

revista
Liberdades

Revista *Liberdades*
nº 1 - maio-agosto de 2009



IBCCRIM



EXPEDIENTE

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

Presidente: Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária: Juliana Garcia Belloque

2º Secretário: Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro: Édson Luís Baldan

2º Tesoureiro: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito, Carlos Alberto Pires Mendes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Sérgio Salomão Shecaira, Theodomiro Dias Neto

revista
Liberdades

Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM

DEPARTAMENTO DE INTERNET

Coordenador-chefe:

Luciano Anderson de Souza

Coordenadores-adjuntos:

João Paulo Orsini Martinelli

Luis Eduardo Crosselli

Regina Cirino Alves Ferreira

EDITORIAL

Revista *Liberdades*:

mais um espaço para concretização de sonhos

Com muita satisfação, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - lança neste momento sua revista eletrônica. Há tempos aventada, agora concretizada, outro não poderia ser o nome da revista senão **Revista *Liberdades***, em consonância com os ideais democráticos do nosso Instituto!

Mas a **Revista *Liberdades*** tem uma significação ainda mais especial. Na era da informação e do colossal avanço tecnológico fruto da globalização, esta nova publicação vem na linguagem mais moderna de nossa era, a informática. Eletrônica, a revista tem seu custo reduzido, sua produção simplificada e, por fim, seu acesso enormemente facilitado.

Além de moderna na forma, a **Revista *Liberdades*** vem ocupar um espaço diferenciado dentro das publicações do nosso Instituto, com entrevistas, resenha de livros, comentários sobre filmes, além de artigos doutrinários de tamanho diverso de nossas demais produções, tudo com o intuito de manutenção da mais alta qualidade científica na análise dos fenômenos atinentes às ciências criminais e afins.

Escorada em modelos de revistas eletrônicas desenvolvidas no meio acadêmico, principalmente europeu, a nossa **Revista *Liberdades***, sempre contando com textos inéditos, será quadrimestral e, por seu formato em PDF, foi pensada para ser impressa e guardada, tal como o nosso tradicional *Boletim* e a conceituada *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*. Ainda, cada exemplar da revista permanecerá em nosso *PORTAL IBCCRIM* (www.ibccrim.org.br) para perene acesso virtual por nossos associados.

Nesta edição de lançamento, contamos com duas extraordinárias entrevistas: uma, maior, concedida por ALBERTO SILVA FRANCO a ANDRÉ ADRIANO DO NASCIMENTO SILVA e outra concedida por LUÍS GRECO a JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI. Tais entrevistas inauguram, respectivamente, as seções “Entrevista” e “Bate bola”, pensadas para sempre trazer questionamentos a duas personalidades em cada exemplar.

Relativamente a artigos doutrinários, esta edição contém três valiosas contribuições exclusivas: dos Professores da Universidade de São Paulo ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA e ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO, aquela com o tema do conceito de bem jurídico, que ora passa por uma crise, e este com uma análise crítica da teoria da tipicidade conglobante; ainda, SPENCER TOTH SYDOW analisa a polêmica nova lei relacionada ao tema da pedofilia.

Outrossim, outras três contribuições especiais abrilhantam ainda mais nossa orgulhosa primeira edição.

Com o intuito de indicar livros de interesse das ciências criminais ou afins, de cunho literário ou técnico, criamos a seção “Resenha”, que conta nesta edição com um texto de ALESSANDRA TEIXEIRA o qual comenta as obras Memórias de Um Sobrevivente e Às Cegas, de LUIZ ALBERTO MENDES.

Na seção “Filme”, produções antigas ou novas serão analisadas, sempre com vistas ao objeto de interesse do IBCCRIM. Neste volume, CRISTIANO AVILA MARONNA escreve sobre o polêmico filme Laranja Mecânica.

Por fim, com o objetivo de refletir especificamente sobre o passado, com vistas ao presente, na seção “História”, REGINA CIRINO ALVES FERREIRA analisa a sentença condenatória de TIRADENTES em “Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente”. O intuito desta importantíssima seção é sempre trazer a análise de um dado histórico ou ainda os comentários acerca de um julgado de valor histórico (ainda que relativamente recente).

Esperamos, assim, que todos apreciem nosso novo lançamento e nos auxiliem, por meio de um debate democrático cada vez mais intenso, a concretizar nossos sonhos de busca de um mundo melhor, com maior respeito à dignidade e às Liberdades humanas!

São Paulo, 15 de maio de 2009.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Presidente do IBCCRIM

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Coordenador-chefe do Departamento de Internet do IBCCRIM

CARTA DOS LEITORES

Este espaço é destinado a você, leitor.

Dê sua opinião sobre as entrevistas, artigos científicos, debates, *etc.* Entre em contato pelo e-mail revistaliberdades@ibccrim.org.br

Este é nosso primeiro exemplar da Revista ***Liberdades***, que terá publicação quadrimestral.

No intuito de ampliar os benefícios do IBCCRIM, elaboramos uma Revista diferenciada, na qual se encontrarão entrevistas com pessoas renomadas, comentários de filmes, livros, julgados históricos, entre outros, tudo relacionado às ciências criminais e afins.

Por fim, haverá a participação dos leitores, sendo este um convite à sua manifestação!

Com a **Revista *Liberdades***, temos o intuito de aprofundar o debate científico e cultural.

Participem!

revista
Liberdades

ESCREVA PARA NÓS!

revistaliberdades@ibccrim.org.br

ÍNDICE

EDITORIAL

Revista *Liberdades*: mais um espaço para concretização de sonhos 03

CARTA DOS LEITORES 05

ENTREVISTA

André Adriano Nascimento da Silva entrevista ALBERTO SILVA FRANCO 07

ARTIGOS

O RENDIMENTO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO DIREITO
PENAL ATUAL 16

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

REFLEXÕES DOGMÁTICAS SOBRE A TEORIA DA TIPICIDADE
CONGLOBANTE 30

Alamiro Velludo Salvador Netto

“PEDOFILIA VIRTUAL” E CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE
A LEI 11.829/08 46

Spencer Toth Sydow

BATE-BOLA

João Paulo Orsini Martinelli entrevista LUÍS GRECO 66

RESENHA

MUITO ALÉM DA PRISÃO 72

Alessandra Teixeira

FILME

LARANJA MECÂNICA E A PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA:
OS LIMITES DA INOCUIZAÇÃO 75

Cristiano Avila Maronna

HISTÓRIA

CASO TIRADENTES E REPRESSÃO PENAL:
PASSADO E PRESENTE 79

Regina Cirino Alves Ferreira

ENTREVISTA

(André Adriano Nascimento da Silva entrevista
ALBERTO SILVA FRANCO)

A receita para tornar uma revista estreante leitura obrigatória no mundo jurídico tem três itens indispensáveis: a regularidade de sua publicação, sua constante inovação e um conteúdo de qualidade. A regularidade torna certa sua periodicidade, de modo a dar a certeza ao leitor que em determinado momento terá em suas mãos um novo exemplar daquela publicação. Novo não apenas no sentido temporal, mas um exemplar que supere seu anterior, traga novidades de forma e conteúdo, que constitua parte de um processo de renovação constante, de modo que cada exemplar daquela revista seja atual, acompanhando a constante evolução do conhecimento humano. Mas acima de tudo, essa novidade periódica não deve - jamais - deixar de lado o conteúdo, esse sim o mais relevante dos três itens indispensáveis. O esmero pelo conteúdo deve ser sempre o objetivo desta estreante que se quer fazer importante. E para a estréia de gala da Revista ***Liberdades*** convidamos ninguém menos que **Alberto Silva Franco**, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e membro fundador e ex-presidente do IBCCRIM. Jurista de projeção além-mar. Autor de algumas das obras mais relevantes do cenário jurídico brasileiro, como o *best-seller Crimes Hediondos*. Exponente das ciências criminais contemporâneas. Apaixonado pela literatura e humanista por natureza.

Esta especialíssima entrevista inaugural foi concedida a **André Adriano Nascimento da Silva**, coordenador-chefe do Departamento de Cursos e Eventos do IBCCRIM:

Desde seu artigo denominado “Globalização e a criminalidade dos poderosos”, você já apontava para os grandes e profundos impactos que o processo de globalização traria para a sociedade, especialmente em relação à criminalidade. Você acredita que a atual crise econômica, resultado desse mesmo processo, impactará também a criminalidade em nossa sociedade?

ALBERTO SILVA FRANCO - Em 1990, quando foi escrito o artigo a que alude a pergunta, a globalização navegava de vento em popa; os economistas teciam loas à capacidade do mercado de equacionar qualquer problema; a soberania dos Estados-Nações definhava a olhos vistos; o Estado social era tratado como uma excrescência e se apregoava, pelos mais diversos meios de comunicação social, o que se denominou de pensamento único, ou seja, que os mandamentos do mercado constituíam verdades incontestáveis. Entre 1990 e meados de 2008, a globalização não sofreu nenhuma diminuição no seu ritmo de propagação. No seu deslanche hegemônico, derrubou os obstáculos que se lhe antepunham fossem eles fronteiras



geográficas ou mesmo soberanias nacionais. Os lucros obtidos em escala mundial pelos grandes conglomerados econômicos transnacionais - lucros esses resultantes, com frequência, de pura especulação - cresceram de forma desmedida. Os céleres meios tecnológicos de comunicação permitiram uma enorme mobilidade de capitais que se transferiam, ao toque de uma tecla de computador e de modo agressivo, de uma economia nacional para outra, em busca de vantagens econômicas ou financeiras cada vez de maior vulto. Todas as tentativas para a formação de blocos regionais, exceção feita à Comunidade Européia, foram condenadas ao fracasso. Ao lado disso, a força expansiva da globalização evidenciou, de forma cada vez mais patente, a impotência do direito, isto é, a existência de um vácuo do direito que se mostrou sem condições de disciplinar os poderes desregulados e selvagens do mercado. A globalização subestimava o direito na medida em que o tempo da economia não se acomodava ao tempo do direito. A formalidade atravancava a velocidade da decisão econômica. Daí a desconfiança em relação ao direito e a busca de soluções à margem do Estado-Juiz. Ademais, a globalização centrou-se inquestionavelmente no combate à idéia do Estado social, isto é de um Estado preocupado com as relações sociais e com as relações entre o Estado e a sociedade civil. A isso se adicionou uma crescente privatização das relações sociais o que provocou que o Estado se distanciasse do papel de garantidor da satisfação das necessidades sociais e que lhe fosse debitada a formação de extratos sociais parasitários. O novo surto capitalista não levou em conta o surgimento de novas tecnologias nos processos de produção, geradoras de uma necessidade progressivamente menor do uso da força-trabalho. A redução de políticas sociais reforçou o fenômeno da excedência de mão de obra, tornando impossível a inclusão social através do trabalho. Em consequência, aumentaram os setores sociais excluídos ou em risco de exclusão, havidos como inúteis em virtude da incapacidade de consumo.

Diante desse quadro, o direito penal foi chamado à colação, o que acarretou uma significativa mudança de relações entre o sistema penal e o sistema assistencial. Os excluídos passaram a ser cada vez mais objeto de atenção do sistema penal e cada vez menos protegidos pelo sistema assistencial. Como acentua Zygmunt Baumann (Archipiélago de excepciones, Madrid: Katz, 2008, p.13/14), deu-se então “a passagem de um modelo de Estado social e comunidade inclusiva para um Estado excludente, de justiça criminal, ou de controle do crime”. No lado oposto à exclusão social, disseminou-se uma nova criminalidade, de caráter transnacional, sem fronteiras geográficas, que cresceu sem nenhum controle punitivo porque, nesta matéria, reinou sempre uma total anomia. A tudo isso se acrescenta a emergência da sensação social de insegurança que não guarda necessariamente correlação com os índices objetivos de criminalidade e inclui um *plus* de caráter subjetivo: a preocupação ou o medo do crime. Essa ansiedade social em relação ao crime aumenta ainda mais com a liquefação de conceitos referenciais de socialização, como família, gênero, escola, religião, nação, etc. o que, sem nenhuma margem de dúvida, provoca desníveis de coesão social e alimenta demandas de punibilidade. Destarte, o medo ao crime, potencializado pelos meios de comunicação social, prioriza cada vez mais, em detrimento dos controles sociais informais, a presença do

controle penal o qual, de um lado, criminaliza a miséria para que os excluídos sociais não criem embaraços ao processo globalizador e, de outro, formula, para dar tranqüilidade aos incluídos - falsa tranqüilidade, por sinal - um direito penal de emergência puramente simbólico.

A crise econômica e financeira global de 2008 veio a furo no contexto acima aludido. A era da globalização acelerada provocou disparidades cada vez mais crescentes no mundo, acarretando por sua própria natureza crescimentos desequilibrados e assimétricos. Tais disparidades e assimetrias tornaram-se chocantes quando os ricos passaram a apropriar-se da imensa riqueza produzida pela globalização, deixando de redistribuí-la para a maior parte da população. O capitalismo gesta, em suas próprias entranhas, a maior prosperidade econômica e a mais extrema pobreza, convivendo uma nas proximidades da outra, o que significa estabelecer desequilíbrios e desníveis que necessariamente redundam em crises sistêmicas. Karl Marx há mais de cento e cinquenta anos, tinha detectado as instabilidades da economia capitalista. Já, na metade da última década do século XX, o mercado de capitais, sem nenhum tipo de regramento, a liberalização financeira e o definhamento do Estado-Nação provocaram crises menos abrangentes, mas sem sombra de dúvida, anunciadores de que se aproximava uma devastadora crise sistêmica que ciclicamente atinge o capitalismo, qualquer que seja o molde por ele adotado. E essa crise profunda, produzida pelo rompimento da bolha imobiliária nos Estados Unidos provocou uma ampla inadimplência das hipotecas, um comprometimento do sistema bancário e uma queda súbita dos mercados financeiros. Tudo isto causou, na economia de feição global, uma situação caótica nunca vista anteriormente, e os sistemas financeiro, bancário, hipotecário, securitário e empresarial correram de pronto a pedir socorro ao Estado que até então à luz do pensamento fundamentalista do mercado deveria ser mantido à distancia. Em outras palavras, o mercado que tinha privatizado os lucros, agora queria socializar os prejuízos. A resposta estatal não demorou muito: trilhões de dólares e bilhões de euros foram disponibilizados para pôr termo às dificuldades enfrentadas pelo mercado. Se antes cabia ao Estado submeter-se ou adaptar-se à retórica da liberdade do mercado, preservando-o de qualquer ingerência pois era capaz de equacionar suas próprias pendências; agora era o Estado que passava a ser a tabua de salvação das loucuras, da ganância e da falta de freios do mercado. O paradigma do fundamentalismo do mercado atingiu rapidamente o estado terminal. Só resta dizer-lhe as palavras latinas do ofício aos mortos: “requiem aeternam dona eis, Domine...” (Senhor, dai-lhe o repouso eterno).

É evidente que uma crise econômica e financeira de tal dimensão - e que ainda está em curso, não se sabendo ao certo, qual a direção que irá tomar - produzirá impactos na criminalidade. Prognosticar de que modo e em que nível a criminalidade internacional ou interna será atingida pela crise, é realizar um trabalho de futurólogo para o qual não me sinto capacitado. Força é convir, no entanto, que os momentos de crise são propícios para mudanças radicais e que a montagem de um novo paradigma que substitua o fundamentalismo do mercado poderá ensejar repercussões extremamente favoráveis no sentido de criar mecanismos idôneos a alcançar a criminalidade transnacional e de

refrear o controle penal sobre os excluídos.

E qual a parcela da sociedade você acredita que será mais afetada? Ou serão todas elas? É possível ao mesmo tempo um aumento na criminalidade econômica pelos “poderosos” para diminuir os efeitos da crise sobre seu patrimônio, furtando-se ao pagamento de impostos, por exemplo, e um aumento na criminalidade dos mais pobres, caracterizada pela prática de crimes patrimônios, como o furto e o estelionato, com fins a garantir sua própria subsistência?

ASF - Reafirmo, em face da pergunta formulada, a extrema dificuldade de explicitar, no momento, quais serão as conseqüências da falência do paradigma capitalista do livre mercado. A realidade está indicando o rompimento de outras tantas bolhas especulativas; os buracos sem fundo à vista do sistema bancário; o esvaziamento de bolsões de riqueza fictícios; a queda vertiginosa dos preços imobiliários e do mercado de ações, etc. Tudo isso trará como resultado final dívidas e mais dívidas que cairão como peças de um jogo de dominó, uma atrás da outra. E ainda um taxa fantástica de desemprego, uma evidente diminuição do consumo, um obstáculo quase insuperável para a obtenção de crédito bancário, uma redução flagrante do comércio exterior, uma desaceleração visível da economia ou, mais do que isso, uma profunda recessão. Numa situação dessa ordem, será fácil dizer que os segmentos menos favorecidos sofrerão mais do que já sofrem. Mas as camadas mais favorecidos serão também atingidas. Saber quais os limites com que o caos econômico e financeiro afetará os mais poderosos dependerá do modo como será composto o novo paradigma substitutivo do paradigma neocapitalista. A mesma reflexão mostra-se adequada em relação ao controle penal.

Sem crise ou com crise, então, o caminho continuaria sendo o mesmo, ou seja, o investimento em políticas sociais de inclusão, especialmente voltadas para o ensino e o bem estar das populações de baixa renda, como você demonstra em suas aulas comparando as políticas públicas empregadas pelo Brasil e pela Coréia do Sul?

Não sei se poderia vaticinar que, com a crise ou sem a crise, o caminho continuaria a ser o do investimento maciço em políticas públicas voltadas para a inclusão social e para o atendimento das necessidades básicas da população excluída. Isto dependerá sempre do equacionamento que for dado ao paradigma substitutivo. Qualquer crise embute fatores extremamente negativos, mas também pode produzir resultados positivos. É sempre fascinante acompanhá-la dia a dia e ver quais as diretrizes que podem ser tomadas. Evidentemente, cada observador traz dentro de si um rumo que lhe pareça ser o mais adequado para o enfrentamento da atual problemática. Tenho, para mim, que um novo paradigma terá de reinventar o Estado-Nação, com capacidade para estabelecer regramentos a uma globalização sem freios, desregulada; rezeirá o réquiem da teologia do mercado e com isto, criará um sistema mundial com centros de poder múltiplos; terá necessariamente de garantir a plenitude da força-trabalho e reconstruirá o Estado social com a capacidade de instaurar um processo de reinclusão social, diminuindo assim os

conflitos para os quais as soluções de outros controles, formais ou informais, fora do direito penal, se mostrem mais adequados. Se se caminhar nessa direção, é evidente que o novo paradigma implicará na inversão maciça de recursos públicos – não para a salvação do sistema bancário que deverá passar por um período de estatização temporária – nas áreas da infra-estrutura, da educação, da saúde, do emprego, do lazer, etc. Por certo, os trilhões de dólares ou os bilhões de euros que continuam a ser injetados para a salvação dos gananciosos e irresponsáveis do sistema financeiro e econômico poderiam ainda ser mobilizados para a guerra contra a pobreza africana. E, desta forma, como enfatizou Benjamin Steinbruch, Diretor Presidente da Cia. Siderúrgica Nacional (Por que não? Folha de São Paulo, B-2, 10 de fevereiro de 2009), com tal volume de dinheiro, poderiam ser salvas vinte milhões de pessoas que morrem, por ano, de fome e “serviria também para incorporar bilhões de novos consumidores ao mercado. O mundo poderia sair desta crise menos desigual. Por que não?”

Mudando de assunto, voltou a discussão o polêmico tema do aborto. O projeto debatido nos últimos anos no Congresso Nacional visando a descriminalização do abortamento, utilizava-se de constatações científicas obtidas através de pesquisas confiáveis que demonstram que a criminalização dessa conduta causa muito mais danos à sociedade do que sua permissão e acompanhamento pelo Estado. Qual sua opinião sobre a descriminalização do aborto?

