trabalho e vive o ócio sem ter como se sustentar.⁹

Devemos considerar as influências da virada do século XIX para o século XX no que tange às razões para a manutenção dessa preocupação na norma disciplinadora das contravenções, já que esse período histórico guarda muitos detalhes fáticos importantes para que se associe a edição da nova legislação das contravenções com o mantimento da previsão contrária aos desocupados.

Sendo a modernização a preocupação que rege as políticas públicas no início do século XX no país, diante do que se pode nomear “iniciativas civilizacionistas”, mostrar-se-á a forte ligação presente entre essa tendência e a previsão da infração penal em comento.

4. Século XIX

*“Durante a Primeira República os debates sobre saúde adquiriram maior conotação fora dos restritos círculos médicos e ganharam as páginas dos periódicos das grandes cidades, passando a constituírem-se como fatos importantes no âmbito das discussões sobre os rumos da construção da nacionalidade brasileira”.*¹⁰

Tendo a saúde sido posta como agente transformador de uma sociedade avaliada doente, a nova ordem, que visava à civilização, passou a ser estabelecida por meio da conjugação entre aspectos médicos e legais.

A proposta era o estabelecimento de uma sociedade aos padrões europeus de desenvolvimento. Todavia, grande parcela desse todo social era considerada degenerada em virtude de “vícios”, tais quais o alcoolismo, a prostituição e a vadiagem; que, inclusive, representavam um perigo à medida que impulsionavam a criminalidade.

8....Idem, ibidem, p. 198.

9....Idem, p. 199.

10..PAULA, Richard N. O pensamento psiquiátrico na Primeira República. *Revista Cantareira*. Disponível em: <www.historia.uff.br/cantareira/novacantareira/artigos/edicao6/pensamento_psiquiatrico.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2013.

Nesse sentido, são as palavras de [Elizabeth Cancelli](#): “*Mendicidade, vagabundagem, roubos, lesões corporais, estupros, atentados contra o pudor, incestos, incêndios e suicídios estavam relacionados com a perversão dos costumes e do caráter, provocada pelo álcool, pela relaxação de costumes, pelo desdém das conveniências, pelo abandono das ocupações, pelo egoísmo, pela brutalidade, pela incapacidade para o trabalho e, por fim, pela demência*”.¹¹

Tratava-se de povo bom que estava ruim, um povo forte que estava doente e precisaria ser curado. Uma nação que apontava para o futuro, o qual só poderia ser alcançado através da modernização.

Em texto escrito por [Nísia Trindade Lima](#) e [Gilberto Hochman](#),¹² pode-se ter noção do que pairava no imaginário social: “*O brasileiro era indolente, preguiçoso e improdutivo porque estava doente e abandonado pelas elites políticas. Redimir o Brasil seria saneá-lo, higienizá-lo, uma tarefa obrigatória dos governos.*”

O Estado, então, deveria tomar uma postura com relação a essa situação e estabelecer métodos de controle das práticas sociais; normas direcionadas à limitação da ação pública e à extensão dos valores sanitários. Padrões aos quais todas as camadas pudessem adequar-se visando ao bem comum.

Todo esse movimento tendia à reforma europeizante. Assim, na tentativa de tornar “civilizados” os “bárbaros”, estabeleceu-se sanções para condutas que ferissem a moralidade sem se considerar que a proposta do Direito não é essa, haja vista a notória separação entre Moral e Direito.

[Paulo Dourado de Gusmão](#)¹³ caminha nessa mesma direção: “*O dever moral não é exigível por ninguém, reduzindo-se a dever de consciência, ao tu deves, enquanto o dever jurídico deve ser cumprido sob pena de sofrer o devedor os efeitos da sanção organizada, aplicada pelos órgãos especializados da sociedade. Assim, no direito, o dever é exigível, enquanto na moral não*”.

11.. CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. São Paulo: Humanidades, 2001. p. 156.

12.. LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitário da Primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: FioCruz, 1996. p. 23.

13.. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 71.

Em virtude do cenário de crescimento potencial e desejada modernização, a solução seria higienizar as camadas díspares do paradigma europeu tendo como base o diadema de serem as “doenças o problema crucial para a construção da nacionalidade”.¹⁴

Com a propositura das reformas sanitárias houve, além da coercibilidade moral, a remodelação do espaço público. Ainda mais porque o Brasil representava local alvo de investimentos estrangeiros¹⁵ e o Rio de Janeiro – sua capital –, o progresso nacional e a modernização. Dessa maneira, tentava-se camuflar a debilidade urbanística geral.