ASF - Estou plenamente convencido de que o aborto deve ser descriminalizado e por diversos motivos. *Em primeiro lugar* porque as inovações tecnológicas, que acompanharam a segunda metade do século vinte e invadiram os anos iniciais do século vinte e um, provocaram uma verdadeira revolução no que se refere à reprodução humana que, de um processo absolutamente natural, regido pelo acaso ou pela imprevisibilidade, se tornou uma função biológica perfeitamente programável. *Em segundo lugar* porque a precocidade do diagnóstico pré-natal permitiu uma ampla antecipação de problemas eventualmente detectados no processo de gestação e as sempre renovadas técnicas de reprodução humana, com uma sofisticação cada vez maior, para a concepção da vida em laboratório, propuseram vários questionamentos para os quais são exigíveis decisões pessoais, sobretudo, da mulher grávida ou em vias de engravidar-se, o que lhe atribui uma margem bem mais ampla de liberdade, como autodeterminação de sua vontade. *Em terceiro lugar* porque as transformações sociais, como assevera Miguel Kottow (*Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?*, em **Bioética**, Conselho Federal de Medicina, vol.9, n. 2,2001, p.37), “tais como a fragmentação da família, o nascimento de filhos na ausência de vínculos matrimoniais ou de casais, a inserção da mulher no trabalho, o precário apoio popular para o cuidado e educação das crianças, além de outros fatores, geraram o desejo de determinar quando se terá filhos e quantos”. *Em quarto lugar* porque o pensamento feminista pôs em destaque a importância que representa para a mulher a tutela de seu próprio corpo. Como observa Luigi Ferrajoli (*A questão do embrião entre o direito e a moral*, em **Revista do Ministério Público**, ano 24, n. 94, Lisboa, abril/junho de 2003, p. 9/30),” o corpo feminino foi

durante muito tempo e ainda hoje, em relação a múltiplas questões, continua sendo uma *coisa*, um *objeto* em lugar de um sujeito de direito ou de direitos. E, portanto, a afirmação da liberdade feminina consistiu no passado e consiste ainda hoje antes de tudo numa luta de liberação dos corpos das mulheres”. Em quinto lugar porque, na gestação, há uma *duplicidade na unidade*: a mulher é portadora do bem jurídico (vida intra-uterina) e, ainda titular de direitos próprios. Mas, nessa duplicidade, força é convir que só a mulher exercita as funções que permitem tornar viável a vida intra-uterina. Dar ao embrião ou ao feto um grau de autonomia idôneo a quebrar a unidade é uma postura logicamente inadmissível, máxime na medida em que um e outro dependem da mulher para a própria sobrevivência. Como salienta Francis Kaplan (*O embrião é um ser vivo?* em **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, de 13.04.08), “não é o embrião que se desenvolve, é a mãe que o desenvolve”. “É graças à função digestiva da mãe que ele recebe o alimento digerido do qual tem necessidade e do qual não poderia fazer uso se não tivesse sido previamente digerido pela mãe; é graças à função glicogênica do fígado da mãe que ele recebe a glicose da qual precisa; é graças à função respiratória da mãe que os glóbulos vermelhos de seu sangue recebem o oxigênio de que necessita; é graças à função excretória da mãe que ele expulsa materiais prejudiciais, dejetos que, de outro modo, o envenenariam”. Em sexto lugar porque o princípio da separação entre o direito e a moral permite, conforme Luigi Ferrajoli (ob. cit. p.13/14) “a única convenção que torna compatível a tutela do feto e, em geral, do embrião como pessoa potencial e a tutela da mulher precisamente porque, sendo pessoa, não pode ser tratada (...) como um meio para fins alheios: a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela se e só quando pensado e desejado pela mãe como pessoa”. Por último porque um Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, tem caráter laico e não está subordinado a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem o seu atuar. O recente episódio de aborto, realizado por médicos, de menor de nove anos de idade, estuprada pelo padrasto e portadora de dupla gravidez, põe à mostra a absoluta impropriedade da declaração feita pelo Arcebispo do Recife, D. José Cardoso Sobrinho no sentido de que a lei divina se sobrepõe ao direito positivo. Tal declaração não se acomoda ao modelo de Estado acolhido pela Constituição Federal de 1988 e só guardaria pertinência numa forma de governo teocrática. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que ‘favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais’. Transpor esse muro seria, como afirma Walzer citando Locke, ‘ revolver o céu com a terra’; mesclar dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes (as citações entre aspas simples provieram de Michael Walzer, *Lãs esferas de la justicia*, México: Fondo de Cultura Económico, 1997, p.256). Toda a argumentação expendida, acrescida do su-

porte jurídico-penal que não vem a pêlo explicitar, dá sustentação à descriminalização do aborto.

A proibição do aborto não interferiria na livre disposição do corpo pela própria mulher, já que não temos certeza – até hoje – sobre o exato momento em que ela tem início?

ASF - Sem nenhuma margem de dúvida, a proibição do aborto interfere direta e imediatamente em relação a diversos direitos constitucionais da mulher. Antes de tudo, no direito inviolável à liberdade – art. 5º, *caput*, da CF – compreendida como liberdade positiva, isto é, o direito da mulher de ter o domínio de si própria. Sob este ângulo, no campo da liberdade pessoal, está contida a liberdade sexual, “que compreende”, como afirma García –Velasco (*Del homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, p. 187), “não apenas a faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem, mas também a liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador”. Além disso, num Estado Democrático e Social de Direito, de caráter laico, não poderá a mulher ter, sob risco de sofrer uma sanção punitiva, “a obrigação de ser mãe, de suportar uma gravidez, de dar à luz e de criar um filho”. Depois, em contradição com o princípio constitucional da igualdade – que significa igual respeito e defesa da identidade de cada um – a penalização do aborto retira da mulher a autonomia sobre o próprio corpo, reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não são os seus. Por fim, a inclusão do aborto na tipologia penal agride o direito da mulher à sua própria dignidade na medida em que violenta o direito sobre si mesma, pondo por terra o clássico axioma de Stuart Mill: “o indivíduo é soberano sobre si próprio, sobre sua mente e sobre seu corpo”.

Poderíamos dizer que se o conceito legal de morte é a cessação de impulsos cerebrais, o conceito de vida seria o seu início, com a formação do sistema nervoso central?

ASF - Seria possível existir uma relação de igualdade lógica entre o despertar cerebral e o silêncio cerebral, isto é, a humanidade de um ser vivo seria detectável através do início da atividade cerebral, assim como a morte de um ser vivo seria determinada pela cessação irreversível da atividade cerebral? O critério aproximativo das duas realidades – vida e morte – não me parece, nessa perspectiva, aceitável. E por razões que, a meu ver, são de extrema relevância. A partir de 1968, e portanto, desde o informe do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida - falta de batimentos cardíacos representava a morte - e foi substituído pelo cérebro de modo que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral. A adoção desse novo critério definitivo, o denominado *whole brain criterion*, permitiu, na prática, que se retirasse o suporte vital respiratório no tocante a determinados pacientes dados como mortos, do ponto de vista cerebral, o que propiciou um inquestionável progresso na área da transplantação de órgãos. Novas tecnologias desenvolvidas na área da biomedicina demonstraram, posteriormente, que o conceito de morte cerebral não

possuía o nível de segurança desejável e dava causa a ponderáveis dúvidas sobre sua legitimidade. Desfez-se, assim, a plena identificação da morte com a morte cerebral, servindo esta como um diagnóstico clínico, ou mais precisamente, como um critério a partir do qual se admite a abstenção ou a interrupção de suporte vital para efeito de transplante. Deu-se, então, guarida a um novo critério de morte, ou seja, à morte neocortical, o denominado *high brain criterion* o qual, como enfatiza Carlos Gherardi (*La muerte cerebral. Un permanente debate. Reflexiones sobre um simpósio internacional, Cuadernos de Bioética*, n. 0, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 133) “abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência de consciência, afetividade e comunicação como expressão da identidade da pessoa”. Assim, como afirma o teólogo norte-americano Richard Mc. Cormick, S.J., “life is a value to be preserved only as its contains some potencialy of human relationships”, de forma que quando a consciência fica totalmente abolida, como nos casos de estados vegetativos permanentes, “a pessoa desaparece ficando em seu lugar o corpo biológico que a albergou”. Todas essas considerações foram formuladas para deixar patente que a morte é um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, tem um desenrolar encadeado no tempo. É evidente assim que se insere num dado momento do desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina, e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade. Daí a afirmação de Diego Gracia, citado por Carlos Gherardi, de que “a morte é um fato cultural. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com a morte natural. Não há morte natural. Toda morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a morte. E pode ir mudando sua definição com o transcurso do tempo. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos”.

Se tal linha de argumentação se mostra pertinente em relação ao conceito de morte, não há razão para modificá-la em relação ao de vida. Esta é também um processo contínuo, gradual e complexo o que exige um perpassar temporal. Assim, mais do que destacar momentos puramente biológicos do processo vital – fecundação, nidação, atividade cerebral, etc.–, é mister que dê prioridade a outros aspectos como expressão de identidade da pessoa. A vida em formação só deve ser reconhecida como vida humana quando o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho. Destarte, a vida humana não está inserida na fusão dos gametas, nem nas diversas etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente no momento em que se estabeleça efetivamente o nexa ou a relação mãe/filho, isto é, como diz Miguel Kottow (ob.cit. p.34), quando a mãe incorpora “a vida humana dependente ao próprio projeto de vida”, ou dito de forma mais explícita ainda, como assevera Luigi Ferrajoli (ob. cit., p. 16) quando a mãe, “por ato de vontade” confere ao embrião “o valor

de pessoa”, portanto, quando “cria a pessoa”. “A procriação é um ato criativo, como o *fiat lux* : fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e de vontade. Com ela a mãe dá não só o corpo, mas também a forma de pessoa ao nascituro, tratando-o como filho. Por outras palavras: se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) da mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa”.

Embora entenda não existir nenhuma correlação entre o despertar e o silenciar cerebral, considero que os conceitos de vida e de morte têm algo em comum: não se confundem com o processo puramente biológico da vida ou da morte na medida em que se apresentam como construções culturais, que podem sofrer mutações no transcorrer do tempo.

No caso, talvez a descriminalização de uma conduta, teria um efeito benéfico diminuindo sobremaneira o óbito de mulheres que tentam realizar essa prática de modo “alternativo”? Seria possível, na sua opinião, que em alguns casos a mulher até mudasse de idéia em relação ao procedimento, em razão de um melhor acompanhamento psicológico e social por parte de agentes estatais?

ASF - Tenho, para mim, que a descriminalização do aborto poderá, num momento inicial, provocar o crescimento do número de abortos em razão da maior segurança para sua prática. Grande parte dos abortos realizados atualmente às escondidas, ou de modo “alternativo”, como consta da pergunta, será efetuada à luz do dia e com total assistência médica adequada, o que ensejará o aumento do abortamento na estatística oficial. Mas a médio e a longo prazo, a tendência será, como já ocorreu em diversos países em que o aborto não é mais criminalizado, decrescente. Não cabe aqui o argumento de que o aborto se converterá num método habitual de controle da natalidade, com o abandono dos recursos a outros meios preventivos da gravidez. Tal argumentação não tem condições de prosperar. A nenhuma mulher pode a conduta do aborto parecer um ato positivo e desejável. Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas. É evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios anticonceptivos do que apelar para o aborto. Por outro lado, a descriminalização do aborto propiciaria a criação, em nível administrativo, de um sistema de assessoramento psicológico e social ou de outros métodos dissuasórios para a mulher grávida os quais dariam uma tutela bem mais concreta ao embrião do que a ameaça penal. Uma correta informação sobre métodos anticoncepcionais ou uma política social de ajuda à mulher grávida produziriam efeitos bem mais significativos do que uma sanção punitiva. Destarte, uma luta que guarde eficácia contra o aborto não poderá estar centrada no Direito Penal, mas sim numa ação preventiva fundada numa política social avançada que encontra lastro num Estado Democrático e Social de Direito. Via de consequência, o aconselhamento psicológico e social prestado por pessoal especializado da rede hospitalar pública poderia, sem nenhuma margem de dúvida, influir sobre a mulher gestante para a não-prática do aborto.

...

ARTIGO

1

O RENDIMENTO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL ATUAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Sumário:

I. Introdução. II. O desenvolvimento do conceito de bem jurídico. III. A proteção de bens jurídicos como finalidade do direito penal. IV. Conclusão.

Resumo:

A despeito da teoria pessoal do bem jurídico ter iniciado historicamente a tarefa de delimitação crítica da intervenção penal, referida concepção não soa adequada, fora do âmbito dogmático, para justificar, por si só, as decisões legislativas atuais que fixam a relação direta entre o direito penal e a determinação da configuração concreta da sociedade. De outro lado, se não se renuncia ao princípio de proteção de bens jurídicos, pretendendo-se sua ampliação na atualidade, haverá de se definir como se dará referida ampliação.

Palavras-chave:

Bem jurídico – Estado Democrático de Direito – funcionalismo – política criminal – lesividade – legitimidade do direito penal – teoria sistêmica.

I. Introdução

A teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela. Essa herança do Iluminismo, firmada no século XIX, impede a adoção de modelos de Estado autoritários e permite afirmar a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito.

A par de referida constatação histórica quanto à função de delimitação da noção de

bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela complexidade da sociedade atual no âmbito jurídico-penal, em especial no que se refere à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação crescente de crimes de perigo, mormente sob forma de crimes de cumulação e de mera desobediência.

Nesse novo contexto, em diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro, adota-se técnica legislativa tendente a considerar o direito penal cada vez mais como instrumento de controle acessório ao direito administrativo. Os tipos penais assemelham-se, na sua forma, às normas de intervenção da Administração Pública, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração. As normas penais transformam-se em instrumentos de administração de situações particulares ou de “emergências” concretas.¹

Num Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o direito penal do fato, expande-se a esfera de discricionariedade das próprias decisões judiciais, que assumem caráter programático e político semelhante às leis.² Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, na delimitação da função do direito penal. Diante desse processo de evolução (ou involução) da Ciência Penal, indaga-se se cumpriria, ainda, ao bem jurídico a função crítica de delimitação da intervenção penal. Cumpre-nos, portanto, voltar à discussão da teoria do bem jurídico, a fim de estabelecer parâmetros atuais que possibilitem a discussão de seu rendimento no direito penal.

II. O desenvolvimento do conceito de bem jurídico

O autor que pela primeira vez se utilizou da noção de bem jurídico, Johann Michael Franz Birnbaum (*Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, *Archiv des Criminalrechts* – 1834, p. 149 e ss.)³, em meados do século XIX, visava com ela a abranger um conjunto de valores, de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que os ofendessem. Esta noção assumiu, num primeiro momento, conteúdo individualista, identificando-se o bem jurídico com os interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, com destaque à vida, ao corpo, à liberdade e ao patrimônio.

Referido conceito liberal de bem jurídico tem por antecedente a teoria do objeto do crime própria da ciência penal do Iluminismo, contrária ao direito penal teocrático, e,

1 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.. *Delitos sem bens jurídicos?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 181, dezembro, 2007.

2 BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994, p. 12.

3 Citado por RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975, p. 329.

como fundamento da determinação do conteúdo do conceito geral de delito, a teoria jusnaturalista do contrato social. Sob este prisma, sendo o Estado considerado decisão conjunta dos homens, com o objetivo de assegurar a mais ampla liberdade aos cidadãos, sua tarefa legítima fundamental era, então, a proteção dos direitos dos cidadãos. O núcleo material do delito surge, portanto, a partir da lesão de direitos subjetivos. Esse é o posicionamento de Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que, voltando-se contra os conceitos teológicos característicos do absolutismo, passou a considerar o delito não mais como pecado, lesivo, portanto a Deus, também representado pelo monarca, mas sim como atentado ao grupo social, e a pena, não como expiação, e sim retribuição.⁴ Diferentemente de Feuerbach, porém, Birnbaum amplia o espectro de consideração do conteúdo material do crime, estabelecendo que o delito não lesiona meramente direitos subjetivos, e sim bens.

A partir das definições de Birnbaum, Karl Binding, sem guardar nenhuma preocupação com as idéias iluministas e adotando os preceitos da escola positivista, definiu o bem jurídico formalmente como tudo aquilo que o legislador elegeisse como tal. Não é todo o bem suscetível de proteção penal, mas apenas aqueles dotados de relevância jurídica, entendida no sentido formal. O delito consistia, então, na lesão de um direito subjetivo do Estado, havendo absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico por ela revelado. Não importava, assim, o real interesse social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que podia ser, até mesmo, aleatória e arbitrária.⁵

No mesmo contexto positivista, também Franz von Liszt, dirigindo-se contra o poder absoluto do Estado, numa linha naturalística-sociológica, voltou-se para a determinação essencial do delito a partir da tese de que o direito existe por vontade humana e se volta à proteção de situações reais. Assim, o fim de todo o direito penal era somente a proteção de interesses sociais vitais. Tais interesses humanos, os quais Liszt denomina bens jurídicos, não seriam produto do ordenamento jurídico, mas da vida, sendo, portanto, estabelecidos previamente.⁶

Ocorre que a adoção de conceito de bem jurídico independentemente do direito positivo, caracterizando-se como um conceito previamente dado, possui seu conteúdo material elaborado de forma insatisfatória, revelando limitado valor à dogmática jurídico-penal. Isso porque um conceito prévio ao direito não se mostra capacitado a abranger o núcleo material de todos os comportamentos puníveis contidos na lei, pertencendo mais ao âmbito da política social.

4 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992., p. 14.

5 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico...*, cit, p. 46. De toda forma, Nilo Batista assevera que, ainda que seja procedente essa crítica, é a Binding que se deve, de forma inédita, o registro do caráter fragmentário do direito penal. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 86.

6 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, t. I., p. 94. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Los diferentes aspectos...*, cit, p. 334. Se bem que, embora sejam dados previamente ao direito positivado, os bens jurídicos passam a ostentar essa categoria a partir de sua normatização. De outro lado, a concepção de Liszt recebe crítica de Winfried Hassemer, em razão da identificação dos interesses sociais vitais se dar a partir dos próprios interesses da comunidade estatal, vistos de forma empírica, avalorada. Assim, o bem jurídico, nesse contexto, continua atrelado ao arbítrio do Estado.

A partir da segunda metade do século XX, surge significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, com o denominado conceito metodológico, de base normativista, ligado aos pressupostos neokantianos próprios da chamada escola de Baden ou escola subocidental alemã, doutrina dominante a partir dos anos 1920.⁷

Reagindo contra a compreensão positivista do direito, para a qual o conteúdo do delito é dado formalmente segundo o que está expresso na lei, esta concepção também buscou a substância material de bem jurídico em uma realidade prévia ao direito. Acentua-se na concepção de bem jurídico a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico, como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser. Porém, em lugar de vê-la no terreno dos interesses sociais, situa-a no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais.

Fez-se, assim, dos bens jurídicos fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir seu conteúdo – o objeto de proteção não existiria enquanto tal, concretizando-se somente quando são vistos nos valores da comunidade como fim objetivo das prescrições penais.⁸

Mas, se a partir da referida transformação do conteúdo do bem jurídico, tomou-se consciência quanto à sua fundamental significação para a interpretação dos tipos penais, o novo conceito acabou perdendo sua incidência no âmbito da dogmática. Representando, na verdade, uma fórmula vazia de conteúdo, tal concepção de bem jurídico constitui mais um princípio metodológico interpretativo de tipos penais, deixando de explicar a espécie do injusto de cada delito.⁹ Justamente por isso, por não poder ser utilizada como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização, esta concepção também não soa adequada.

Assim, haveria de se buscar um conceito que represente não só critério material de interpretação das normas penais positivas, como também uma vinculação negativa ou limitação à sanção de novos tipos penais soaria ideal no Estado Democrático de Direito. Este conceito de bem jurídico seria possível se se pudesse deduzi-lo de prescrições jurídicas positivas, que são prévias à legislação penal, conferindo ao legislador um critério material vinculante. E tais decisões valorativas prévias à legislação penal não são deduzidas, como na época do Iluminismo, de uma norma de direito natural, e tampouco, como fez Von Liszt, das relações sociais preexistentes. Estas decisões valorativas apenas poderiam, portanto, estar contidas no texto constitucional.

Nesse passo, Jorge de Figueiredo Dias conceitua bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso.¹⁰

7 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998, p. 92.

8 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 29.

9 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico...*, cit, p. 63.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

Hernán Hormazabal Malarée, na mesma linha, define os bens jurídicos como relações sociais concretas, de caráter sintético, protegidas pela norma penal, que nascem da própria relação social democrática, a partir da superação do processo dialético que tem lugar em seu âmbito.¹¹

Juarez Tavares, por sua vez, adverte que o bem jurídico, na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Entendido como valor e não como dever, o bem jurídico é reconduzido à condição de delimitador da norma. Esse também é o entendimento de Claus Roxin, que define inicialmente os bens jurídicos como circunstâncias dadas ou finalidades úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento, no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema¹².