A cidade é atingida por movimentos europeus, pela ânsia de equiparação aos padrões do Velho Mundo, e, dessa forma, os traços da Europa são reproduzidos tanto na arquitetura, quanto na sociedade, que é regida por uma legislação altamente determinada pelos enfoques civilizatórios.

A nova realidade traz consigo novos modos de ação e, assim, a Administração Pública toma para si a tarefa de orientar a ocupação urbana,¹⁶ sendo uma de suas principais missões a de limpar a realidade insalubre e implantar um padrão de vida higiênico tanto por meio das demolições em massa quanto das obras de remodelação.¹⁷

Mesmo que essa imitação da Europa esbarrasse ou não na mitigação da liberdade, o que importava era condicionar os menores núcleos da sociedade – as famílias – à obediência de preceitos morais.

Logicamente, os mais afetados pela intromissão do Poder Público no âmbito privado foram os mais pobres, já que seus padrões de vida eram significativamente opostos ao que se desejava implantar. Aliás, a pobreza era considerada fonte da criminalidade, inclusive, e nisso, nota-se tom agudo de discriminação.

14.. LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da Primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). *Raça, ciência e sociedade* cit., p. 25.

15.. SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 39.

16.. CARVALHO, Lia de Aquino. *Contribuição ao estudo das habitações populares: Rio de Janeiro 1886 - 1906*. São Paulo: Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, 1995. p. 120.

17.. ROCHA, Porto Oswaldo. *A era das demolições: cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 1995. p. 69.

Evaristo Moraes assevera que a ausência de educação nas camadas mais pobres da sociedade acaba por conduzi-las à criminalidade: *“Ninguém nega que a falta de educação dessas classes favorece a produção da criminalidade de origem alcoólica porque, entre elas, não se opôs à ação do álcool a reação da cultura, da educação moral, da tradição familiar e de outros freios inibitórios”*.¹⁸

4. Vadiagem

Sob a influência do pensamento até agora exposto, o qual se propagou durante algum tempo, é que se concebe a instituição do tipo contravencional de vadiagem. Analisando essa disposição de forma não anacrônica, entende-se que visava à mobilização da população quanto à necessidade de ser um cidadão produtivo a fim de colaborar com o crescimento do país e, assim, não o onerar em virtude da indisposição para o trabalho.

Dessa maneira, e de acordo com a mentalidade do momento, o indivíduo não seria ocioso e não estaria no nível da miséria. Assim, não seria incentivado, indiretamente, à prática de infrações pela falta do que fazer ou pela necessidade de suprir suas carências materiais.

José Duarte comenta a Lei de Contravenções Penais em 1958 e define o que segue pelo prisma de defesa da sociedade:¹⁹ *“A vadiagem, que corresponde à vagabondage dos franceses, é a vida errante, aventureira, ociosa, sem teto, sem recursos, sem trabalho, indiferente e conformada com a miséria. Constitui-se por isto mesmo um modo de vida ameaçador da ordem social; um estado de perigo, contrário aos bons costumes”*.

Esse mesmo autor aduz à legislação como uma expressão das necessidades políticas e sociais em determinado instante da história da humanidade e, naquele instante, acreditava-se que no âmbito da vadiagem é que os vícios se multiplicavam.

Conforme relatório apresentado ao secretário da Justiça pelo Dr. chefe de Polícia **Theodoro dias Carvalho Júnior**: *“eram comuns as medidas policiais que promoviam a prisão dos vadios e a deportação de estrangeiros. Somente em 1894, em São Paulo, foram acusados de vagabundagem 194 pessoas e deportados três estrangeiros que, embora gatunos de profissão, foram expulsos como*

18.. MORAES, Evaristo. *Ensaio da pathologia social*. Rio de Janeiro: Livraria Saraiva de Leite Ribeiro & Maurillo, 1921.

19.. DUARTE, José. *Comentários à Lei de Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 271.

vagabundos”.²⁰

“Não é unicamente a ociosidade que a lei reprime, mas o estado de vadiagem, por motivo da periculosidade, que pode ser meramente social ou criminal”.²¹

Então, relacionando-se com a era da patologia, a vadiagem deveria ser saneada para que a máquina brasileira pudesse girar rumo ao futuro promissor sem engrenagens que não apoiassem o todo social.