No mesmo sentido, Winfried Hassemer parte do pressuposto de que, no estágio atual do Estado Democrático de Direito, o conteúdo material do delito e, assim, o conteúdo do bem jurídico não podem ser tomados segundo a mera descrição normativa formal, de um lado, ou conforme exigências ético-sociais¹³ de caráter fundamentalmente moral ou religioso, de outro, para afirmar que só ganha sentido uma concepção que pretenda relacionar diretamente o conceito material de crime e o conteúdo de bem jurídico ao problema da missão e dos limites do direito penal na medida em que este conceito for situado fora do âmbito jurídico-penal positivado. O conceito será porém, estabelecido previamente pelo legislador, em nível constitucional, mediante a eleição de bens jurídicos dignos de tutela, de forma a constituir-se um padrão crítico a indicar aquilo que deve ser criminalizado e aquilo que se deve deixar fora do campo de incidência penal.¹⁴

Concluir-se-ia, portanto, sob a perspectiva pessoal, que um bem jurídico vinculante existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais. E será exatamente por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal, ou jurídico-penais.

11 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., p. 151-152. Igualmente dispõe Juan BUSTOS RAMÍREZ: "Así individualizado entonces el bien jurídico, como algo concreto, pero que al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa de una relación social determinada y dinámica. Es decir, donde hay varios sujetos en juego, determinados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos. El ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de lo cual una norma prohibitiva o de mandato a su vez selecciona un determinado ámbito de ella". *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConSur, 1994, p. 18.

12 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Trad. da 2ª. edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

13 Nesse sentido, conforme dispõe Hans Welzel, a tarefa central do Direito penal residiria em assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos de ação. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª. Edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 3. Da mesma forma, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico...*, cit., p. 83.

14 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 56.

É necessário reconhecer, a esta altura, que os bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente estanques. Revelam, pelo contrário, mutabilidade, o que se evidencia na medida em que, se a função do direito penal for a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na sociedade, referidos bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se revelar como fundamental a este propósito.

Assim, o conceito de bem jurídico não pode ser fechado, capaz de permitir que a partir dele se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado. Se o pudesse ser, ele veria comprometida sua função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização, no âmbito das reformas penais. O bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto.

E mesmo em relação aos valores fundamentais expressos na Constituição, também estes, enquanto fundamento da tutela penal de determinados bens jurídicos, devem ser lidos de forma aberta, de acordo com o desenvolvimento social e com cada caso concreto. Nesse sentido, aliás, Alessandro Baratta observa que, sendo os valores constitucionais fundamentais objetos de análise de praticamente todos os ramos do direito, a fragmentação das áreas de tutela em cada esfera (mormente a penal) dependerá não tanto da natureza dos bens, mas, principalmente, da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos, *concorrendo*, e ora sendo preferido um ao outro, com as técnicas específicas de proteção.¹⁵

Deve-se observar, porém, que a influência da evolução social sobre o atual desenvolvimento do direito penal gera uma tendência de dissolução do conceito de bem jurídico, passando-se dos claros contornos apresentados tradicionalmente pelos bens jurídicos individuais aos mais vagos e intangíveis, o que se revela, em seu extremo, nos bens jurídicos supra-individuais.

Essa desmaterialização traz, em todos os casos, sem dúvida, dificuldades dogmáticas e político-criminais, como a de delimitar claramente o bem jurídico tutelado em cada caso, a fim de determinar se este é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento típico; de estabelecer a relação de causalidade entre a ação e seus possíveis efeitos; de verificar se o bem jurídico tutelado é referido, em última instância, a interesses individuais ou não; e de estabelecer se essa desmaterialização do conceito de bem jurídico é compatível com os princípios da lesividade e da fragmentariedade.¹⁶

A esse respeito, observa-se, antes de mais nada, que até a segunda metade do século XX, o princípio de proteção de bens jurídicos, ou o conceito de bem jurídico, era utilizado como critério de crítica e limitação à intervenção punitiva do legislador. Na atualidade, ao contrário, o mesmo conceito passa a ser utilizado para justificar e exigir a intervenção do direito penal, vale dizer, para reclamar a tutela penal, em vez de operar

15 BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994, p.10.

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

seu filtro. Criam-se, neste contexto, novos bens jurídicos que certamente seriam mais bem protegidos em outros ramos do direito, de forma a evitar uma inflação penal como a que já se vê nos dias de hoje.¹⁷ Igualmente, criam-se normas penais a tutelar situações que não podem receber a denominação de bens jurídicos em sentido restrito.

Sobre o tema, adverte Luigi Ferrajoli que a necessária lesividade a um bem jurídico condiciona toda justificação utilitária do direito penal, como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento da afirmativa de que algo é um bem jurídico penal, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena e, inversamente, admitindo-se que um objeto somente deva ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada. Na verdade, então, a questão do bem jurídico lesionado trata da própria essência do problema da justificação do direito penal, considerada não mais desde os custos da pena, e sim desde os benefícios cujo logro pretende.¹⁸

Desse modo, não obstante a constatação da evolução histórica pela qual necessariamente passa a concepção de bem jurídico, é necessário estabelecer em qualquer contexto social (mormente na denominada sociedade pós-moderna) uma nítida separação, a fim de que se possa delimitar o conteúdo dos objetos dignos de tutela e, conseqüentemente, sua legítima consagração jurídica. Antes de tudo, porém, é necessária a verificação da subsistência da teoria do bem jurídico como critério negativo de delimitação da intervenção do direito penal.

III. A proteção de bens jurídicos como finalidade do direito penal

Não há dúvida sobre a finalidade genérica de proteção social havida pelo direito penal. Referido consenso esgota-se, porém, nessa afirmação, passando-se à discussão de qual seja o objeto específico da proteção jurídico-penal. Em linhas gerais, poder-se-ia vislumbrar dois modelos de atuação do direito penal: o primeiro, voltado à proteção de bens jurídicos; e o segundo, relacionado diretamente à proteção do ordenamento jurídico, no plano de sua vigência. A partir da diversidade dessas concepções acerca da aproximação aos fins concretos do direito penal, a doutrina divide-se em setores divergentes que, de forma gradativa, antepõem a vigência do ordenamento à proteção de bens jurídicos, chegando-se, em última análise, a prescindir totalmente desse último fim.¹⁹

17 Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* 2. ed.. Trad. André Ibeñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 468.

18 *Derecho y razón...*, cit, p. 467. Não obstante o acerto das considerações pontuais do autor, que segue a linha garantista, não se pode deixar de observar os obstáculos à concretização do garantismo, haja vista a dificuldade que enfrenta na conceituação do que seja o bem jurídico nos diversos grupos sociais, assim como o dano relevante, a determinar a necessária intervenção do direito penal. Essa formalização de conceitos a partir da Constituição Federal, acabando por deixar de lado os fatos da realidade, não há de prevalecer na atualidade, não sendo, por isso, adotada a teoria garantista como fundamento do presente estudo.

19 Dentre os autores que negam o conceito de bem jurídico como elemento de vinculação do legis-

Iniciando a análise das diferentes concepções acerca da teoria do bem jurídico e, assim, da própria função do direito penal, pode-se já de início afirmar que o paradigma de proteção do ordenamento jurídico não deixa ver, por si mesmo, os pressupostos valorativos de legitimação do sistema. Em palavras mais simples, a finalidade do direito penal de proteção da própria vigência do ordenamento jurídico não permite avaliar, de forma explícita, quais sejam os efeitos concretos buscados para a proteção da norma. Conclui-se, assim, com Rafael Alcácer Guirao, que a concreção do próprio fim genérico de proteção da vigência do ordenamento jurídico dependerá da maneira pela qual esse ordenamento é concebido (como, por exemplo, a garantia de valores ético-sociais ou mínimos éticos ou como expectativas normativas de segurança).²⁰

Fixados esses parâmetros, observa-se que as questões relacionadas à legitimidade do direito penal dizem respeito diretamente à determinação da configuração concreta de uma dada sociedade. Por isso, conforme expõe Bernd Müssig, a tarefa central da política criminal atual consiste na caracterização normativa das esferas do sujeito em um mundo complexo, inclusive em contraposição com o poder público.²¹ Mesmo no plano sistêmico normativo, surgem, portanto, valores fundamentais a embasar a norma.

Parece, então, que o ponto fundamental da discussão reside nos denominados bens jurídicos supra-individuais, atualmente considerados os maiores objetos de preocupação no que tange à tutela jurídico-penal. Tratando da proteção dos referidos bens jurídicos, tem-se, na linha funcionalista, sua vinculação à função dos sistemas sociais ou institucionais. De fato, conforme adverte Bernd Müssig, o direito, como estrutura da sociedade, desenvolve-se fundamentalmente sob a perspectiva de conflito. Referido conflito constitui, então, o substrato social que conduz à generalização de expectativas de conduta.²² Justamente por isso, não soa adequada a pretensão de reduzir a garantia jurídico-penal às expectativas de conduta cuja função social afeta exclusivamente contatos sociais diretos (conflitos imediatos), haja vista que referida pretensão acabaria por afastar tal garantia da configuração da sociedade (retornando-se à mera garantia jurídico-penal de uma sociedade pré-moderna, individualista).²³

De outro lado, a teoria sistêmica enfrenta a oposição dos teóricos da Escola de Frankfurt, a partir das experiências históricas do século XX, com a imagem da totalização da razão instrumental. Nesse contexto, a submissão do indivíduo às circunstâncias sistêmicas da sociedade conduzem a uma razão de natureza totalitária. De forma mais direta: o indivíduo acaba convertido em mera célula de reação funcional.

Defende-se, nessa linha, uma concepção pessoal da constituição do bem jurídico, como se verifica nos estudos de Rudolphi, Marx e Winfried Hassemer, dentre outros

lador penal, v. HIRSCH, STRATENWERTH e JAKOBS.

20 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 20.

21 MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 68.

22 MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico...*, cit. , p. 61.

23 Idem, *Ibidem*, p. 63.

autores, a partir do referencial do indivíduo (a pessoa como titular de bens jurídicos), ao qual devem servir o direito e o Estado. Assim, sendo os bens jurídicos entendidos a partir dos indivíduos, mesmo os bens jurídicos supra-individuais apenas poderão ser considerados legítimos na medida em que sirvam ao desenvolvimento pessoal dos cidadãos. Essa concepção pessoal do bem jurídico advém do modelo do Estado liberal, tendo por base a idéia do contrato social de Rousseau. Exatamente por isso, conforme a concepção pessoal, a hierarquização entre bens jurídicos individuais e supra-individuais revela-se perigosa, haja vista que, no contexto da sociedade atual, pode haver uma dissolução técnico-social do sujeito na constituição de bens jurídicos supra-individuais, levando, conseqüentemente, à ameaça de uma funcionalização dos interesses pessoais em relação ao Estado.

Na mesma linha de raciocínio, aplicado à realidade atual das sociedades complexas, Claus Roxin observa que, em um Estado Democrático de Direito (modelo de Estado que se toma por base), as normas penais apenas podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo o respeito aos direitos humanos de todos. Assim, na medida em que essa tarefa não possa ser cumprida por outros instrumentos de controle social, o Estado deve garantir penalmente não apenas as condições individuais necessárias para tal coexistência (tais quais a vida, a integridade física e o patrimônio), como também as instituições estatais que sejam imprescindíveis a tal fim (como o sistema financeiro, a administração da justiça e o sistema fiscal).²⁴

A partir de referido pressuposto, Roxin denomina bens jurídicos a todos os objetos legitimamente tuteláveis pela norma sob essas condições, ainda que possam implicar, por vezes, substratos de sentido de natureza ideal. Assim, os bens jurídicos, para o professor da Universidade de Munique, são “realidades ou fins necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal voltado à consecução de tais fins. A distinção entre realidades e fins leva a conclusão de que os bens jurídicos não necessariamente vêm dados ao legislador, como ocorre, a título de exemplo, com a vida humana, senão que também podem ser criados, como sucede em matéria tributária”.²⁵ Observa-se, portanto, que se continua a defender uma concepção pessoal do bem jurídico, embora se pretenda adequar seu conceito a novas realidades.

A esse ponto, surge a indagação sobre quais os limites oponíveis ao legislador na criação desses bens jurídicos e, assim, na elaboração de normas penais. Em palavras mais simples, busca-se identificar como a teoria pessoal do bem jurídico pode, concretamente, exercer a função de delimitação negativa do direito penal. A essa questão, Claus Roxin procura responder com base em alguns parâmetros gerais. Em primeiro lugar, defende-se a ilegitimidade de normas penais que sejam exclusivamente motivadas por concepções ideológicas. De outro lado, adverte-se que a mera delimitação da finalidade

24 ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 447.

25 Idem, ibidem, p. 448.

da lei não constitui um bem jurídico. Em terceiro lugar, aponta-se que a mera ilicitude moral não basta para justificar uma disposição penal, exigindo-se a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Afirma-se, também, que a lesão da própria dignidade não supõe a lesão de um bem jurídico. Em quinto lugar, a proteção de certos sentimentos somente é considerada como proteção de bens jurídicos quando se trate de sentimentos de insegurança, em razão do multiculturalismo a exigir tolerância em relação a condutas que contradizem representações valorativas pessoais. Tem-se, ainda, que a lesão consciente a si mesmo, bem como a possibilidade de seu favorecimento por terceiro não podem legitimar uma norma penal, em razão da proteção de bens jurídicos ter como finalidade a proteção do indivíduo em relação a terceiros, e não de si mesmo. Em sétimo lugar, conforme expõe Roxin, leis penais simbólicas (que perseguem fins extrapenais) não se servem à proteção de bens jurídicos. Da mesma forma, os denominados tabus (como o incesto) não podem ser considerados bens jurídicos. Finalmente, abstrações inapreensíveis não poderiam constituir bens jurídicos.²⁶

Na verdade, a partir das idéias acima expostas, percebe-se a dificuldade de se estabelecer de forma segura os limites da própria teoria pessoal do bem jurídico, de forma a restringir sua aplicabilidade concreta no exame da legitimidade das normas penais. E embora haja pontos de contato a permitir a recepção constitucional da idéia de proteção de bens jurídicos como critério de legitimidade da intervenção penal (como também defende Hassemer), Claus Roxin chega a admitir que, diante da tendência crescente da criação de tipos penais que trazem o adiantamento da intervenção penal a estados prévios à lesão de bens jurídicos, o princípio da proteção de bens jurídicos apenas seria útil caso fosse revisto – em razão das condutas incriminadas se situarem muito distantes de uma autêntica lesão ou perigo a bens jurídicos.²⁷ No mesmo sentido, se de um lado temos os denominados *mediating principles* (princípios limitadores da punição), de outro pode-se falar nos *extending principles*²⁸ (princípios ampliadores da punição), nos casos dos denominados delitos de conduta ou carentes de bens jurídicos. Aliás, na última edição de seu tratado²⁹, Claus Roxin menciona que, nos casos de proteção de embriões humanos, do meio ambiente, de animais, e mesmo das gerações futuras, o princípio de proteção de bens jurídicos não seria de nenhuma ajuda, embora entenda que tais situações devam ser abarcadas pelo direito penal contemporâneo. Vale dizer, estaríamos aqui diante de normas penais incriminando condutas sem o referencial do bem jurídico.

É importante observar, assim, que a concepção pessoal do bem jurídico pode trazer, por si mesma, dificuldades teóricas a impedir sua boa aplicação. Basta, para tanto, verificar que qualquer bem jurídico supra-individual pode ser (re)interpretado, num plano de maior abstração, em sentido pessoal, haja vista que, em última análise, tudo o quanto é compreendido pela sociedade diz respeito a indivíduos concretos. Aliás, o Estado tem

26 Idem, *ibidem*, p. 452.

27 Idem, p. 454.

28 Ambos os termos utilizados no Colóquio Internacional *Mediating principles – Prinzipien der Strafbegrenzung*, realizado em 2004 sob organização de Andrew von Hirsch, Kurt Seelman e Wolfgang Wohlers.

29 ROXIN, Claus. *Strafrecht AT/I*. 4ª. edição, 2006, parágr. 2º., n. 51e ss.

mesmo como função precípua garantir a auto-realização dos indivíduos. Fica evidente, portanto, que o critério da teoria pessoal do bem jurídico acaba perdendo de forma patente seu conteúdo ou precisão, revelando-se um conceito muito mais ideológico.³⁰

Diante do exposto, observa-se que a despeito da teoria pessoal do bem jurídico ter iniciado historicamente a tarefa de delimitação crítica da intervenção penal, referida concepção não soa adequada, fora do âmbito dogmático, para justificar, por si só, as decisões legislativas atuais que fixam a relação direta entre o direito penal e a determinação da configuração concreta da sociedade.³¹ De outro lado, se não se renuncia ao princípio de proteção de bens jurídicos, pretendendo-se sua ampliação na atualidade, haverá de se definir como se dará referida ampliação.³²

IV. Conclusão

Assiste-se na atualidade à crescente funcionalização do direito penal na luta contra inimigos sociais, nos mais diversos âmbitos. Nesse contexto, e embora não seja tarefa das mais fáceis, diante da complexidade dos fatores envolvidos, a começar pelo próprio apego à concepção individualista (como justa herança do Iluminismo), constitui importante missão da doutrinação o estabelecimento de parâmetros seguros para a delimitação da intervenção penal na sociedade, visando a evitar a indevida intromissão na esfera individual do agente nos casos em que o objeto da norma positiva não se revelar legítimo de proteção.

O conceito de Estado Democrático de Direito não se resume na instituição formal da divisão de poderes, implicando mais do que o mero estado de legalidade. Seu verdadeiro fim é a justiça material. Neste sentido, Hans-Joachim Rudolphi cita Scheuner, que resume: “o Estado de Direito é não apenas o Estado de uma administração ajustada à lei ou de um completo controle judicial, não apenas o princípio de segurança e a executoriedade. Entendido em seu sentido material, importa o respeito à liberdade pessoal e uma conformação da coisa pública, com base no princípio de sua proteção e um ordenado poder estatal, cujo ordenamento jurídico emanado do povo liga todo o atuar estatal a estes fundamentos e ao esforço por uma configuração justa e igualitária das relações humanas. Brevemente: o Estado de Direito corporiza em si a proteção da liberdade pessoal e política dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do poder público”.³³

Daí, deduz-se que uma norma penal apenas é justificável na medida da sua necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa. Nesse passo, não tem o Estado direito de coagir os indivíduos a eleger determinados modelos de comportamento, quando isto não for relevante para

30 Nesse sentido, v. MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico...*, cit., p. 58.

31 Idem, *ibidem*, p. 69.

32 No mesmo sentido, v. HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico...*, cit., p. 469.

33 RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Los diferentes aspectos...*, cit., p. 338.

a manutenção da vida social. A tolerância, o reconhecimento do pluralismo e a proteção da personalidade como elemento material essencial do Estado Democrático de Direito proíbem, portanto, ao poder estatal o reconhecimento de determinados ideais morais para exigí-los como bens jurídicos.

E não poderia ser mesmo diferente, pois se se reconhecesse ao Estado a faculdade de sancionar todo comportamento que, mesmo inofensivo, de acordo com um juízo estabelecido pela maioria soa como imoral, haveria de se admitir, também, o direito de se coagir, por meio do direito penal, as minorias que não compartilham as concepções morais gerais, para que adaptem suas ações aos padrões valorativos eleitos como dominantes (apesar de essas ações não serem socialmente danosas), o que soa absolutamente inaceitável na atualidade.

Então, embora possa haver, nos dias atuais, correntes que neguem importância ao bem jurídico, pretendendo a consideração do Direito Penal exclusivamente em seu sentido sistêmico, como a defendida por Günther Jakobs, na Universidade de Bonn – Alemanha, não parece correto abandonar a referência ao bem jurídico e, portanto, aos valores e interesses fundamentais da sociedade, mesmo que possam agora também assumir caráter supra-individual, pois são esses valores que deverão constituir os mínimos éticos cuja expectativa social é tutelada pelas normas que compõem o sistema penal.

Porém, se não se pode, de um lado, como a maior parte da doutrina, concordar com uma concepção exclusivamente sistêmica do direito penal, em seu sentido autopoietico – no qual os indivíduos não fazem parte do sistema social, e sim de seu entorno, na expressão de Luhmann –, é inegável, de outro, que o sentido comunicacional da sociedade ganha importância fundamental no exame da legitimidade da intervenção penal. Se é assim, a concepção pessoal do bem jurídico não se revela mais adequada, nesse novo contexto, estando a merecer estudo mais aprofundado, para o fim de revisão.