6. Projeto de Lei

No ano de 2004, o ex-deputado federal e atual ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, propôs à Câmara dos Deputados a revogação do art. 59 da Lei de Contravenções Penais, propugnando pela extinção do tipo contravencional de vadiagem.²²

Tal proposta, o Projeto de Lei 4.668, foi aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 8 de agosto de 2012 e encaminhada para votação no Senado a fim que seja expurgada de nosso ordenamento a possibilidade de se punir alguém pelo não exercício de atividade profissional.

A mesma medida já havia sido proposta em 2001, pelo deputado Marcos Rolim. Todavia, foi arquivada em 2003 com supedâneo no art. 105 do Regimento Interno da Câmara.

Na justificativa para o pedido de revogação do art. 59 do Decreto-lei 3.668, Cardozo afirma ser injusta a punição àquele a quem a própria sociedade já condenou à miséria e à falta de condições. Ainda mais tendo a restrição da liberdade como pena à incidência nesse tipo penal.

Não há equivalência entre a suposta infração e sua pena, o que demonstra clara lesão ao princípio da razoabilidade em uma de

20.. Apud CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei* cit., p. 160.

21.. FARIA, Bento de. *Das contravenções penais* cit., p. 197.

22.. O ex-deputado federal e atual ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, propôs à Câmara dos Deputados a revogação do art. 59 da Lei de Contravenções Penais, propugnando pela extinção do tipo contravencional de vadiagem. Disponível em: <noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/2012/08/08/camara-aprova-fim-do-crime-de-vadiagem-proposta-sera-analisada-pelo-senado.html>. Acesso em: 04 mar. 2013.

suas facetas: a proporcionalidade.

*“Enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias”, a proporcionalidade “determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos”.*²³

Sobre essa questão, comenta [Beccaria](#): *“Portanto, os obstáculos que afastam os homens dos crimes devem ser mais fortes na mesma dimensão em que os delitos são mais prejudiciais à sociedade e também na dimensão dos impulsos que impelem os homens aos crimes. Dessa forma, deve haver uma proporção entre os delitos e as penas”.*²⁴

Nota-se que, inclusive, porção dessa desproporcionalidade já foi reconhecida pelo legislador da Lei 12.403/2011, por meio da revogação do inc. II do art. 323 do Código de Processo Penal de 1941, cujo texto versava sobre a não concessão de fiança aos infratores os quais incorressem na contravenção de vadiagem.

Nos dias atuais, não basta apenas o fato de o indivíduo se dispor a trabalhar para que consiga um emprego. Dessa forma, muitos seriam os punidos por não exercerem profissão, mesmo que quisessem; ou seja, o próprio sistema gerador da falta de absorção do trabalhador pelo mercado, seria seu algoz.

7. Conclusão

O modo de se conceber certa questão em determinada sociedade torna-se muito peculiar se conjugado com a época em que isso se dá, em razão das influências a que se expõe certa comunidade ou mesmo os acontecimentos que condicionam o imaginário e o consciente coletivo. Logo, essa mesma questão pode tomar contornos totalmente diferentes quando diversos forem esses elementos.

Rousseau defendia a concepção de não haver perfectibilidade evolutiva em apenas um sentido, ao que atenta para a virtude dos

23.. PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 89-90.

24.. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Cone, 2006. p. 41.

homens civilizados ocidentais e também para seu vício e decadência.²⁵

De acordo com essa assertiva, entende-se que cada sociedade temporal possui convicções que tanto vão ao encontro da maior contemplação aos direitos humanos quanto à sua limitação em qualquer outro aspecto. É possível que não se caminhe só para a excelência de acordo com a evolução histórica da humanidade.

Dáí por que não se pode olhar para o passado com o olhar do presente somente, pois se comete o erro do “olhar anacrônico”. Seria como um ancião, que já experimentou uma situação específica, zombar de um jovem que ainda não conhece as eventuais consequências de sua atitude.

Pode-se, sim, formular críticas ao que foi estabelecido outrora, na tentativa de se melhorar a condição de vida de certa sociedade. O que estará também submetido a uma análise, *a posteriori*, por alguém no futuro; assim dá-se a evolução.

Portanto, tendo-se no Direito Penal o instrumento coercitivo de proteção a bens jurídicos de extrema importância, entende-se não haver motivo para a penalização dos ditos vadios. Pois, como já se expôs, trata-se de uma questão enraizada na moral e que não deve ser tutelada pelo Direito.

Além disso, vê-se no tipo contravencional de vadiagem não a proteção a bem jurídico, mas o ataque à liberdade do indivíduo, que é direito fundamental de primeira geração; relativo à individualidade que “*fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII*”.²⁶

O fato de não se querer trabalhar não é razão suficiente para que alguém sofra com penalidade descabida e que, ainda, acaba por submeter indivíduos que não conseguem trabalho a uma situação vexatória perante a sociedade.

Ademais, mesmo se olharmos pelo prisma da concepção dessa contravenção, a saber a prevenção de outras infrações pelo estado de ócio do indivíduo, estar-se-á punindo aquele que nem chegou a cometer ato ilícito. Em outras palavras, haverá produção de injustiça

25..SCHWARCZ, Lilia Moritz. As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX. O contexto brasileiro. In: _____; QUEIROZ, Renato Silva (Orgs.). *Raça e diversidade*. São Paulo: Edusp, 1996. p. 161.

26..SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 176.

ao dar a alguém aquilo que não merece.

Hoje, por meio da assistência social, inclusive, proporciona-se meios de subsistência ao indivíduo que não consegue seu próprio sustento e precisa do Estado para ampará-lo. Logo, nota-se nova incoerência, posto que, tacitamente, o Estado não estaria se dispondo a punir o mesmo indivíduo que auxilia.

Sendo uma questão em nítida incongruência com nossa realidade e ordenamento jurídico, tal disposição tarda a perder seus efeitos sancionatórios.

Conclui-se, pois, à voz dada por Marcos Valente a um malandro em *O Estado de S. Paulo*, de 18 de janeiro de 1980: “*não ofendo nenhum dos direitos dos meus cônscios de civilização, respeitando-lhes todos, como faço, tenho o direito de empregar o meu tempo e de dispor do meu bento corpinho como entender melhor*”.

8. Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Cone, 2006.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

_____. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. São Paulo: Humanidades, 2001.

CARVALHO, Lia de Aquino. *Contribuição ao estudo das habitações populares: Rio de Janeiro 1886 – 1906*. São Paulo: Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, 1995.

DUARTE, José. *Comentários à Lei de Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitaria da Primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: FioCruz, 1996. p. 23.

MORAES, Evaristo. *Ensaio da pathologia social*. Rio do Janeiro: Livraria Saraiva de Leite Ribeiro & Maurillo, 1921.

O Código Penal do Império do Brasil de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 9 mar. 2013.

O Código Penal de 1890. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 9 mar. 2013.

O ex-deputado federal e atual ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, propôs à Câmara dos Deputados a revogação do art. 59 da Lei de Contravenções Penais, propugnando pela extinção do tipo contravençional de vadiagem. Disponível em: <noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/2012/08/08/camara-aprova-fim-do-crime-de-vadiagem-proposta-sera-analisada-pelo-senado.html>. Acesso em: 04 mar. 2013.

PAULA, Richard N. O pensamento psiquiátrico na Primeira República. *Revista Cantareira*. Disponível em: <www.historia.uff.br/cantareira/novacantareira/artigos/edicao6/pensamento_psiquiatrico.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2013.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

ROCHA, Porto Oswaldo. *A era das demolições: cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 1995. p. 69.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX. O contexto brasileiro. In: _____; QUEIROZ, Renato Silva (Orgs.). *Raça e diversidade*. São Paulo: Edusp, 1996. p. 161.

SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, Anne Cacielle Ferreira da. *Reprimendo a ociosidade: legislação e controle social no pós-abolição*. Disponível em: <www.historia.ufpr.br/monografias/2009/2_sem_2009/resumos/anne_cacielle_ferreira_silva.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

O amante da rainha

Alessandra Ramos de Souza

Bacharelada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: Artigo escrito em forma de ensaio sobre o filme O Amante da Rainha, de Nicolai Arcel. A escolha do filme se deu pela importância do movimento histórico para o estudo do Direito, principalmente em razão da retratação do fenômeno histórico e filosófico do Iluminismo e a sua relação com as ciências jurídicas, inclusive com a própria concepção de direito subjetivo

Palavras-chave: O amante da rainha; iluminismo; Nicolai Arcel; Dinamarca; Oscar 2013.