A compreensão do real sentido do bem jurídico-penal, no contexto de um sistema aberto, baseado em uma sociedade pluralista na qual os valores se pautam no mundo de vida de cada um, deve levar em conta os partícipes da comunicação, que se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento a fim de atingir a auto-realização social. Dentro desse sistema, o bem jurídico ganhará contornos mais públicos, mas ainda continua a representar o padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a observância à função e, conseqüentemente, a legitimação do direito penal em cada caso concreto.

Bibliografia

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConSur, 1994.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed.. Trad. André Ibeñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998.
- MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Trad. da 2ª. edição alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, año 4, 1975.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª. Edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.



Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Diretora do Instituto Manoel Pedro Pimentel, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

ARTIGO 2

REFLEXÕES DOGMÁTICAS SOBRE A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Alamiro Velludo Salvador Netto

Sumário:

1. Resumo. 2. Introdução: A unicidade do delito e a analítica da compreensão e aplicabilidade: a relação entre tipicidade e antijuridicidade. 3. O pensamento de Zaffaroni e a tipicidade conglobante. 3.1 Lei, norma e interesse (bem jurídico) – 3.2 Tipicidade penal: tipicidade legal (formal) e tipicidade conglobante - 3.3 Antijuridicidade e causas de justificação (tipos permissivos) – 4. Conclusões e críticas ao pensamento da tipicidade conglobante – 5. Bibliografia citada no texto.

1. Resumo

O presente artigo possui como finalidade realizar algumas exposições, análises e críticas a respeito do pensamento elaborador da teoria da tipicidade conglobante. Não são muitos os escritos sobre o tema, o que, se por um lado dificulta a obtenção de obras específicas, por outro possibilita um amplo e aberto debate no tocante às suas assertivas. Busca-se, assim, compreender a estruturação dos elementos da teoria do delito em conformidade com o pensamento de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Além disso, intenta-se um cotejo com outras modalidades de pensar a elaboração conceitual do crime, sempre com a finalidade precípua de aprimorar o potencial da dogmática jurídico-penal para a resolução de casos concretos. Mais do que conclusões, indagações e postulações pontuais são feitas, de modo a divulgar a teoria e, ao mesmo tempo, criticá-la e usufruir academicamente aquilo que tem de melhor e mais adequado à nossa realidade penal contemporânea.

Palavras-chave:

Direito Penal - Dogmática Penal – Teoria do Delito - Tipicidade Penal – Tipicidade Conglobante.

2. Introdução: A Unicidade do Delito e a Analítica da Compreensão e Aplicabilidade: A relação entre Tipicidade e Antijuridicidade

O conceito de delito, construído ao largo do desenvolvimento jurídico penal, é dotado de individualidade, ou seja, constitui um todo orgânico¹. Isto quer dizer, acima de tudo, que o fato da dogmática jurídica, de forte viés analítico, demonstrar a existência de suas elementares estruturantes, não implica - como consequência - na desnaturação de um objeto único e, por esta razão, divisível tão-somente no plano intelectual. O crime - não obstante seja integrado pela ação humana dotada de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ao menos na noção tripartida tradicional - tem o seu conceito resultante da integração e principalmente da superação destas modalidades vistas em si mesmas. Assim, devem ser evitadas as idéias que simplesmente definem o objeto criminal principal como um mero aglutinado (adição) de todos estes consagrados elementos.

A elaboração da infração penal corresponde a uma maneira específica de integração destes mesmos elementos, de um *sistema* e de uma *ordem*, a fim de delimitar uma montagem determinada e engrenada que muito difere da simples junção aleatória de peças. Do mesmo modo, e a título ilustrativo, o corpo humano não pode ser definido apenas pelos órgãos que o compõem e sem os quais não seria aquilo que realmente é. Os componentes para formarem um todo devem estar estruturados de forma coerente, funcional, potencializando mutuamente uns aos outros em benefício da globalidade. O todo não se resume ou mistura com as partes, as supera e se diferencia. Os estudos desta dinâmica entre os componentes do delito e a sua respectiva superação são precisamente os objetos científicos da *Teoria do Delito*, um dos temas mais complexos e controvertidos de toda a Ciência do Direito.

Ao contrário da ciência que vislumbra meramente a observação, o Direito apresenta um complicador adicional. À dogmática jurídica não cabe apenas conhecer o delito como faz o botânico em relação à flor. Ao estudioso do Direito o trabalho resulta na própria constituição do conceito de delito. O conhecer, neste aspecto, confunde-se com o construir, outorgando os critérios e postulados necessários para a percepção e, além disso, operacionalização das normas jurídicas como estruturas de sentido destinadas ao controle social. Estudar a Teoria do Delito impõe a possibilidade de transformá-la, vislumbrando a elaboração de um sistema e de uma ordem melhores e mais capazes de articularem a aplicabilidade concreta, no caso, do Direito Penal.

A larga evolução da teoria do delito sempre impôs um problema significativo na *relação entre tipicidade e antijuridicidade*. Trata-se de um convívio tenso, no qual é difícil estabelecer as margens de início e fim diferenciadores de um e de outro conceito. Dito de outro modo, não é de tranqüila resolução pontuar, cientificamente, as zonas de interação e separação dos conceitos, bem como sua perfeita distinção dogmática. Não é à toa, aliás, que o desenvolvimento da noção de tipicidade demarca-se pelos contatos

¹ A expressão do delito como um todo orgânico é extraído da obra de ANTOLISEI, Francesco. *Manuale de Diritto Penal*. 3ª ed. Milano: Giuffré, 1957, p. 143.

desta categoria do crime com a antijuridicidade, ora situadas em planos dotados de plena cisão, ora totalmente integradas e unificadas. Exemplo da primeira vertente é a teoria de BELING, denominada como *fase da independência* do tipo penal. Demonstração da segunda é a postulação de MEZGER, o qual resta por fundir tipo e ilícito em único momento de verificação analítica (*ratio essendi*).

O que pode ser dito, porém, com certa dose de firmeza e independentemente da teoria correta, são os critérios pelos quais as teorias devem ser conferidas cientificamente como adequadas ou não. Uma primeira verificação – ao se separar idealmente as partes de um todo – é dada exatamente em sua *lógica e racionalidade*. A logicidade, nestes termos, funciona como um via de mão dupla. A elaboração analítica apenas pode ser útil na exata medida em que confere ao operador uma capacidade maior de articular os conceitos jurídicos com a finalidade de aplicação concreta do direito (*rendimento*). Os elementos do crime articulam-se como etapas pressupostas e necessárias, orientadoras do intérprete em sua construção social para o aperfeiçoamento do conceito de crime². Ao mesmo tempo, não podem apresentar contradições com os conceitos gerais estipulados pelo Direito, culminando em derivações inúteis ou pouco relacionadas com as perspectivas mais gerais da ciência jurídica em dado momento.

Em segundo lugar, e diante da existência de logicidade e não-contradição, os elementos do delito devem ser capazes de facilitar o procedimento decisório, ofertando um ferramental teórico ao intérprete destinado à diminuição das complexidades derivadas da variação concreta de casos (*regras de decisão*). A dogmática, nesse sentido, busca a unidade na diversidade, preceito este exatamente coadunado com o decréscimo da variabilidade factual e concretização da identificação teórica.

A construção de ZAFFARONI, denominada *teoria da tipicidade conglobante*, apresenta relevante importância exatamente na preocupação apresentada pelo autor na resolução das supostas contradições teóricas entre o sistema penal e o sistema jurídico como um todo. A teoria, neste aspecto, vislumbra ser um corretivo de incongruências, pautada nos mais basilares corolários da lógica (*princípios da identidade e não-contradição*)³. O desenvolvimento da tese, porém, parece apresentar problemas dentro de sua aferição através dos critérios acima enumerados, isto é, racionalidade lógica e utilidade decisória para a resolução de casos conflituosos dentro da esfera da dogmática jurídico-penal. Neste sentido, curiosa é a verificação se a teoria postulada resolve ou aprofunda o problema maior que pretende suplantar.

2 Nesse sentido não há como discordar de HASSEMER em sua verificação dos elementos do crime como “coletânea de indicações metódicas de procedimento” destinadas à apresentação da decisão por parte do operador do direito. HASSEMER. Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigues Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 275.

3 Assim podem ser definidas estas duas leis da razão: “Sob o ponto de vista ontológico, como lei geral do ser, o princípio da identidade formula-se assim: toda coisa (ser) é idêntica a si mesma. O que é, é: o que não é, não é. ‘a’ é ‘a’, uma coisa é o que é... O princípio de contradição – também chamado não-contradição – formula-se assim: do ponto de vista ontológico: nenhuma coisa é e não é, simultaneamente e sob o mesmo aspecto ou relação. Do ponto de vista lógico: o mesmo predicado não pode ser afirmado e negado ao mesmo sujeito, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto ou relação...”. ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 150-151.

Para a tentativa de solucionar os impasses das tradicionais construções da teoria do delito, ZAFFARONI insere o conceito de antinormatividade para a concretização da tipicidade conglobante, como forma de nele representar todas as realidades normativas do ordenamento jurídico geral, evitando, a princípio, antinomias no sistema. Tal conceito, numa primeira observação, aparenta inutilidade e, mais do que isso, contradição com as teorias penais da antijuridicidade, as quais, por sua vez, já não renegariam a ilicitude do direito em sua totalidade. Seja como forma, imperiosa se faz a análise e crítica detalhada destas construções, bem como seus respectivos cotejos com a teoria do delito e suas modalidades.

3. O pensamento de Zaffaroni e a Tipicidade Conglobante

3.1. Lei, Norma e Interesse (Bem Jurídico)

A estruturação da teoria do tipo penal denominada *tipicidade conglobante*, elaborada pelo jurista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, parte da co-existência de três conceitos distintos, bem como resulta de uma maneira específica de relacioná-los. Deve ser pressuposta, assim, a observação de uma projeção lógica e de consequência entre o (i) bem jurídico - interesse, (ii) a norma e a (iii) lei. O trabalho do legislador consistiria, assim, na elaboração de uma lei que é produto do interesse de tutelar certo bem, capaz de vincular imperativamente determinadas condutas humanas. Com este procedimento, alguns bens são transformados em bens jurídicos e reconhecidos enquanto tal. O legislador parte do bem à norma e desta à lei. O intérprete (juiz) caminha no sentido exatamente oposto quando da resolução de casos, isto é, parte da lei à norma para atingir fundamentalmente o bem jurídico possuidor da tutela penal.⁴

De acordo com o próprio autor, a explicação dar-se-ia da seguinte maneira: *“Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valor. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva a categoria do ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.”*

⁵. Diante destas ponderações, a compreensão essencial destas construções apenas pode ser efetivada se aperfeiçoada a análise de cada um destes elementos constitutivos, haja vista que a posição teórica ergue-se perante conceitos construídos de maneira bastante específica.

Neste cenário, o tipo penal ganha, a princípio, a simples característica de identifica-

⁴ Ao que parece, esta afirmativa destaca a interpretação teleológica do direito, sempre voltada ao bem jurídico sustentador da tutela. Remete ao velho brocardo latino, aqui entendido como o fim último de amparo ao ente vislumbrado pela norma jurídica: *“Ter o direito não é ter as suas palavras, mas sim a sua força e majestade”*.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 391. Os autores, do mesmo modo, atestam sobre a racionalidade do legislador: *“Dessarte, o legislador vai do ente à norma e desta ao tipo penal. Nós, ao interpretarmos a lei penal a fim de determinar o seu alcance, devemos seguir o caminho inverso: da lei (tipo legal: ‘Matar alguém... pena’) à norma (‘não matarás’) e através da norma conhecemos o ente que afinal será bem jurídico (a vida humana)”*.

ção com a lei. Tipo penal, assim, nada mais é do que a lei penal, isto é, um *tipo legal*. Define-se como um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva. Sua finalidade, ademais, é a individualização de comportamentos humanos penalmente relevantes. O conceito de tipo penal, aqui, é significativamente esvaziado. Sua instrumentalidade está direcionada à citada individualização. Sua existência deriva de seu necessário aspecto lógico como ordenador racional da teoria do delito, entendida esta como o aparato racional (quase-tecnológico) destinado à compreensão de fatos e sua respectiva inserção ou indiferença no universo do direito penal. Ser logicamente necessário implica em ser uma etapa imprescindível ao intérprete, o qual sem o juízo de tipicidade não poderá ultrapassar sua avaliação para as fases subseqüentes da antijuridicidade e da culpabilidade. Sem tipicidade – a qual não é realizada sem o tipo legal - não há o que se questionar acerca dos demais elementos, restando prejudicada a aferição da existência delitiva ou do injusto típico⁶ (*princípio da legalidade*).

Dentro desta contextualização que equipara a lei ao tipo penal (ou tipo legal) não parece ser surpreendente o resgate de uma tipicidade basicamente descritiva. Se o tipo penal é a lei, e se esta última possui como finalidade apontar o elenco de atitudes humanas proibidas em sociedade, o tipo penal, como conseqüência, vivenciaria a experiência de ser dotado de elementos notoriamente descritivos, com os quais o legislador conseguiria legalmente realizar a leitura e descrição do universo social. Depois de quase um século, a teoria da tipicidade conglobante despejaria no tipo legal a mera natureza de descrição, resgatando, sob uma lógica um pouco diferente, a mesma conclusão admitida por BELING em 1906. Todavia, se a conclusão são as mesmas – ainda que aquele autor desconhecesse qualquer visão conglobante – as críticas também devem - de alguma forma - ser repetidas.

Consciente desta problemática, a própria teoria de ZAFFARONI, ao elaborar esta noção de tipo legal, refugia-se com a exceção, o que, a princípio, teria o condão de confirmar a regra. A afirmativa do autor é realizada de modo a atribuir ao tipo uma característica *predominantemente* descritiva, não obstante “... os tipos, às vezes, não são absolutamente descritivos, porque ocasionalmente recorrem a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo valorativo jurídico ou ético...”.⁷ Parece aqui haver uma pequena confusão. Não existem objeções em se dizer que o tipo legal tem como função descrever parte das relações sociais. O equívoco reside em afirmar que esta mesma descrição é feita através de elementos predominantemente descritivos em sentido estrito. Na medida em que o direito moderno apresenta-se com clara natureza auto-referencial, aqui colocada no sentido de normas possuírem com constância outras normas como categoria essencial de sentido, os juízos valorativos jurídicos já estão ínsitos em qualquer descrição por mais singela que seja. Não existe a defesa penal da

⁶ “... la tipicidad es una condición necesaria pero no suficiente de la antijuricidad (prohibición) de una conducta...” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Et all. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 195).

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 382.

propriedade sem uma série de preceitos, também jurídicos, capazes de defini-la. Pensar de outra forma é imaginar a propriedade em si mesma, deslocada de qualquer construção social-jurídica que lhe outorgue suas feições primordiais. O mesmo estende-se à administração pública, ao meio ambiente, ao sistema financeiro, e à própria vida, na medida em que o conceito jurídico apenas possui nas ciências naturais um importante referencial ou critério, mas jamais uma colagem perfeita e irretocável.

As legislações contemporâneas, do mesmo modo, não sustentam a assertiva acerca das leis penais *ocasionalmente* se utilizarem de juízos valorativo e ético. Se assim fosse, a preocupação atual do sistema penal não seria a problemática com os tipos penais abertos, de perigo abstrato e concreto, as normas penais em branco, a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁸. Tais formulações legislativas são incapazes de sentido ou de interpretação se ficassem restritas a conceitos meramente descritivos na fórmula que aqui parece ser explicitada. Além disso, na crítica de RUSCONI, a elaboração de ZAFFARONI inconscientemente afirma um desprestígio dogmático da categoria, sendo a atividade do intérprete muito mais importante do que aquela que lhe é conferida pelo autor⁹. A interpretação da lei é constitutiva de seu sentido, e não meramente declaratória de um suposto conteúdo inato¹⁰.

No cerne da tese conglobante, tipo legal (lei) apenas transforma a norma em jurídica, outorgando-lhe uma sanção penal em seu descumprimento. O tipo, lastreado em uma norma, qualifica o ente, sobre o qual recai o interesse social, como um bem jurídico. Dentro de uma perspectiva temporal, isto culmina no fato de tanto a norma quanto o próprio ente serem *anteriores* à lei. Quando a lei adentra ao ordenamento esta, na verdade, já pressupõe as duas categorias, sendo responsável apenas por estabelecer o vínculo impositivo da sanção jurídica e, mais do que isso, adjetivar um ente com a caracterização do relevante valor social. Na medida em que o tipo está identificado com a lei, esta categoria do delito não contém a norma nem o bem jurídico (ente), os quais lhe são externos. O tipo, a rigor, permite apenas o *conhecimento* da norma, a qual, por sua vez, dirige-se à proteção do bem jurídico.

Esta posição estanque e externa entre uma e outra categoria exige uma aproximação separada às suas respectivas realidades. No tocante ao bem jurídico, a construção não foge muito da tradicional postura adotada pela doutrina penal tradicional, no sentido de serem entes protegidos pelo direito (*jurisdicizados*), na medida em que os cidadãos devem manter em relação a estes uma tranqüila possibilidade de disposição. Entretanto, a dificuldade reside na admissão de uma normatividade externa ao direito, uma vez que também não se confunde com a antijuridicidade. Conforme a teoria, a antinormatividade e a antijuridicidade são dois momentos distintos, sendo certo que esta última sempre

8 Sobre esta questão dos tipos penais e o direito penal contemporâneo vide: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

9 RUSCONI, Maximiliano. *Imputación, Tipo y Tipicidade Conglobante*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 24.

10 Note-se que Zaffaroni posteriormente assume a característica indiciária da tipicidade, resgatando a elaboração inaugurada por MAYER, também adotada no finalismo welzeniano.

se relaciona e se esgota nas causas de justificação, ou seja, conceitos permissivos que pressupõem uma vinculação sempre harmônica e coerente com outras determinações legais de caráter proibitivo.

Surge, daí, o conceito separado de antinormatividade, qual seja, a atribuição dada a um comportamento específico que viola a norma que está sobreposta ao tipo legal e que é, em consequência, aviltante do bem jurídico protegido. Nos dizeres de ZAFFARONI: “A conduta adequada ao tipo penal do art. 121 do CP será contrária à norma ‘não matarás’, e afetará o bem jurídico vida humana; a conduta adequada ao tipo do art. 155 será contrária à norma ‘não furtarás’, e afetará o bem jurídico patrimônio etc.”.¹¹ Ao que tudo leva a crer, a conduta delitativa, assim, seria aquela que espelha uma contrariedade à norma e, ao mesmo tempo, uma conformidade à lei, lembrando, sobretudo, a velha posição espelhada por BINDING.

A problemática, todavia, persiste. Isto resulta da própria assertiva do autor quando apregoa que: “... a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa”.¹² Ocorre que há uma especificidade no significado das palavras aqui empregadas. O fato ser penalmente típico, neste contexto, não pode ser entendido como ser adequado à tipicidade meramente legal, ou seja, à lei. Se assim fosse, a divisão estabelecida entre a norma, de um lado, e a lei, de outro, não faria qualquer sentido, tendo em vista que haveria sido feita uma separação que posteriormente não mais subsistiria. Dessa forma, surge a distinção entre tipicidade legal e tipicidade penal. A primeira está encerrada na lei, com qualificações puramente formais. A segunda, a tipicidade penal, é o produto da conjugação da tipicidade legal com a tipicidade conglobante (material). Esta tipicidade penal (tipicidade legal mais tipicidade conglobante) sempre consistirá na antinormatividade e, portanto, quando verificada *in concreto*, poderá permitir o questionamento a respeito das demais categorias da teoria do delito.

Dito de outro modo, a tipicidade legal tem o condão de selecionar descritivamente os comportamentos, tendo em vista a exigência e respeito ao *princípio da legalidade*. A sua existência isolada, contudo, não permite o aperfeiçoamento essencial do juízo de tipicidade, pois não é capaz, por si só, de aferir a afetação, pela conduta analisada, da norma e do bem jurídico. A integração destes dois últimos aspectos ao instante da tipicidade legal (lei) apenas pode ser realizado pela chamada tipicidade conglobante (material).