Abstract: This paper was written as an essay based on the film “A Royal Affair”, by Nicolai Arcel. The reason why this film was chosen was because of the importance of the historical movement for the study of law, especially the portrait of the historical and philosophical phenomenon of the Enlightenment and its relation with legal sciences, including the very concept of subjective law.

Key words: A Royal Affair; enlightenment; Nicolai Arcel, Denmark; the 2013 Oscars.

O filme se inicia com uma atmosfera peculiar: uma carta. Tal documento é destinado aos filhos da rainha caída, que a escreve para lhes contar sobre sua vida, e os motivos que a levaram a deles se separar. Um pedido de perdão e compreensão.

E, neste envolvimento, o filme O Amante da Rainha (Dinamarca, 2012) leva os espectadores ao século XVI retratando a história (e envolvimento amoroso) da então rainha, Carolina Matilde com o médico de seu marido, o rei Christian VII da Dinamarca. Poderia ser apenas um filme sobre as desventuras amorosas da nobreza, mas o pano de fundo é particularmente interessante: o nascimento do Iluminismo, o pensamento que lograva retirar a humanidade da escuridão e levar à luz da Razão.

Criada desde a tenra infância para se casar com Christian VII, Carolina foi educada para atuar tal qual uma rainha. Sua educação se deu afastada da Corte inglesa, e diz-se que apesar de não ser dona de beleza estética, possuía atributos que a destacavam: inteligente, falava fluentemente francês, italiano e alemão, e no filme, possuía talento especial ao tocar piano. Interpretada pela atriz [Alicia Vikander](#),

a rainha assume uma bela aparência, mas a atuação a mantém forte e distante, retratando-a como uma pessoa de pouco tato social.

Familiarizada com a leitura, sofre ao chegar à Dinamarca e ter seus livros confiscados pela Censura, a qual considera as obras “inapropriadas”. A partir deste momento, a vida de Carolina torna-se uma clausura, agravada pela condição mental do rei Christian VII (interpretado pelo ator [Mikkel Boe Følsgaard](#)). Muito embora a atuação de [Mikkel](#) tenha representado alguns momentos de comédia durante a película, imagine-se um casamento arranjado com um rei, cuja mentalidade se assemelha a de uma criança, tornando-o facilmente manipulável pelos membros da nobreza e clero.

Com o agravamento da doença do rei, ele é aconselhado a ter um médico particular para tratar-lhe. Surge então Johann Friedrich Struensee ([Mads Mikkelsen](#)), o qual, graças à sua inteligência e articulação, facilmente tornou-se o escolhido do rei. Para tal fato, também foi necessária a intermediação de membros da nobreza, que abolidos do convívio com a Corte, viam na indicação e possível nomeação do médico seu passaporte de retorno ao palácio real.

Menosprezada pelo rei e observada pelo médico, logo se firmou o cenário inicial para o caso amoroso que chocou a Dinamarca do século XVI. Dessa relação nasceu uma menina, mas é no intervalo entre o desenvolvimento do relacionamento e a concepção da criança que se operam as mudanças ideológicas mais interessantes observadas pelo filme.

Percebendo a influência que Struensee possui sobre Christian, Carolina o aconselha a melhor usar de sua possibilidade. Não tardaria para que o rei, seduzido pelo médico, iniciasse uma série de reformas de linha Iluminista, como a vacinação obrigatória, uma medida controversa, mas impensável à época (pois significava desembolsos da nobreza para o custeio da saúde do povo) e a construção de uma rede de esgoto na cidade. Tais medidas, por óbvio, desagradavam aos nobres e ao clero, pois viam nelas uma despesa desnecessária e, a curto prazo, tais classes viram suas benesses reduzidas para custear tais obras.

Uma rede de intriga então se forma, e o caso da rainha com o doutor se torna uma arma para aqueles que o desejam longe da Corte, e, principalmente, para aqueles que não querem que ocorram mudanças na sociedade dinamarquesa. “Há algo de podre no reino da Dinamarca”, já dizia [Shakespeare](#).

Interessante observar o desenvolvimento do Iluminismo, e o que ocorreu no reinado dos daneses. É possível traçar paralelos, pois o poder e a influência da comunicação se fazem presentes desde aquela época. Ao enfatizar o caso extraconjugal da rainha, as conquistas do pensamento iluminista daquele período são colocadas à prova, e, claro, sucumbem.