3.2. Tipicidade Penal: Tipicidade Formal (Legal) e Tipicidade Conglobante

A tipicidade conglobante, neste universo, funciona como um *corretivo* da tipicidade legal, sem a qual haveria contradições insanáveis com a ordem normativa. A finalidade

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 392.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 392.

da tipicidade conglobante, assim, é verificar o âmbito de proibição da lei penal quando esta é inserida no global ambiente normativo, ou seja, através do seu cotejo com todas as normas restantes de uma determinada ordem. A tipicidade legal dar-se-á com a simples subsunção da conduta ao modelo abstrato previsto em lei¹³. A tipicidade conglobante, como segundo passo, realizará a conferência deste aspecto formal com o restante do ordenamento normativo. Tal explicação pode ser visualizada com um exemplo¹⁴.

A situação exemplificativa retrata a situação de um oficial de justiça, o qual, devidamente munido de ordem judicial de autoridade competente, tem o dever de realizar a apreensão de um objeto na residência de seu proprietário. Ao se apoderar do objeto, com a finalidade de executar a medida de seqüestro determinada, a pergunta que permanece é exatamente em que medida o direito penal e a teoria do delito compreendem este acontecimento. Do ponto de vista formal há a existência da hipótese modelo do artigo 155 do Código Penal (furto), uma vez que, de fato, teria existido a inversão da posse em relação à coisa alheia móvel. De acordo com o Código Penal brasileiro, a explicação mais plausível para a resolução da questão é aquela que enxerga a ocorrência de uma causa de exclusão da ilicitude em razão do *estrito cumprimento do dever legal*, de forma com que a conduta do beleguim seria típica, porém não antijurídica (artigo 23, inciso III). Para ZAFFARONI, com fundamento na necessidade de coerência normativa, tal posição dogmática não pode prosperar.

Outro exemplo de necessária menção se refere ao médico. Se o cirurgião atua para salvar a vida e efetua um corte em seu paciente, não há como afirmar, segundo o autor, a inexistência de dolo, uma vez presentes os elementos volitivo (vontade) e cognitivo (conhecimento). Do mesmo modo “... dizer que o cirurgião age ao amparo de uma causa de justificação é tão pouco coerente como afirmar que o oficial de justiça comete um furto justificado.”¹⁵

Estas questões, se resolvidas no âmbito da licitude, estariam, segundo a teoria, criando contradições no ordenamento normativo. Na medida em que a tipicidade, aqui entendida em seu sentido material e não apenas legal, importa na antinormatividade, esta passa a ser a seara adequada para a resolução do problema, afastando, desde logo, a existência da chamada tipicidade conglobante. Dito de outro modo, a antijuridicidade apenas possui valia quando a conduta típica está permitida – diante de dadas situações - pelo ordenamento jurídico, conferindo ao agente a faculdade de sua utilização. Quando há, portanto, uma permissão excepcional. Nos dois casos analisados não se está diante de uma simples permissão, mas de uma *ordem* (no caso do oficial de justiça) e de

13 “Figurativamente, poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-se daqueles brinquedos educativos que têm por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças, haveria ‘tipicidade’ quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela, o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário, não.” GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006, p. 165.

14 O exemplo também é citado por PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 478.

uma atividade *fomentada* pelo direito (no caso do médico cirurgião). Isto quer dizer que normativamente a conduta do oficial de justiça não está excepcionalmente justificada pela ordem jurídica, mas, ao contrário, está determinada pela ordem normativa com a qual aquela não se confunde. No bojo de um sistema normativo não se pode conceber, nas palavras de ZAFFARONI, “*que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas.*”.¹⁶ Pelo que permite a compreensão, a idéia transmitida é que mesmo antes do advento da norma jurídica permissiva, o universo da antinormatividade já seria responsável pela exclusão de violações nas espécies de cumprimento de dever, graças a impossível situação de contradição na seara normativa. Diferente seria, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, os quais se encontrariam no patamar do jurídico, não do normativo.

Sempre que se estiver diante de um dever, o local dogmático de solução não é a antijuridicidade, mas a própria tipicidade conglobante (normatividade), haja vista a impossibilidade de contradição normativa e, além disso, a inexistência de afetação ao bem jurídico (tipicidade material). Nesse aspecto, GRECO, aparentemente aceitando a tese do autor argentino, traduz os dois requisitos para a tipicidade conglobante, quais seja, (i) a *conduta antinormativa do agente* e (ii) a *tipicidade material como critério de seleção do bem a ser protegido*.¹⁷

Esta exclusão da antinormatividade e em conseqüência da tipicidade penal quando vinculada à existência de deveres também gera soluções para as hipóteses de conflito de deveres, nos quais, segundo os defensores da corrente, sempre haverá um preponderante. Dois deveres jurídicos jamais obterão a mesma relevância, existindo sempre a atitude que deve ser assumida em detrimento da outra, sendo tais colisões de deveres apenas aparentes. A escolha da hipótese correta, isto é, do dever preponderante, excluirá o próprio tipo penal, enquanto a opção equivocada lançará o debate para a seara do erro de proibição. Em suma, colisão de deveres resolvida corretamente é problema de tipicidade conglobante; aquela resultante de deliberação errônea do agente remeterá a situação aos rincões da culpabilidade¹⁸ (exemplo disso estaria sediado no estado de necessidade exculpante, situação em que o bem maior é sacrificado em favor do bem menor).

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 472.

17 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Ob. cit. p. 166.

18 Exemplo tradicional de colisão de deveres seria aquele do médico que estivesse diante da situação de diagnóstico de uma moléstia grave. Assim, por um lado, verifica-se sua obrigação de alertar as autoridades sanitárias (*Omissão de notificação de doença* – artigo 269 do Código Penal). De outro, o dever de sigilo em face do paciente (*Violação de segredo profissional* – artigo 154 do Código Penal). Como razão de ordem pública, a notificação da doença culmina na atipicidade conglobante da violação do sigilo, tendo em vista a escolha correta do valor normativo preponderante. Se, por outro lado, a manutenção do sigilo importa na omissão quanto ao comunicado obrigatório, poderá haver a incidência do erro de proibição previsto no artigo 21 do Código Penal. Diferentemente seria a situação do pai que deve salvar seus dois filhos de uma casa em chamas, sendo que apenas possui a possibilidade de livrar um deles do fogo. Nesta circunstância, o “... *dever jurídico do pai diante do incêndio será salvar a qualquer um dos filhos, e nada mais, porque mais lhe é impossível...*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 474.

Como conclusão desta ponderação, pode ser dito que a hipótese de *estrito cumprimento do dever legal* culminará sempre na incidência ou não da tipicidade conglobante, existência ou não da antinormatividade. Tais condutas amparadas pela então considerada causa de justificação (ao menos no Código Penal brasileiro e tantos outros), portanto, são atípicas, não podendo recair sobre elas, inclusive, as exclusões da ilicitude. Afinal, excluída a tipicidade não há o que se questionar acerca da ilicitude do comportamento.

A tipicidade conglobante - conforme os exemplos citados - está excluída em razão de condutas que são ordenadas ou favorecidas por outras normas. Trata-se de *ordens* ou *fomentos*¹⁹ que se opõem – apenas aparentemente - ao tipo penal e, portanto, são capazes de *corrigir* a sua abrangência pelo fato da ordem normativa não poder apresentar contradições. Além disso, mais duas situações também importam em causas de inexistência de tipicidade conglobante: condutas que ficam *fora do poder repressivo do Estado* e as *ofensas insignificantes*.²⁰

A idéia da insignificância penal foi elaborada por ROXIN, considerando, com alterações e críticas dogmáticas, a perspectiva de WELZEL acerca da adequação social. O conceito de adequação social na baliza ontológica, segundo ROXIN, persegue o objetivo correto de eliminar dos tipos de delito as condutas que de fato não são relevantes no sentido de alcançarem um real grau de injusto. Porém a crítica de autor de Munique caminha no sentido de identificar na adequação social dois problemas significativos. Em primeiro lugar, a adequação não pode se entender como um elemento “especial” de exclusão do tipo. Em segundo lugar, a construção não apresenta critérios precisos. Na visão do próprio lapidador, o princípio da insignificância deve ser visto como uma máxima de “*interpretação restritiva orientada em direção ao bem jurídico protegido*” (tradução livre)²¹. Redunda da própria postura do direito penal como *ultima ratio* de intervenção, se comparado a todos os demais segmentos do sistema jurídico.

Na postura de ZAFFARONI a insignificância não é propriamente uma ferramenta de interpretação, mas uma constatação derivada da finalidade geral que oferta o sentido à ordem normativa. A noção da insignificância, neste aspecto, é produto da comparação que se faz da norma (tipo penal) com todo o ordenamento, não sendo possível a percepção da existência da relevância se for submetida à análise apenas a lei penal isoladamente. Mais do que um critério de análise, o tema aqui é encetado como resultado da análise. O seu diagnóstico “*exclui a tipicidade*”²², evidentemente que em sua faceta conglobante.

O acordo, na construção do autor argentino, também tem o condão de afastar a tipicidade conglobante, traduzindo-se como caso particular distinto do cumprimento do de-

19 Um exemplo que é dado como fomento normativo é o corte de barba e cabelo, tendo em vista as “*regras de higiene...*”. PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. Ob. cit. p. 46

20 PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. Ob. cit. p. 47.

21 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: fundamentos*. A estrutura da teoria do delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et all. 2º ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 296-297.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 483.

ver. Tal postulação depende da aceitação de uma premissa fundamental: todos os bens jurídicos são disponíveis, ainda que existam alguns - como a vida - nos quais as disposições são cercadas por maiores garantias e impedimentos de formas de acordo²³. Sendo o acordo o exercício da disponibilidade de um bem jurídico próprio, a sua utilização, evidentemente, será responsável pela configuração de uma causa de atipicidade²⁴.

Todas estas hipóteses, até agora verificadas, estão enumeradas dentro do ambiente da tipicidade penal em seu segundo momento, o qual já consignou a existência de sua faceta formal e submete agora a conduta à dinâmica conglobante. De acordo com tal posição, a tipicidade conglobante esvazia os dois extremos que lhe tocam na cadeia intelectual de percepção de um fato como criminoso. Por um lado, esvazia a tipicidade propriamente dita, tendo em vista a própria caracterização descritiva e formal que lhe outorga a teoria. Por outro lado, a teorização suprime da antijuridicidade algumas hipóteses, tais como o estrito cumprimento do dever legal, absorvidas que passam a ser pela categoria diferenciada da antinormatividade. Uma vez sendo a ordem normativa (conglobada ao tipo) não identificada plenamente com a ordem jurídica, imprescindível passa a ser a atividade ora exercida por esta última modalidade, ou seja, a antijuridicidade.

3.3. Antijuridicidade e Causas de Justificação (Tipos Permissivos)

A antijuridicidade, dentro da dinâmica da teoria da tipicidade conglobante, possui um conteúdo diferenciado daquele visto com mais frequência. Se a tipicidade pressupõe a antinormatividade, ambas indiciam a antijuridicidade, demarcando o tipo penal como *ratio cognoscendi*, de acordo com a reconhecida construção de MAYER. Esta posição, aliás, da relação entre tipo e antijuridicidade não “*se desvia do seguido pela dogmática finalista mais ou menos tradicional.*” (tradução livre).²⁵ Como visto, a tipicidade caracteriza-se pela violação da ordem normativa. A antijuridicidade, por sua vez, destaca-se pelos itens permissivos que impedem, em certos casos, a violação da ordem jurídica. Dito de outro modo, aqui reside um juízo claramente negativo, lastreado na inexistência da justificante. Conclui-se, assim, a possibilidade de violação da ordem normativa sem a violação sucessiva da ordem jurídica, não sendo o inverso, porém, verdadeiro.

23 “*Há formas de acordo que são inadmissíveis, o que tem sido mal entendido, levando a que um setor da doutrina fale de ‘bens jurídicos disponíveis’ e de ‘bens jurídicos indisponíveis’, com a última expressão referindo-se às hipóteses em que o acordo não é admitido sob certas formas. Na realidade, não se trata de indisponibilidade de bens jurídicos – o que é uma contradição – e sim de bens jurídicos cuja disposição é cercada de certas garantias, que impedem o reconhecimento de algumas formas de acordo, particularmente quando não são racionalmente compreensíveis.*” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 476-477.

24 Neste aspecto há uma distinção fundamental entre o *acordo* (excludente da tipicidade) e o *consentimento* em sentido estrito, o qual se aplicaria somente às causas de justificação. A existência do consentimento, assim, teria apenas o condão de permitir ao agente a utilização de uma causa de exclusão da ilicitude. Adota-se, portanto, uma teoria dualista, contrária às posições funcionais de ROXIN e JAKOBS (tese monista).

25 RUSCONI, Maximiliano. *Imputación, Tipo y Tipicidade Conglobante.* Ob. cit. p. 24.

Para admitir esta conclusão é necessário, de acordo com o apreendido pelo autor argentino, que a ordem normativa esteja contida na ordem jurídica, mas com ela não se confunda. Em suma: “a ordem jurídica é composta pela ordem normativa completada com os preceitos permissivos”²⁶. Isto resulta dizer que a ordem jurídica tem a capacidade de neutralizar os mandamentos normativos. Seu conteúdo, além disso, não deriva apenas do direito penal, mas de todo o ordenamento jurídico, ressaltando, aqui, a integralidade do direito. Exemplo desta situação seria o hoteleiro que, ao não receber do hospedeiro os valores devidos pelas despesas e consumos no estabelecimento, pode, de acordo com o artigo 1.470 do Código Civil, realizar o *penhor legal* independente de recorrer à autoridade judiciária, dando ao devedor comprovante dos bens (bagagens, móveis, jóias ou dinheiro) que se apossar. A homologação do penhor legal será posteriormente realizada na forma do artigo 874, 875 e 876 do Código de Processo Civil. Tal espécie, de natureza civil, impede a antijuridicidade do comportamento tipificado no artigo 168 do Código Penal.

A permissividade adstrita à antijuridicidade, todavia, sempre deve ser vista, de acordo com a posição do elaborador, na legislação, não havendo sentido, por exemplo, a distinção entre uma antijuridicidade formal (jurídica) e material (sociológica). A superação da divisão do conceito determina que “a antijuridicidade não possa ter outro fundamento além da lei”. Prossegue o autor: “Não cremos que, no plano dogmático, se possa falar de uma antijuridicidade ‘material’ oposta à ‘formal’: a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica.”²⁷ A antijuridicidade, aqui, está restrita ao direito posto. A admissão de causas supralegais de exclusão conduziria, na posição reproduzida, à possibilidade de politização do conceito, à perda da “objetividade” e da segurança jurídica. Parafraseando GRACIA MARTÍN²⁸, estar-se-ia diante de um *discurso de resistência* às avessas, talvez inapto a manusear dogmaticamente as situações complexas e imprevisíveis da modernidade.

Se a posição é legalista, e somente pode neutralizar a antinormatividade por via da antijuridicidade aquilo que está previsto em lei, coerente é a preocupação de investigação dos tipos permissivos, ainda que tais construções não ganhem a enorme importância que possuem na teoria dos elementos negativos do tipo²⁹. A condição de incidência de um tipo permissivo reside na demarcação lógica anterior da tipicidade. Sem tipicidade não há o que se perguntar a respeito da antijuridicidade. As etapas são necessariamente sucessivas. À aferição das causas de justificação corresponde um estado analítico já completo e idealmente irreversível.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 487.

27 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 490.

28 GRACIA MARTÍN, Luís. *Prolegomenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

29 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal – volumen II*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 19.

Na posição de ZAFFARONI e PIERANGELI os tipos permissivos possuem elementos objetivos e subjetivos, porém a sua realização depende tão-somente de uma verificação de existência de seus elementos, desconsiderando, em conseqüências, as reflexões (“segundas intenções”) que pertencem ao agente, com destaque para a consciência da licitude do comportamento que executa. Nas palavras dos autores: “... para que o um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo com a finalidade de defender-se. (...) deve ficar bem claro que aquele que se defende, para fazê-lo legitimamente, não tem por que saber que está agindo conforme o direito. Por mais que acredite ter agido contra o direito e que fuja e se mantenha foragido, supondo que atou antijuridicamente, isto não assume qualquer relevância.”³⁰ Isto quer dizer que por mais que a tipicidade permissiva também possua elementos subjetivos, o juízo de valor sobre a globalidade da conduta por parte daquele que atua é desnecessária, ou seja, não se exige uma reflexão sobre o próprio comportamento.

No sistema brasileiro tanto a legítima defesa quanto o estado de necessidade trazem em seu bojo a finalidade do agir, que poderia ser considerada uma espécie peculiar de dolo permissivo. No estado de necessidade atua o agente para salvar de perigo atual. Na legítima defesa age para repelir a agressão. Tais elementos são necessários no sentido do agente reconhecer corretamente a realidade, porém não existe aqui uma avaliação positiva do tipo de culpabilidade. Dessa forma, pode-se afirmar a plena incidência do erro de tipo nas causas de justificação, a denominada discriminante putativa, uma vez que nesta hipótese falta a *congruência* entre o dolo e a realidade. O autor, nestas circunstâncias, representa equivocadamente a dinâmica existencial que está ocorrendo, pois imagina o perigo atual ou a injusta agressão iminente quando, de fato, estes inexistem. Outra hipótese aplicável é o erro quanto a existência ou limite da causa de justificação, o que ocasionaria um erro de proibição capaz de abalar a culpabilidade. Todavia, o erro de proibição apenas faz sentido quando o agente equivoca-se do não autorizado para o autorizado, ou seja, quando atua desautorizado pelo direito acreditando que estaria sustentado por ele. O inverso não existe. O sistema jurídico não trabalha o erro de não-proibição, imaginável naquela situação em que o agente atua balizado pelo direito pensando que não está. Esta hipótese é irrelevante, principalmente em face da perspectiva objetiva que se dá às causas de justificação.

Seja como for, neste quadro as causas de justificação ou hipóteses de ações lícitas limitam a efetivação do aperfeiçoamento delitivo diante de certas condutas antinormativas. O posicionamento, na construção da tipicidade conglobante, fundamenta as exceções com a idéia de “fim” de coexistência humana. A cisão dogmática ente a normatividade e a licitude exige que a segunda seja responsável pela concessão de direitos “à realização de condutas antinormativas, os quais têm por limite o próprio fim de que emergem”.³¹ No âmago do problema, percebe-se que antijuridicidade permanece

30 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 493.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...* Ob. cit. p. 494.

restrita àquelas situações em que atua o cidadão a favor do direito, porém através de um procedimento não aceito em padrões normais de convívio. No instante em que o Estado, aqui compreendido como jurisdição, não pode atuar, a legislação concede ao cidadão o poder de agir em sua proteção ou de terceiro, legitimando situação excepcional de conflitos pela via da autotutela.

4. Conclusões e Críticas ao Pensamento da Tipicidade Conglobante

4.1 - *Pensamento legalista e, ao mesmo tempo, ontológico* - O pensamento exposto do autor argentino parece partir de duas perspectivas diferentes. Embora não sejam conflitantes em princípio, restam dificultadas as variações de análises de cunho ontológico e legalista feitas simultaneamente. Afinal, se a lei deriva do ser, o critério deve ser o da preponderância de um sobre outro ou, no mínimo, de conferência recíproca. Admitir a lei como fonte primária ou exclusiva do direito faz com que o universo ontológico sirva apenas como referencial indireto e, nesse sentido, incapaz de, por si só, vincular imperativamente. Por outro lado, se o ser deve ser visto com maior relevância, a lei passa a ter sua imperatividade relativizada, haja vista que o critério primacial de atualização jurídica é o mundo tal como se coloca, independentemente do quanto positivado pelo ordenamento.

3.2 - *crítica a adequação social e à imputação objetiva (defensor da causalidade)* – Durante o desenvolvimento da teoria da tipicidade conglobante, o apego ao direito positivado por parte do autor não permite que realize a admissão de critérios normativos adstritos à aplicação concreta do direito e especificação do tipo penal incriminador e seu âmbito de proteção. Assim, não admite a teoria da adequação social como um instrumento apto à limitação da abrangência da norma (ou tipo), afastando-se, neste ponto, das hipóteses suscitadas por WELZEL. Ainda que a teoria do autor alemão seja também criticada pelos funcionalistas em face de sua falta de precisão, esta elaboração significou, para alguns, um importante foco embrionário para a nova Política Criminal posteriormente desenvolvida, uma vez que diminuía o apego à literalidade da lei exatamente para incluí-la dentro de um universo interdisciplinar. De todo modo, a refutação expressa à inclusão de conteúdos não previsto em lei, afasta, de uma vez por todas, as importantes contribuições dogmáticas do direito penal moderno, com destaque para a imputação objetiva do resultado e do comportamento.

3.3 - *cisão de dois aspectos jurídicos* – Conforme o já explicitado no texto, a autor, como forma de atribuir à tipicidade conglobante a característica de corretivo da tipicidade penal, culmina em separar dois conceitos que parecem em nada contribuir de forma cindida à resolução de casos concretos. De um lado, o autor define a antinormatividade, de outro, a antijuridicidade. Ao mesmo tempo, afirma que a primeira estaria contida na segunda, enquanto esta última se resumiria ao previsto em lei, isto é, às causas de justificação (*exclusão da ilicitude propriamente dita*). Ocorre que o conceito de antinormatividade não auxilia em nada a atividade do intérprete, ao contrário, redundando em

confundi-lo, principalmente em face do tratamento diferenciado que exige das causas de justificação que espelham atividades *ordenadas* ou *fomentadas* pela tal ordem normativa. Contraditória é a relevância, especificamente para fins jurídicos e diante de um pensamento legalista expresso pelo autor, do conceito de normatividade, eis que a norma apenas se coloca para o direito na medida em que é jurisdicizada. Do mesmo modo, se há a previsão legal, seguindo a postura de ZAFFARONI, já se está diante do antijurídico, sendo despicienda a antinormatividade.

3.4 - *conflito de normas na verdade é aparente (condição de possibilidade da proibição – espaços distintos)* – Por fim, sobre a existência de normas contraditórias no ordenamento, bem traçada é a crítica de RUSCONI, o qual questiona a existência da própria motivação que levou ZAFFARONI a desenvolver toda a sua teoria. Assim, a tipicidade conglobante careceria de sentido exatamente por tentar resolver um problema que, de fato, inexistente. Não há o que se falar em normas contraditórias, porém em possibilidades, topicamente diferenciadas, de proibição. O exagero analítico resultante da distinção entre antinormatividade e antijuricidade ofuscou o conteúdo das normas jurídicas em si, as quais muitas vezes não são expressas por um único e exclusivo enunciado. A separação das partes, neste aspecto, acabou por desvirtuar o todo, outorgando-lhe uma aparência que não condiz com a essência das proibições. Apenas é possível verificar o conteúdo integral do permitido e proibido com a análise de todo o ordenamento e suas regras de aplicação, existente na parte geral e especial do sistema penal, bem como dos demais segmentos do direito.

Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Edipro, 2000.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale de Diritto Penal*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1957.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Et all. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal – volumen II*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luís. *Prolegomenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Critica del Discurso de Resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª

edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RUSCONI, Maximiliano. *Imputación, Tipo y Tipicidade Conglobante*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado criminal.

ARTIGO

3

“PEDOFILIA VIRTUAL” E CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A LEI 11.829/08

Spencer Toth Sydow

Sumário:

1. Introdução.
2. O conceito de pornografia.
3. Criança, Adolescente e a Sexualidade.
4. Conclusão.

Resumo:

O artigo trata dos questionamento etimológicos e os riscos atinentes ao mau uso da expressão “pedofilia” como jargão jornalístico, bem como suas implicações no Direito Penal. Trata, também, de avaliar a Lei 11.829/08, promulgada a partir de propositura de projeto de lei efetuada pela CPI da pedofilia, apresentando o evoluir do Estatuto da Criança e do Adolescente e questionando os novos dispositivos sob uma perspectiva crítica.

Palavras-chave:

Pedofilia - Direito Penal - Lei 11.829/08 - Culpabilidade - Reforma Estatuto Criança Adolescente.

1. Introdução

Até 2008, mais especialmente até 25 de novembro de 2008, o Brasil se mantinha numa situação interessante: por um lado, seguia as principais tendências mundiais de não criminalizar a conduta mal denominada “pedofilia virtual” e, por outro lado, era incapaz de punir determinadas condutas relacionadas com a pornografia infantil virtual por ausência de tipificação legal. O mote deste artigo é apresentar, numa perspectiva informática, a situação do Direito a partir da Lei nº 11.829/08, incluindo as dificuldades para a punição de determinadas condutas, bem como a nova situação criada com a aludida lei, estabelecendo críticas e apontando a nova problemática, em especial levando-se em conta a rede mundial de computadores como ferramenta delinquente.

Inicialmente, devemos ressaltar o uso errôneo, especialmente pelos meios de comunicação comuns e virtuais, da expressão “*crime de pedofilia*”. Portais da internet diuturnamente apresentam alertas no sentido de que “*pedofilia é crime*” sem qualquer responsabilidade com a correta educação da sociedade: pedofilia não é crime tecnicamente, mas sim condutas tipificadas que tratam da perversão sexual com crianças e adolescentes.

Mister iniciarmos este trabalho apresentando uma definição para o vocábulo, visto que tal premissa levará a uma compreensão mais exata da relação entre as condutas tipificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e o desvio de comportamento propriamente dito.

De acordo com o Dicionário Aurélio eletrônico, pedofilia é a “*parafilia representada por desejo forte e repetido por práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes*”.

Compreenderemos o termo “parafilias” como sendo os comportamentos ou tendências sexuais que são consideradas desviantes do senso comum, fugindo do conceito ideal de coito pênis-vagina entre adultos vivos e que chegam a causar prejuízo em outras áreas importantes na vida de um indivíduo. São alguns exemplos de condutas da mesma linha a necrofilia, a coprofilia, etc¹.

Entretanto, o que leva um cidadão, mais do que fantasiar, a ter um comportamento desviante é, em realidade, o grau de dependência que tem quanto às “filias” no que se refere às relações sexuais. Há grande diferença entre o fantasiar e o praticar e há grande diferença entre o gostar e o depender.

Para a psicologia, a pedofilia é um grave desvio e, portanto, algo que leva o indivíduo a atitudes fora dos padrões de normalidades, podendo, inclusive, chegar a estados de semi ou inimputabilidade. Há diferentes graus de dependência individual no que se refere às “filias”, indo desde a mera fantasia até a necessidade imperiosa.

Baseado em tal assertiva, nos casos de desvio comportamental em caráter doentio, a pedofilia, em verdade, é excludente de culpabilidade, inculpido no artigo 26 do Código Penal, pois que o delinquente, no momento de sua ação reprovável, era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato.

Diante de tal possibilidade, mister que compreendamos que a expressão “crime de pedofilia” é inadequada e imediatamente controversa: o pedófilo verdadeiro é um transtornado mental e o reconhecimento de tal transtorno está, inclusive, previsto no Cadas- tro Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde, na sessão F60-F69 que trata dos “Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto”, especialmente na sessão F65.4, do seguinte modo:

1 São outros exemplos de parafilias a escatologia telefônica (telefonemas obscenos), necrofilia (cadáveres), parcialismo (foco exclusivo em uma parte do corpo), zoofilia (animais), coprofilia (fezes), clismafilia (enemas) e urofilia (urina), entre outras, menofilia (atração sexual por mulheres menstruadas), odaxelagnia (excitação sexual pela mordida), dacnomania (impulso mórbido para morder-se ou morder o outro), etc.

“F65.4 Pedofilia

Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.²”

Há que se dizer que certamente não foi a lei modificada para buscar punir o inimputável, mas sim o imputável assolado por uma perversão consciente e que compreende o caráter ilícito da conduta, podendo agir de outro modo.

A legislação brasileira em si não possui nenhum dispositivo que traga como típica a conduta de desejo forte e repetido, nem de fantasias sexuais com crianças, mas tão somente outras figuras que guardam relação com tais desejos como, v.g., o delito de produção de cenas com criança ou adolescente em cena de nudez ou sexo explícito (art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente), o delito de divulgação informática de cenas no mesmo sentido (artigo 241-A do mesmo Estatuto) ou o recente delito de aquisição, posse ou armazenamento de registro de cenas pornográficas contendo criança ou adolescente (o novel 241-B do ECA).

A inexistência de tipo penal que vise coibir atos internos está de acordo com o azo do Direito Penal que é o de coibir e punir atos externos – preparatórios, executórios e de consumação – e jamais de reprimir atos íntimos de agentes – cogitatórios, de ponderação e de resolução – consolidando logicamente o princípio da subsidiariedade ou “*ultima ratio*”. Raras são as exceções brasileiras no sentido de se punir, inclusive, atos preparatórios como nos casos dos artigos 288 e 294 do Código Penal, sendo a normalidade a relevância jurídico penal de atos executório e de consumação.

Há que se dizer, certamente, que o Direito Penal não se incomoda com preferências pessoais íntimas. Qualquer do povo pode fantasiar-se em situações sexuais, seja, p. ex., com crianças, animais ou mortos, e pode fantasiar-se praticando qualquer crime sem que isso gere qualquer movimento penal por parte do Estado.

Por não haver previsão de punição para tais atos, somente serão típicas condutas que estimularem a utilização de crianças e adolescentes em práticas consideradas prejudiciais à categoria de condição de pessoas peculiares em desenvolvimento e que tiverem previsão legal.

A explicação para isso é a impossibilidade de o Estado controlar pensamentos e vontades somado ao fato de o Direito à intimidade ser constitucionalmente inviolável. Tais impossibilidades levam a uma necessidade de se procurar coibir tais atos através da prevenção, cuidando-se da potencial vítima em primeiro plano na evitação de um ato lesivo.

No momento de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à pornografia infantil, havia somente dois tipos: o do artigo 240 e o do artigo 241, sendo que o primeiro previa punição para atitudes de produção ou direção de representação de peça (teatral, televisiva ou de película cinematográfica) utilizando criança

² Acesso em <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso em 17.03.09 às 20:09hs.

ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica e o segundo a punição para fotografia ou publicação de cenas da mesma natureza com crianças ou adolescentes. Os tipos eram ambos apenados com reclusão de um a quatro anos.

A primeira reforma deu-se em 2003. O legislador, preocupado com a potência alastradora da rede mundial de computadores, e com as restrições causadas pela interpretação restritiva dos tipos penais supracitados, modificou ambos artigos. O primeiro aumentou a abrangência das espécies de produções ou direções incluindo a fotografia e a produção de qualquer outro meio visual utilizando criança ou adolescente, e incluiu a reprovabilidade idêntica para casos em que a peça gerasse vexame para o infante. A conduta de participar contracenando na cena foi incluída como igualmente típica. O segundo artigo recebeu modificações de forma que um verbo mais abrangente – no caso “produzir” – substituiu a restrição imposta pelo antigo “fotografar”. Acresceu-se, também, novos núcleos, quais sejam “apresentar”, “vender”, “fornecer” e “divulgar”, todos relacionados com imagens ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente.

O artigo 241 manteve o verbo “publicar”, e, adequando-se às mudanças tecnológicas, trouxe a idéia de que o uso da Internet ou outra rede mundial de computadores era forma comum de troca de material em tela. As sanções mantiveram-se na pena privativa de liberdade na modalidade reclusão, porém houve uma duplicação da pena mínima para dois anos e um aumento de cinquenta por cento na pena máxima, que passou a ser de seis anos. No caso do artigo 240, criou-se delito de pornografia infantil qualificada, no parágrafo segundo, reprimindo de modo mais grave – reclusão de três a oito anos – as condutas cometidas com o fito de lucro ou vantagem patrimonial e as condutas cometidas por autor no exercício de seu cargo ou função.

A segunda reforma, encampada pela Lei nº 11.829/08, modificou novamente os artigos supracitados. O artigo 240 teve seu “caput” novamente alterado aumentando ainda mais a abrangência do tipo. Os núcleos “produzir” e “dirigir” passaram a ser acompanhados pelos verbos “reproduzir”, “fotografar”, “filmar por qualquer meio” ou “registrar por qualquer meio”, sempre no tocante à cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Houve a supressão da expressão “cena vexatória”.

À figura punível do contracenante, somou-se reprovabilidade às condutas de agenciamento, facilitação, recrutamento, coação, ou intermediação por qualquer modo da participação de criança ou adolescente na cena referida. A vantagem patrimonial do delito qualificado deu lugar à figura de forte punição para a participação ou intermediação com ou sem vantagem, muito mais próxima do intuito repressivo da sociedade para tais casos. No lugar do delito qualificado, surgiu causa obrigatória de aumento de pena no montante fixo de 1/3 para os casos considerados mais gravosos, quais sejam a) o cometimento do delito no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la, b) o cometimento prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, e c) o cometimento prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da

vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. Assim, apontou o legislador para as espécies mais lesivas para a sociedade e para a criança ou adolescente, quais sejam aquelas em que se explora a confiança, a hospedagem, o parentesco, o temor reverencial da criança ou adolescente e a moralidade da administração pública.

A pena mínima teve um acréscimo de 50%, subindo para quatro anos e a pena máxima, um acréscimo de um terço, sendo elevada para oito anos, além de ter sido mantida a pena cumulativa de multa que vinha desde a criação do Estatuto.

O artigo 241, por sua vez, tornou-se bastante complexo. Subdividido em 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D, fez surgir novos tipos penais, contudo inaplicáveis aos casos pretéritos por conta da proibição constitucional da retroação em malefício do réu (arti. 5º, XL da Constituição Federal).

O artigo 241 original, quando da promulgação do ECA em 1990, apunha que somente era conduta típica a ação de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Para tal conduta se impunha pena de um a quatro anos de reclusão.

A reforma de 2003 aumentou radicalmente o espectro do artigo, certamente seguindo a *mens legislatoris* de abranger os novos meios de comunicação de profusão, somando ao restrito conceito de fotografar e publicar os de “apresentar”, “produzir”, “vender”, “fornecer” e “divulgar” tanto fotografias quanto quaisquer outras imagens com pornografia ou ainda cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. A idéia anterior do meio de veiculação de tais condutas era demasiadamente genérica e passou a ter especificidades: a conduta praticada por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet passou a ser coibida, afastando a idéia de que redes mundiais eram de acesso restrito ao público.

Finalmente, a nova e complexa versão do artigo 241. Pressionada e impressionada, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia, como foi apelidada, em reação, conseguiu fazer aprovada a lei em tela. As modificações foram muitas.

O artigo 241 especialmente tipificou a conduta de venda ou exposição de fotografias e vídeos contendo cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Porém, ficasse restrita a tais duas espécies e a contenção de venda e exibição de fotos pela rede permaneceria impunível. Nesse sentido, o legislador foi mais além e apontou também como punível a conduta que envolva qualquer outra espécie de registro que contenha material inapropriado.

Isso porque em muitos casos, não há qualquer exposição gráfica do material na Internet mas tão somente a disponibilização de pedaços de arquivos que, sozinhos, não representam graficamente nada. Somente após o *download* de todos os pedaços e sua consequente unificação surge a representação multimídia contendo criança ou adolescente; assim, tendo-se em vista o princípio da legalidade e da taxatividade, a venda de dados – e, portanto, não fotografias ou vídeos propriamente ditos – fragmentados seria

fato atípico. Da forma como foi positivado o arquivo, todavia, cremos haver possibilidade de punição, mesmo com os métodos inventivos de burla do tipo utilizados pelos delinquentes.

Às figuras do agenciamento, autorização, facilitação ou intermediação da participação da criança ou adolescente em produção de material audiovisual pornográfico se estende o tipo.

No mesmo sentido, inovou o legislador em equivaler a conduta do 241 “caput” àquele que “assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas” bem como àquele que “assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas”, respectivamente incisos II e III do §1º do artigo 241. Ocorre que, por força do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, não havendo disposição expressa na lei, o delito equiparado em tela somente existirá na modalidade dolosa.

Em outras palavras, os serviços informáticos de armazenamento somente poderão ser penalmente responsabilizados por terem seus serviços de armazenamento utilizado a favor da perversão sexual se e somente se intencionalmente assegurarem os meios ou serviços para armazenamentos de tal natureza. Não se poderá apontar para o provedor ou para a *lan house*, por exemplo, responsabilidade por imprudência ou negligência, por falta de previsão legal.

Sabe-se que os serviços em questão são amplísimos; dessarte, a forma como a legislação se estabeleceu – e incluíamos o tipo de assegurar o acesso à rede no mesmo sentido – leva a uma situação de difícil punição, tendo-se em vista que fica praticamente impossível a demonstração fática de que um serviço de hospedagem ou um web café tiveram o dolo, ainda que eventual, de desviarem-se de seus propósitos comerciais regulares para prestarem serviço à perversão sexual. Conseguirá, o judiciário, no máximo demonstrar que deixou o prestador de serviço de tomar certas diligências – como fiscalização da navegação do consumidor, fiscalização do material particular do consumidor do serviço de hospedagem de site ou disco virtual, cadastro do consumidor, varredura de arquivos movimentadas durante os usos, aplicação de ferramentas restrições a certos sites, etc – para evitar que tais delitos ocorressem através de seus sistemas. Caso contrário, ficará o magistrado de mãos atadas e será obrigado a absolver o estabelecimento³.

Nos casos do “caput” e na equiparação do parágrafo primeiro, as penas são de reclusão, de quatro a oito anos.

Criou-se estranhamente, um tipo especial do artigo 241 que, pelas hipóteses apresentadas – cometimento do delito do artigo 241 prevalecendo-se do exercício de cargo

³ Importante notar que o Estado de São Paulo possui uma norma para regulação administrativa de estabelecimentos que colocam a disposição máquinas para acesso à Internet. A Lei Estadual nº 12.228/06 exige a manutenção de cadastros dos usuários. Porém, a lei não traz qualquer repercussão penal – mesmo porque o artigo 22, I da Constituição dá competência exclusiva à União para legislar sobre Direito Penal – tendo-se em vista que as sanções são de multa com valores entre R\$ 3.000,00 e R\$ 10.000,00 e, em caso de reincidência, também a suspensão das atividades do estabelecimento ou seu fechamento.

ou função e cometimento do delito com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial –, leva a crer ser um tipo qualificado. Aliás, é assim que ocorre no artigo 240, em que os especiais casos (inclusive o exercício do cargo ou função, mas nesse caso públicos) geram causa de aumento de pena. Assim também era no antigo parágrafo segundo do artigo 240 antes da promulgação da Lei 11.829/08: havia delito qualificado e a pena aumentava de dois a seis anos para três a oito anos, ambos de reclusão.

Porém, a pena mínima para os delitos do parágrafo segundo do artigo 241 é de três anos, concluindo-se que o legislador acreditou que a venda ou exposição de material fotográfico por agente que se prevalece no cargo ou função ou por agente que visa obter vantagem patrimonial é menos grave do que a conduta praticada sem o intuito de obter vantagem patrimonial ou não estando em exercício do cargo ou função. A nós, parece uma teratologia e uma violação ao Princípio da Proporcionalidade.

O artigo 241-A determina que as ações de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, efetuadas por qualquer meio e envolvendo peças gráficas ou registro com crianças ou adolescentes em cenas pornográficas merecem pena de reclusão de três a seis anos. O tipo assemelha-se muito ao seu antecessor. Isso porque os verbos utilizados terminam por ser muito parecidos ou serem consequência da conduta anterior, especialmente quando se leva em conta a predominância do meio informático nas condutas. Assim, exemplificativamente, não se vislumbra a venda de material pornográfico intanto-juvenil sem prévio oferecimento, divulgação ou publicação (ainda que restrita).

Acreditamos que o legislador, na criação desse tipo, tratou de tentar tipificar as condutas de modo especial por conta de se saber que o “mercado negro” da pornografia infantil não é necessariamente aberto e nem de fácil acesso, do mesmo modo como os de “*snuff movies*”: não raro, ao invés de disponibilizar os materiais em tela na rede, os agentes trocam fotos, filmes e materiais sem necessariamente disponibilizá-los na rede e sem necessariamente vender. As tratativas podem ocorrer fora dos meios informáticos e estes comumente utilizados somente para a troca, por meio de emails ou mensagens instantâneas, sem que obrigatoriamente haja publicidade ampla. As divulgações em sociedades secretas, bem como as ofertas devem por si serem punidas, *ex ante*, evitando-se o alastramento da prática.

Especialmente no caso do artigo 241-A, seu parágrafo primeiro equivale às condutas do “caput” para aqueles que asseguram os meios ou serviços para o armazenamento das peças, bem como para os que asseguram, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens. Porém, diferentemente do artigo anterior, o legislador previu que essa condutas equivalidas somente terão relevância penal se o prestador dos serviços que asseguram meio de armazenamento ou acesso, devidamente notificado, não deixarem de cessar tais asseguramentos.

A redação do parágrafo segundo do artigo 241-A explanado acima é confusa. *In verbis*:

“Art. 241-A (...)