O pensamento iluminista é um dos responsáveis pela “*reflexão sobre as possibilidades do indivíduo em face do Estado, engendra toda uma tradição a respeito dos direitos (surgindo assim a noção moderna de direito subjetivo), abrindo-se campo para as reflexões filosóficas modernas especificamente do direito*” (MASCARO, 2010, p. 135). Representa a luta da classe burguesa contra os privilégios absolutistas, e traz uma importante discussão sobre o papel do Estado, os limites de seus poderes e governo.

Era o pensamento que a soberania não era algo pertencente ao monarca, mas uma manifestação do povo, e para o povo. Tratava da separação da instância política e religiosa, já que esta última era o sustentáculo do Absolutismo e oráculo repetitivo do poder divino atribuído aos reis.

O ponto mais emocionante do filme é o momento em que se retrata a tortura que foi infligida ao Doutor Struessen. Como uma de suas medidas, calcadas no pensamento Iluminista, foi baixado decreto que proibia tal prática como método de obtenção de confissão dos presos. Afastado dos privilégios reais, o médico, preso, é torturado e seus algozes fazem questão de ressaltar que ele havia proibido a tortura, mas, agora, ela estava novamente instituída.

E o pensamento iluminista sobre tais práticas é claro nas palavras de Beccaria: “*Quando se reflete sobre todas essas coisas é que se é forçado a reconhecer com amargura que a razão quase nunca tem sido consultada nas leis que se deram aos povos*”. Um exemplo de avanço nas políticas criminais durante o período Iluminista foi o repúdio à tortura como método de investigação.

Salvaguardada pela sua origem nobre, é nas memórias da rainha Carolina que observamos o desenlace desta história. As conquistas do Iluminismo eram notadas por toda a Europa e a Dinamarca já tinha alcançado o *status* de uma nação à frente de seu tempo, e seu rei, Christian VII, uma pessoa ainda mais amada pelo seu povo, embora a Casa de Oldemburgo já gozasse de grande aceitação de seus súditos.

Acometida pela febre escarlate, abatida pela execução daquele a quem amara, afastada do convívio com seus filhos, a rainha narra todos os fatos na epístola, na esperança de que seus filhos, lendo-a em idade adequada para a compreensão, possam perdoá-la por tê-los abandonado (ou sido obrigada a abandoná-los).

Muito embora o filme esteja demasiado focado em uma visão romantizada dos fatos, é válido pela leitura de uma revolução filosófica que interessa não somente ao Direito, mas a todas as áreas sociais das ciências humanas.

As crises e dificuldades para a solidificação do pensamento iluminista talvez se repitam ainda hoje, se observarmos a forma como os meios de comunicação tendem a transmitir informações parciais, carregadas de uma semântica preconceituosa, que muitas vezes perpetua ou justifica a desigualdade como algo natural, quando é um produto social que interessa a alguns.

Podemos atribuir o romantismo à liberdade poética de que o cinema se faz valer, e aproveitar o filme sem receio, pela sua bela fotografia e atuações marcantes. Indicado ao Oscar de melhor filme estrangeiro de 2013, encontrou-se com outro filme difícil de superar e não levou a estatueta. Mas convenhamos, perder para Amor não é um caso crítico. Fica o destaque para o ator [Mikkel Boe Følsgaard](#), grata surpresa no filme.

Ficha técnica

Diretor: Nicolaj Arcel;

Elenco: Alicia Vikander, Mads Mikkelsen, Mikkel Boe Følsgaard;

Produção: Meta Louise Foldager, Sisse Graum Jørgensen, Louise Vesth;

Roteiro: Nikolaj Arcel, Rasmus Heisterberg;

Fotografia: Rasmus Videbaek;

Trilha Sonora: Cyrille Aufort, Gabriel Yared;

Duração: 137 min.;

Ano: 2012;

País: Dinamarca, Suécia, República Tcheca;

Gênero: Drama;

Cor: Colorido;

Distribuidora: Europa Filmes, Mares Filmes;

Estúdio: Zentropa Entertainments/Trollhättan Film AB/Film i Väst/Sveriges Television (SVT)/DR TV/Sirena Film;

Classificação: 14 anos.