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo”

O uso de expressão com dois verbos com idéias negativas gera confusão, porquanto “deixar de desabilitar” passa inicialmente a idéia de habilitar. Porém, o intuito do legislador foi o de regradar no sentido de que o prestador de serviço já está em situação de habilitação e, inadvertidamente, está assegurando acesso ou armazenamento de material de cunho reprovável socialmente. Quer, então, o legislador, que o prestador de serviço saiba que sua conduta presente é irregular e pode ser punida (de acordo com o §1º) e tome providência positiva, qual seja, a de desabilitar o serviço que gera a conduta típica. A desobediência à desabilitação, ou seja, a conduta omissiva após a notificação geraria uma presunção de dolo.

Deu o legislador, pois, uma chance para que o prestador de serviço corrija a prestação de serviço viciada, levando em conta que a rede mundial de computadores é muito dinâmica e de controle difícilíssimo. Melhor seria, porém, que a redação do parágrafo primeiro ficasse assim:

“O responsável legal pela prestação do serviço que assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo e/ou assegura o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens a tais fotografias, cenas ou imagens, será notificado para desabilitar o acesso sob pena de, não o fazendo, incorrer nas mesmas”

O artigo 241-B é preocupante, de constitucionalidade duvidosa e viola princípios como o da Ofensividade e da Presunção de Inocência. Pela tipificação, gerará punição a conduta de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Mesmo que o indivíduo não tenha qualquer intuito de divulgar, trocar, publicar, comercializar o material obtido, mesmo que o indivíduo não tenha produzido, participado, dirigido a peça, a mera conduta de curiosidade ou interesse pela sexualidade perversa, gerará o poder de punir ao Estado.

Em verdade, pareceu-nos que o que preocupava o Estado não era a fantasia ou o alastramento do material, mas sim as consequências e os estímulos gerados pelo material trocado. Como acima suscitamos, há uma lacuna entre o desejar e o praticar. Contudo, parece ter sido positivada a ideia de que imagens de natureza sexual com crianças ou adolescentes servem de estímulo para a continuidade de consumo e criação de tais materiais, bem como para o encorajamento de um seguinte passo que seria a prática sexual abusiva propriamente dita.

Apesar de compreendermos o intuito do legislador, discordamos. Não cremos que

a teoria criminológica da associação diferenciada seja capaz de, por si só, explicar o fenômeno criminoso. Pessoas que convivem (quicá até sem conhecer tal preferência do colega) com a pedofilia ou a perversão sexual, não necessariamente tornam-se perversas. Assistir filmes de terror não torna o espectador um homicida. Não acreditamos que o Direito Penal seja instrumento apto para controle de pensamentos ou preferências bem como não cremos que o direito de obter informações possa ser restringido.

Interpretamos que a violação à liberdade de informação do artigo criou, num conceito exacerbado de sociedade de risco e direito penal do inimigo, uma espécie de presunção de periculosidade punível, visto que a posse de material pornográfico fica considerada como crime de perigo abstrato. Tais condutas podem ser descritas como sendo puníveis sem que haja necessariamente ocorrência de qualquer resultado de exposição ao perigo.

Em outras palavras, em sacrifício à liberdade para fantasiar, decidiu-se por punir a conduta no pretexto de que um mal maior será (*rectius*, seria) potencialmente gerado caso não se coíba tal prática de guardar mídias envolvendo material pornográfico infanto-juvenil. Considerou o legislador a posse de material alheio, mesmo que sem qualquer fito ou possibilidade de divulgação, conduta por si só perigosa. Por FRISCH, tais seriam “delitos de aptidão”, pois a conduta “ex ante” produzirá com boa probabilidade consequência lesiva futura.

Seguimos a linha de KINDHÄUSER que afirma que a criação de delitos de tal natureza viola o princípio da presunção da inocência – em que não se considera ninguém culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, tendência dominante no STF hoje, inclusive – pois o devido processo legal é garantia absoluta para que o indivíduo possa defender-se subjetivamente da acusação. A punição objetiva da forma como apregoada faz com que o desvalor do resultado seja completamente menosprezado pois que a ação de armazenamento, p. ex., per si não gera qualquer resultado. A apontada tendência de migração para a responsabilização objetiva do Direito Penal mostra-se preocupante, especialmente frente aos debates de Direito Penal do Inimigo quanto aos descabros praticados com base no *Patriot Act* dos Estados Unidos da América do Norte.

Na China há uma política ainda mais radical para reduzir a pornografia informática, sendo que já o fato de enviar mensagem com conteúdo sexual pela Internet ou telefone celular gera multa equivalente a trezentos euros⁴ e seis dias de detenção; a venda de pornografia através da rede, por sua vez, é punida com condenação de seis meses a três anos de reclusão⁵. O mesmo tipo de proibição ocorre em países muçulmanos.

Não defendemos o consumo de material pornográfico, mas o direito constitucional de ser informado. Os ideais libertarianos devem prevalecer na constituição cidadã e o

4 Cerca de R\$ 900, em cotação média de março de 2009, qual seja 1 Euro = 3,00 Reais

5 A China demonstra-se uma Soberania que admite limitar a liberdade de informação. Exemplo disso é o fato de que China fechou 44 mil sites ligados à pornografia em 2007, prendendo 868 pessoas. Site: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0..MUL270740-6174.00.html>. Acesso em 10.02.2008 às 11:04hs.

Direito Penal, subsidiário que é, não pode admitir ser usado como instrumento da ineficiência estatal.

Apesar de ser, analogamente, o usuário do entorpecente o estimulante para o traficante de drogas, o Poder Legislativo transformou o antigo artigo 16 da Lei 6.368/76 (antiga lei de tóxicos) que punia o consumidor do material proibido com detenção de seis meses a dois anos e pagamento de multa, no artigo 28 da Lei 11.343 (Nova Lei Antidrogas) que, em sentido oposto, pune o usuário primariamente com pena de advertência sobre os efeitos das drogas, enviesando os esforços da Administração Pública para o combate ao tráfico e seus estímulos.

O artigo 241-B confronta tal idéia, porém apresenta em seu parágrafo primeiro uma causa de diminuição de pena: caso o usuário armazene, adquira ou possua material contendo cenas de sexo ou pornográficas com criança ou adolescente em pequena quantidade – e aqui fica a dúvida acerca da expressão “pequena”, porquanto frente à Internet qualquer quantidade é pequena –, terá ele direito de redução de sua pena de “1 (um) até 2/3 (dois terços)”. Resta dúvida interpretativa quanto à expressão retro: quis o legislador dizer que a redução pode ser do intervalo entre 1 (um) inteiro – totalidade da pena – e 2/3 (dois terços) como se atém gramaticalmente, ou a redução seria de 1/3 (um terço) até 2/3 (dois terços) sob pena de gerar impunidade ao usuário? No caso da segunda linha interpretativa, por que não seguiu o legislador a tendência do Código Penal, escrevendo por extenso, como, p. ex. nos casos do art. 157, §2º.?

Os parágrafos segundo e terceiro do artigo apresentam casos especiais em que o delito do artigo 241-B não se tipifica por conta de haver-se dado uma permissão legal temporária para armazenamento de tal sorte de material para que a conduta seja devidamente apurada e os indícios de materialidade devidamente preservados. Assim, o agente público no exercício de suas funções, o membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes aqui discutidos e o representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, poderão proceder ao armazenamento para encaminhamento à Justiça.

O artigo 241-C, também preocupa, pois torna típica a ação de simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual, apenando o agente com um a três anos de reclusão e multa. O direito penal passa a considerar relevante e penalmente punível a conduta que não utiliza criança nem adolescente, mas insinua a participação, em cena de sexo explícito. Afrontando o Princípio da Ofensividade – pois não há vítima direta nem violação de bem jurídico material *per si* – torna punível a conduta de criação de pseudomídias, restringindo a liberdade de expressão, a produção artística, a produção literária e assim por diante. O tipo não discrimina qualquer tipo de mídia, englobando fotografia, vídeo ou

qualquer representação visual (leia-se, escultura, livros, quadros, revistas, gibis, etc) e cria uma nova regra na sociedade: há possibilidade de restrições de criação e, pois, restrições no direito de informar.

Destaque para a história ocorrida em 2007, em que um adulto, em um ambiente virtual adulto, criou um personagem virtual representado por uma criança de treze anos e permitiu que outras pessoas adultas, no mesmo ambiente virtual e com seus personagens virtuais representados por adultos a estupassem. Teriam esses usuários cometido algum delito? De acordo com o artigo referido, a resposta seria afirmativa⁶ e quaisquer pessoas que eventualmente venderem, expuserem à venda, disponibilizarem, distribuírem, publicarem, divulgarem, adquirirem, possuírem ou armazenarem tal material, por força do parágrafo único do artigo, também incorrerão nas penas.

O artigo 241-D também nos parece desvirtuar as funções do Direito Penal. Partindo-se da concepção de que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco assim como o mundo real, mas potencializado, cabem aos pais buscarem restringir o uso da informática quanto a seus filhos. Há notoriedade acerca do fato de que conteúdos pornográficos de todos os estilos permeiam a rede. Assim, a criança ou adolescente que ingressa em ambientes de sexualidade exacerbada como salas de bate-papo e comunidades virtuais será, como qualquer outro usuário, assediado e instigado. A anonimidade virtual leva o delinquente a buscar satisfação de sua sexualidade ou sua fantasia e a presença da criança em certos ambientes com conseqüente ofensa chega a poder ser interpretada como uma concorrência de culpas: do ofensor e do genitor que não cumpriu com deveres de cuidado quanto a seu filho.

Certamente que o intuito do legislador não foi o de punir todo e qualquer aliciamento no intuito da prática de ato libidinoso com menor, mas punir os atos preparatórios de um possível atentado violento ao pudor com violência presumida, reduzindo as chances de execução do delito. No caso, pode-se entender pela existência de certa potencialidade ofensiva. Note-se, especialmente, que o legislador não se incluiu como possível vítima do tipo o adolescente, por conta da lógica sistemática da *abolitio criminis* do delito de sedução, p. ex., e por conta do conhecimento criminológico do fato de que atos libidinosos diversos da conjunção carnal (e também o próprio) são praticados frequentemente no período da adolescência, por ser o momento da descoberta da sexualidade.

Ainda, é certo que esse delito é verdadeiro tipo de reserva porquanto a realização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal gerará o tipo do artigo 213 c.c. o artigo 224, ambos do Código Penal. A facilitação ou indução do acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso e qualquer das condutas do *caput* com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita são condutas que implicam nas mesmas penas do artigo 241-D.

6 Os Estados Unidos da América do Norte possuem desde 2003 e, seu ordenamento jurídico o Protect Act, que possuem um subtítulo denominado Da prevenção à Pornografia Infantil e à Obscenidade Infantil (Child Obscenity and Pornography Prevention) em que, em sua seção 502 se encontram proibições à pornografia infantil virtual, também no mesmo sentido.

2. O Conceito de Pornografia

Partido do pressuposto de que em verdade tratamos de crimes de pornografia e não de pedofilia, há que se levantar a difícil questão: o que é ser pornográfico?

É compreensível a confusão entre pedofilia e pornografia infantil. Entretanto, tais não são figuras necessariamente co-existentes. Enquanto que o ECA trata de delitos relacionados com pornografia infantil que gera punição para tipos relacionados a produção, armazenamento, divulgação entre muitos outros núcleos relacionados com a figura de crianças e adolescentes em práticas pornográficas ou de cunho sexual explícito, na pedofilia há a tara e desejo pela criança em si.

A palavra pornografia advém do grego “*pornographos*”, e tem significado literal de “*escrito que tem por argumento a meretriz*” ou “*escrito sobre a prostituição*”. Certamente este conceito em nada se aproxima do que procuramos apresentar neste trabalho. A conduta pornográfica envolvendo adolescentes ou crianças e que o legislador buscou coibir em nada se aproxima com a idéia de prostituição.

Jorge Leite Júnior prefere, numa visão mais antropológica, definir como encenação do “*sexo ilegal, ilegítimo, perigoso e desestruturador do ‘estabelecido’*”. É certo que o consumidor consciente do material (que possui a perversidade sexual) compreende a violência moral coletiva do ato mas sente-se agradado ou aceita e assume a idéia de perigo em prol do desejo.

Seja qual for a definição que buscarmos na doutrina, há concordância em especial no que concerne ao fato de ser a pornografia um conceito valorativo de índole cultural que deverá ser interpretado pelo aplicador do direito observando os parâmetros sociais e os sentimentos médios de moralidade no momento dado⁷.

Ocorreu, porém, que o legislador teve a infeliz ideia de buscar uma definição e positivá-la, ignorando a valoratividade inerente ao conceito, e criou o artigo 241-E que apõe que:

“Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”

A definição acima apontada é teratológica. O legislador, além de fazer com que qualquer manifestação produzida pelo homem que envolva criança ou adolescente em cenas reais de atividade sexual explícita fosse coibida, denominou cena pornográfica toda aquela que simule a participação de uma criança ou adolescente; sendo assim, conforme citado supra, quadros, esculturas, desenhos, livros, filmes ou qualquer outra forma de expressão que utiliza ou utilizou representações de infantes, ou meras insinuações em qualquer atividade sexual seriam, em verdade, pura pornografia infantil.

⁷ Jorge E. Valência Martinez, Delitos de pornografia com menores y turismo sexual. El Penalista Liberal. Editorial Hamurabi SRL. Argentina. p. 355.

Na mesma toada, fotografias em que se retrata relação sexual entre dois adultos e que sofre modificação por programas de edição de foto e levam a mulher adulta a ficar semelhante com uma criança, ainda que nunca tenha utilizado do menor, poderão ser denominadas cenas pornográficas infantis. O mesmo se diga quanto a fantasias adultas em que um parceiro veste roupas infantis (até mesmo fraldas, no caso de *diapers fantasies*).

A falta de senso lógico aliado à pressa de promulgar nova lei, também, faz nascer descabros como a interpretação da parte final do artigo supramencionado que diz que são consideradas cenas de sexo explícito ou pornográficas aquelas que envolvam a “*exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais*”(grifei).

Afora a difícil compreensão de que o *animus* do agente passa a admitir classificações por ordens – dolo primordial, dolo não primordial – e que tal ordem torna-se fundamental para a tipificação da cena pornográfica, deixou o legislador de abranger, em seu conceito, partes do corpo da criança e do adolescente que é certamente relevante para as práticas de perversão sexual: o ânus e os seios.

A definição aponta que a repressão se dará quando da exibição de órgãos genitais somente. O vocábulo genital é adjetivo que se refere às genitálias. Por sua vez, genitálias são os órgãos de reprodução, mais especificamente o pênis e a vagina. Assim, tendo-se em vista que não admite o Direito Penal a interpretação extensiva prejudicial ao réu, fica o aplicador da lei em difícil situação quando a exibição não tratar das genitálias, mas sim de outras partes do corpo igualmente relacionadas com a sexualidade.

O Direito Penal ideal seria simplesmente a formalização da Teoria do Mínimo Ético de BENTHAM, garantindo valores mínimos e “*representando apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver*”⁸.

Em sua essência, é a ciência penal a da “*ultima ratio*” que respeita um princípio de mesmo nome, declarador da estrita aplicação de tal ramo unicamente quando os outros ramos do Direito e o próprio Poder Executivo falharem em seu esforço – muitas vezes administrativo – de controle e harmonização social. As mudanças legislativas, porém, extravasaram o conceito de mínimo e alargaram de modo irresponsável as condutas consideradas pornográficas.

Não é possível escondermos que a iniciação sexual de uma adolescente feminina no norte e nordeste brasileiros, por exemplo, é feita comumente pelo próprio pai ou padrasto. No Japão, há a cultura dos *hentaís* que são, em sua essência, desenhos (arte) com teor pornográfico muitas vezes com personagens virtuais representando colegiais ou crianças⁹. Enfim, sociedades diferentes têm valores diferentes. Valores de grupos são considerados éticos e não morais. A moral é a somatória dos valores mínimos que

8 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24a. Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

9 Curioso que a palavra HENTAI, no ocidente, significa metamorfose, anormalidade, pornografia ou perversão sexual. http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Japanese_sex_terms. Acesso em 13.02.2008. às 18:22

qualquer sociedade deve ter e a ética a parcela de valores aplicada por um grupo de pessoas comuns em algum ponto. Ocorre que não importando a prática de cada micro-sociedade, o Direito Penal criará regras para afastar comportamentos coletivamente reprimíveis, numa espécie de proteção de valores defendidos pela maioria.

Porém, exagerou o legislador, que levou a extremos inadmissíveis os conceitos relacionados a delitos de perigo abstrato, sociedade de risco e inimigo.

Certamente há um problema de difícil contorno que é o do impacto da rede mundial de computadores no conceito de moral – e, pois, no conceito de pornografia – uma vez que mais e mais difundido se torna o acesso informático à Internet.

Não há dúvidas que a juventude de hoje é precoce com relação há uma década. A sociedade pós-industrial da informação levou à forma de *bits* o conhecimento e socializou qualquer informação a todo e qualquer usuário da rede mundial. Cada vez mais novas, as crianças acessam e dominam a tecnologia informática, misturando-se em um meio de informação difusa, abundante, e de todo o gênero.

O que ocorre é que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco, em especial no que se refere ao conteúdo rotulado como impróprio para menores, tendo-se em vista ser composta 65% (sessenta e cinco por cento) por sites de conteúdo erótico, de simples acesso e conteúdo comumente livre. As crianças tão enfática e corretamente protegidas pelo legislador estão desenvolvendo um sentido de tolerância a certas pornografias, deixando de se incomodar com uma série de atividades prejudiciais a seu desenvolvimento.

O direito à liberdade de expressão (e o direito de informar) permite que se insira na rede qualquer modalidade de material, sem restrições. Sequer classificações indicativas são exigidas por parte do Ministério da Justiça Brasileiro¹⁰, pela impossibilidade de se fiscalizar sites frente a um meio de comunicação tão dinâmico, por falta de órgãos de controle, e até mesmo por ausência de legislação adaptada às modernidades aliado a um conceito surgido na criação da rede mundial de computadores de liberdade máxima e autoregulação.

Aliás, nos Estados Unidos da América do Norte, o *Child Pornography Prevention Act* (Lei de prevenção à pornografia infantil) de 1996, visou aumentar a repressão à pornografia¹¹, especialmente infantil evitando a exploração ao proibir amplamente a pro-

10 Não há qualquer menção à Internet das portarias do Ministério da Justiça que tratam do tema (portarias 1100/2006 e 1220/2007). Os artigos 3º e 4º da Portaria 1100/06, inclusive, apõe que:

“Art. 3º O Ministério da Justiça realizará diretamente a classificação indicativa das seguintes diversões públicas: I - cinema, vídeo, dvd e congêneres; II – jogos eletrônicos e de interpretação (RPG). Art. 4º Não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como:

I - espetáculos circenses; II - espetáculos teatrais; III - shows musicais; IV - outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público.”

11 O Child Pornography Prevention Act de 1996 (CPPA) expandiu a proibição relacionada à pornografia infantil, incluindo qualquer representação visual incluindo fotografia, filme, vídeo, imagens geradas por computador que utilize ou pareça utilizar criança ou adolescente em conduta de sexualidade explícita, bem como qualquer imagem que propagandeie, promova, apresente, descreva ou distribua material que refira-se a cenas de sexualidade explícita envolvendo criança, adolescente ou assemelhados. Também,

dução e distribuição de material pornográfico infantil – inclusive simulado ou criado artificialmente –, entre outras medidas. A lei acabou abolida em 2002, por conta do caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234¹² que apontou a excessividade de rigor na lei aliada a termos muito amplos, vastos e de interpretação difícil. Não é outro o destino de parte da lei brasileira.

A pornografia infantil, especialmente, foi definida pela INTERPOL como:

*“child pornography is created as a consequence of abuse of a child. It can be defined as any means of depicting or promoting the sexual exploitation of a child, including written or audio material, which focuses on the child’s sexual behavior or genitals”*¹³

Desta feita, há que se entender pela definição da organização policial internacional que se trata da retratação ou promoção da exploração sexual de crianças, especialmente quanto ao comportamento sexual e a genitália e tais condutas devem ser alvo de repressão mundial por serem valor coletivo geral que demanda proteção.

Uma vez que o princípio da legalidade impede nosso Poder Judiciário de punir atos meramente imorais, e, portanto, incoercíveis, resta somente a possibilidade de a iniciativa privada criar mecanismos que impeçam o cidadão ainda não maduro de acessar meios de risco em que seu conteúdo deturparia seu comportamento e levaria a influências negativas.

Pensando nisso, programas como CyberPatrol, CyberSitter, BESS, WebSENSE, Smart Filter, X-Stop, I-Gear, NetNanny e outros visam regular o conteúdo acessível¹⁴ por crianças e adolescentes através da rede mundial de computadores como fotos, vídeos, sites com conteúdo inapropriado bem como blogs, bate-papos e outros¹⁵. Tal recurso visa afastar o contato com material que poderia em tese levar a jovem mente a enviesear-se para rumos considerados prematuros e desaconselháveis pela psicologia e outras ciências.

Creemos que o objetivo da lei, porém, não é reduzir tal natureza de lesão quando o

bane a pornografia infantil virtual que utilize pessoas adultas simulando serem crianças ou adolescentes, e até mesmo imagens geradas por computador que representem ficticiamente semelhança com infantes. Em *ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL, et al. vs. FREE SPEECH COALITION et al.*. Hoje está em vigor nos EUA o Protect Act que também coíbe as condutas obscenas relativas à pornografia infantil. Em <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c108:6:./temp/~c108Rplnyl:e99086>. Acesso em 16.03.09 às 02:37hs. No mesmo sentido o Protection of Children Act do Reino Unido em http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990014_en_1. Acesso em 16.03.09 às 02:39hs. Também, o Conselho da Europa, em 25 de outubro de 2007 gerou a Convenção para Proteção da Criança contra Exploração Sexual e Abuso Sexual. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm>. Acesso em 16.03.09 às 02:40hs.

12 <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=535&page=234>. Acesso em 11.02.2008 às 12:34hs.

13 *Apud* Juan Carlos Rojo Garcia. *La realidad de La pornografia infantil em internet*

14 “Blocking programs” são programas utilizados para impedir o acesso a sites considerados impróprios, e os filtra e bloqueia de acordo com a determinação de um usuário com controle de administrador. O novo sistema operacional Windows Vista, inclusive, já vem com programa de *Parental Control* no intuito de os pais tentarem evitar certos acessos.

15 Os meios de controle de acesso não são perfeitos contudo. O acesso de páginas por meios alternativos é possível, com o uso de Proxy, o acesso via IP, o uso da cachê do Google e até mesmo o uso de um anonymizer, dentre outros.

problema envolve inimizabilidade, mas sim quando o assunto advém da perversão sexual de indivíduos imputáveis.

Apresentado isso, e fazendo-se a leitura do tipo dos artigos 240 e 241 do ECA, é de se concluir que não é a pedofilia o alvo da repreensão penal, mas sim a pornografia infantil, opinando o legislador por coibir majoritariamente práticas que desviam impúberes do desenvolvimento natural humano e que, assim, em tese violam o conceito de moral geral.

Não é, pois, o desejo o alvo de repressão, mas sim o culto e o incentivo à prática desviante.

3. Criança, Adolescente e a Sexualidade

O ECA trata claramente, em seus artigos 240 e 241, de crimes de pornografia que podem envolver tanto crianças quanto adolescentes. Entretanto, é necessário que apresentemos algumas considerações.

A primeira trará da impropriedade do termo pornografia infantil. O termo infantil significa algo relativo à infância; e, por infância, há que se compreender a fase da vida humana que vai do seu nascimento ao início da adolescência. Isto posto, há que se concluir que há, cumulada ou alternativamente:

- (i) uma irracionalidade entre o termo apresentado pelos meios de comunicação e o ECA; e/ou
- (ii) uma tendência da sociedade condenar com muito mais força a pornografia que trata de crianças propriamente ditas¹⁶ do que a que trata de adolescentes¹⁷.

Opinamos pela somatória de ambos os fatores. A sociedade parece cada dia mais formada por crianças e adolescentes precoces, que mais cedo se relacionam sexualmente.

Pesquisa feita pela mundialmente conhecida Durex, fabricante de preservativos, apontou o Brasil como o segundo país em que mais cedo se inicia a vida sexual (17,3 anos)¹⁸, dentre os pesquisados. Desta forma, a maturidade do adolescente frente à nova sociedade força e modifica valores e a rede mundial de computadores serve como

16 O ECA traz em seu artigo 2º que “*considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.*”

17 A maior parte dos normativos internacionais utiliza-se da expressão CRIANÇA e não adolescente. Porém, a Convenção Européia para Proteção da Criança contra Exploração Sexual e Abuso Sexual apontou, em seu artigo 3º, que por “criança” se deve entender qualquer pessoa abaixo de 18 anos de idade. *In verbis: “Article 3 – Definitions - For the purposes of this Convention: a. “child” shall mean any person under the age of 18 years;”*. Em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm>. Acesso em 16.03.09. às 02:45hs.

18 O conteúdo do The Face of Global Sex 2007 pode ser acessado em: <http://www.businessfightsaids.org/documents/resources/additional/Face%20Of%20Global%20Sex%202007.pdf>. Acesso em 13.02.2008 às 19:50. Pesquisa da mesma fonte em 2005 apresentou a idade média da primeira relação sexual como de 15,6 anos, na Islândia. Fonte: <http://www.durex.com/cm/gss2005Content.asp?intQid=941&intMenuOpen=>. Acesso em 13.02.2008 às 20:14.

catalisador. A criança, mas mais especialmente o adolescente de hoje, é mais tolerante e acostumado com certos ambientes.

Tendo-se em vista tal precoce diminuição de pudor e uma proativa luta da juventude por independência, certos valores coletivos têm experimentado uma transformação. O crime de sedução foi retirado do Código Penal pela lei nº 11.106/05, vez que previa que “*seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança*” era conduta reprovável.

A evolução social fez com que os conceitos de inexperiência e ingenuidade e a figura do sedutor fossem superadas pela doutrina e jurisprudência, clamando pela “*abolitio criminis*”. Assim, o valor virgindade adolescente¹⁹ perdeu a razão de clamar por proteção penal.

É certo, pois, que a virgindade está social e estritamente vinculada com o conceito de pureza e candura. Isto posto, o cidadão²⁰ de certa faixa etária que nunca manteve uma relação sexual seria intocado e, assim, objeto de necessária proteção responsável pela sociedade para conseguir manter seu desenvolvimento natural.

Ora, se o crime de sedução que tipificava a conduta da conjunção carnal e, portanto, a figura do contato físico, restou revogado, isso significa que a perda da virgindade pela mulher adolescente já não precisa da proteção penal, conforme os tribunais tanto repetiram²¹.

Parece-nos, assim, que o artigo 241 do ECA e suas letras seguintes restaram por ficar parcialmente inócuos porque ilógica sua aplicação diante da realidade hodierna e da sistemática das leis penais. Há que se questionar se quis o legislador proteger adolescentes do mesmo modo com as crianças ou se deixará ao magistrado aplicador da lei penal a tarefa criminológica de apreciar caso a caso o estágio de evolução sexual da vítima. É de se lembrar que o legislador determinou que somente as violações dos artigos 213 e 214 permanecessem em vigor para proteger a liberdade sexual, dando ao adolescente maior autonomia na busca de sua sexualidade.

Some-se a isto o conceito de violência presumida que gera ao estupro e ao atentado violento ao pudor a classificação de ação penal pública. Somente os menores de 14 anos recebem a proteção legal – e a súmula 608 do STF reforça a tese – da persecução penal independentemente de provocação do judiciário, por força de haver uma consideração especial quanto a tal segmento da sociedade. Isto se dá pelo fato de que, por conta de sua fragilidade, clamam tais crianças por maior atenção da justiça tendo-se em

19 Curioso notar que apesar de o ECA apontar a fase adolescente como a partir dos 13 anos, o Código Penal presume a violência a partir dos 14 anos para os efeitos de presunção de violência.

20 O dicionário eletrônico Michaelis traz que virgem seria “a mulher no seu perfeito estado de pureza; diz-se da mulher que ainda não teve cópula carnal”. Diante disto, a expressão estaria correta somente quando se trata da mulher que não manteve relação sexual. Cremos que a própria Constituição Federal, ao estabelecer a igualdade de sexos aponta para o fato de que há que se uniformizar a idéia de virgem tanto para homem quanto para a mulher.

21 <http://conjur.estadao.com.br/static/text/31810.1>. Acesso em 13.02.2008 às 20:57hs.

vista sua forte dependência e reduzido estado de desenvolvimento

Por que o adolescente de 14 a 18 anos incompletos não recebe tal amparo? Indubitavelmente a resposta está no fato de que a maturidade sexual começa a dar seus sinais a partir de tal idade.

Se há de certa forma respeito às escolhas feitas pelo adolescente no que se refere à sua individualidade sexual a ponto de se abolir o crime de sedução nos tempos modernos e também a ponto de dar a ele (e seus responsáveis) o condão de provocar ou não a justiça quando da violação de sua liberdade sexual, isso significa que o Direito Penal dá um recado: é diferente a forma com que se deve tratar uma criança e um adolescente quando se trata de condutas que envolvem sexualidade.

Parece-nos, assim, que o termo pornografia infantil quer dar o recado de que está mesmo a sociedade especialmente preocupada com um amparo à criança até os 12 ou 13 anos que pode ser contaminada e desviada de seu caminho e, portanto, deve haver punição àqueles que se utilizam destes para realizar suas perversões sexuais.

Não queremos de maneira alguma defender que há permissão para a pornografia adolescente, mas apenas refletir acerca da necessidade real de o Direito Penal ser paternalista neste sentido. Queremos apresentar um ponto de vista no sentido de que a moral social tende a reagir de forma tanto mais agressiva quando do uso de crianças ou materiais que as envolva para satisfazer desejos e que há uma mitigação da indignação quanto aos adolescentes envolvidos em tais materiais.

4. Conclusão

Este trabalho não visa incentivar a pedofilia, tampouco busca auxiliar na defesa de qualquer pessoa relacionada com o crime de pornografia infantil. O que se quer trazer são opiniões acerca de uma interpretação principiológica, lógica e sistemática do Direito Penal no que se refere a crimes existentes e que tratam igualmente a criança e o adolescente sem se preocupar com os estágios de maturidade e evolução da vida humana.

Também, se quer compreender o uso correto da nomenclatura.

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há lei que defina crime o desejo ou fantasia com crianças ou adolescentes. Logo, não há crime de pedofilia no Direito Penal brasileiro. O que existe é um tipo de pornografia infantil em que o praticante tem perversão voltada para crianças e adolescentes.

Há, também, uma incorretude em se tratar igualmente pessoas em estágios diferentes de evolução e maturidade. Nos tempos em que adolescentes matam e se quer repensar suas responsabilidades, é imprescindível que o Direito Penal também reflita sobre oferecer mesma interpretação para vítima diferentes.

Tem-se dito que há um crime de pedofilia por associar-se o crime de pornografia com tal predileção. A confusão, todavia, não pode ofuscar os olhos do operador do direito que tem obrigação de primar pela correta linguagem. Chamar de crime de pedofilia os

tipos dos artigos 240 e 241 é incorreto e impreciso.

Cada ano a rede mundial de computadores penetra mais nas residências e torna-se imprescindível seu uso e conhecimento. Os jovens dominam a tecnologia e navegam pelo ambiente desconhecido de muitos constantemente sob influência do material que ali prepondera, qual seja, o sexo.

Há que se compreender sociologicamente o fato de que os valores são modificados por conta da influência dos meios em que se está. A constância da pornografia na Internet tornará a juventude acostumada a lidar com provocações e assédios de cidadãos mal intencionados e que buscam usar a rede para satisfazerem suas próprias fantasias.

O Estado hoje não pode utilizar-se do Direito Penal para combater a pedofilia mas tão somente combater a pornografia infantil e atos que lesionam a criança ou adolescente. Assim, a consciência do meio é imprescindível e a educação acerca da linguagem também.

A fantasia não pode ser objeto de tutela penal, mas tão somente a conduta violadora de bens jurídicos que exigem proteção. Há que se cuidar de prevenir sobre riscos e avaliar a infância e adolescência já vítima diária de ações comerciais e mal intencionadas, numa prevenção primária fundamental conjunta com o Direito Penal repressivo, até que o risco da rede mundial de computadores seja corretamente compreendido e a sociedade aprenda melhor a lidar com esse novo segmento social.

A novel legislação traz avanços, porém algumas figuras criadas violam sistematicamente o sistema jurídico-penal, levando o Estado a criar uma legislação duríssima e presumir ofensividade em atitude inconstitucional. A punição às redes de pornografia infantil e a seus incentivadores é, certamente, necessária e fundamental ao bom desenvolvimento do Estado Brasileiro. O que se questiona é o custo constitucional de tal tarefa.

Bibliografia

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S/A, 1998.

BINDER, Alberto M. *Pornografía: dignidad humana y represión cultural* in *Doctrina Penal – Teoría u Práctica em las Ciencias Penales*. N°s 33 a 36. Año 9. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1986.

GOTI, Jaime E. Malamud. *La pornografía y el derecho penal (um ejemplo de paternalismo)* in *Doctrina Penal – Teoría u Práctica em las Ciencias Penales*. N°s 25 a 28. Año 7. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1984.

HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do moderno Direito Penal*. *Revista de*

Estudos Criminais -ITEC, Ano 02, n.sº 08, Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2001. p. 54/66.

KELSEN, Hans. O que é justiça? [tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow]. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

LEITE JUNIOR, Jorge. Das Maravilhas e Prodígios Sexuais – Uma análise da Pornografia Hard Core “Bizarra”. Tese de mestrado em ciências sociais. PUC-SP. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição revisada, ampliada e atualizada. 2002.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24a. Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. Publicado em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/crimes.pdf>. Acesso em 18.03.09 às 12:32hs.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997

SILVA, Tadeu Antonio Dix. Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005. J.H. Mizuno Editora. 2006.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Crimes Sexuais - Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Editora Quartier Latin. 2008.

Spencer Toth Sydow

Advogado, mestrando em Direito Penal pela USP, professor e coordenador do Núcleo Docente Estruturante da Universidade Bandeirantes nas cadeiras de Direito Penal e Processo Penal e professor de cursos de especialização da GV-Law.

BATE-BOLA

(João Paulo Orsini Martinelli entrevista LUÍS GRECO)

A **Revista Liberdades** dá início nesta edição ao seu ciclo de entrevistas com grandes personalidades das ciências criminais. Além de Alberto Silva Franco, o outro entrevistado é o professor **Luís Greco**, um dos maiores nomes brasileiros da nova geração no cenário internacional. Com apenas 30 anos, seu vasto currículo inclui os títulos de mestre e doutor em direito pela prestigiada Ludwig Maximilians Universität (Munique, Alemanha), onde foi orientado pelos professores Claus Roxin e Bernd Schünemann (deste último é também assistente).

Sua produção acadêmica inclui traduções, diretamente do alemão, de importantes obras do direito penal, além de livros e artigos, dentre os quais *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação* (Renovar, 2004) e *Um panorama da teoria da imputação objetiva* (Lumen Juris, 2005). Luís Greco também publicou diversos trabalhos no exterior, principalmente na Alemanha, na Espanha e em Portugal. Alguns dos artigos e das traduções foram publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, o que demonstra a assídua colaboração do entrevistado com o IBCCRIM.

A entrevista foi gentilmente concedida por e-mail a **João Paulo Orsini Martinelli**, coordenador-adjunto do departamento de Internet do IBCCRIM.

Como surgiu o seu interesse pelo direito penal e como foi seu primeiro contato com a doutrina alemã?

LUÍS GRECO - Comecei a levar o curso de direito a sério somente a partir do terceiro semestre, até então me dedicava apenas à literatura e à filosofia. Os primeiros manuais de penal que li foram os de Damásio de Jesus e Aníbal Bruno. Este me fascinou pela intensa informação bibliográfica que as suas notas continham, o que me permitiu notar a importância da doutrina alemã. Fiz então uma viagem de turismo à Alemanha com a família e, por sorte, encontrei o manual de Welzel numa livraria universitária. Li-o sem muito entender. O que mais me surpreendeu foi perceber que o finalismo de Welzel nada tinha a ver com a tese de que a culpabilidade não integraria o conceito de crime.



Meu próximo contato com a doutrina alemã veio apenas mais de um ano depois. À época, estava no sétimo semestre, eu gostava de encomendar livros alemães pela internet. Interessava-me bastante por direito civil e, havendo lido o manual de Larenz, estava fascinado com o princípio da boa-fé e a idéia de deveres secundários derivados de uma relação obrigacional. Queria escrever minha monografia de conclusão de curso sobre o tema e encomendei o livro de Menezes Cordeiro. Quando vi o livro, senti um profundo desânimo e pensei que era melhor fazer outra coisa.

Eu estava então dividido entre o direito administrativo e o penal. Lia principalmente manuais brasileiros, Hely Lopes Meirelles e Celso Bandeira de Mello, de um lado, Hungria, Bruno, Fragoso, Jesus e Noronha de outro. Havia encomendado alguns manuais alemães, Bachof, Diederichsen, de direito administrativo, e Roxin e Jescheck, de penal. Foi então que encontrei meu tio, o prof. Vicente Greco Filho, no jantar de comemoração da posse de meu pai, o prof. Leonardo Greco, como titular de direito processual civil da UFRJ. Meu tio havia recentemente conquistado a titularidade de penal da USP. Conversamos um pouco e o tema foi o conceito de crime, se a culpabilidade o integrava ou não. Que eu me lembre, meu tio disse que, a seu ver, até a punibilidade deveria integrá-lo. Como eu não conseguia pensar em outro assunto, comecei a ler o manual de Roxin. A partir daí, não parei mais. Comprei vários outros manuais, Otto, Jakobs, Wessels, e os li também. Ao final de alguns meses, já sabia que queria ir para a Alemanha tão logo me formasse.

Alguns meses depois, escrevi a vários dos professores alemães que conhecia de nome, contando-lhes de meus planos de doutorar-me na Alemanha e perguntando-lhes sobre a viabilidade de uma orientação. Para a minha surpresa, entre os que responderam estava o prof. Roxin, que havia acabado de aposentar-se. Fui encontrá-lo e fiquei impressionado com o calor e a simplicidade com que esse grande homem me recebeu e me aceitou como seu discípulo. Não tardou até que eu conhecesse o prof. Schüne-mann, do qual acabei depois me tornando assistente.

Quais são os temas de sua preferência no direito penal? Por quê?

LG - Gosto de temas que não sejam tão dependentes do direito positivo. Daí porque gosto da teoria do delito como um todo, bem como dos fundamentos do direito penal. Interesso-me também por alguns dos delitos clássicos da parte especial, como o estelionato, o furto. Algo que sempre me fascinou no direito penal é que, como na filosofia, pode-se ler um trabalho escrito há mais de 100 anos e aprender algo com essa leitura. Não interessam tanto o lugar ou a época em que se originou o argumento, o que interessa é a solidez do argumento. Sempre tive um certo medo de dedicar anos e anos de minha vida estudando um tema cuja própria existência podia ser posta em xeque por meras “três palavras do legislador”. Em última análise, essas três palavras não só fariam o tema desaparecer: também esses anos de minha vida me seriam tomados. No direito penal, pelo menos, há um enorme contingente de temas imune a essa ordem de perigo.

Recentemente, você fez uma incursão na filosofia, ao publicar o artigo “A crítica de Stuart Mill ao paternalismo” na Revista Brasileira de Filosofia. Qual a importância da filosofia no estudo do direito penal? E quem você aponta como os mais importantes filósofos para as ciências criminais?

LG - Alguns dos debates jurídico-penais são, em parte, debates filosóficos, de filosofia política ou de ética normativa. Parte do debate sobre as teorias da pena, por ex., se reconduz à discussão entre uma ética consequencialista e uma ética deontológica.

Conhecer o debate filosófico expande os horizontes no tratamento desses problemas.

Mas há duas coisas importantes a observar. Em primeiro lugar, filosofia e direito penal não são a mesma coisa. Um problema da interdisciplinaridade tão em voga entre nós é que ela por vezes contribui para que não se faça nem direito penal, nem filosofia, mas apenas uma mistura diletante, que não serve nem para o penalista, nem para o filósofo. Em segundo lugar, por vezes é o filósofo quem pode aprender do penalista. Creio que algumas certezas de que nós, penalistas, dispomos, como a de que nunca é permitido punir um inocente ou torturar, podem servir de pedra de toque para avaliar teorias construídas pelos filósofos.

Há vários filósofos que podem ensinar algo ao penalista. Os mais presentes na minha maneira de enxergar o direito penal são, em primeiro lugar, Kant, depois Locke, Hobbes e, entre os modernos, Nozick.

Você escreveu a introdução e fez a tradução da obra “Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal”, do Professor Roxin, além de ser o autor de “Um panorama da teoria da imputação objetiva” e “Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação”. Quais são os méritos da teoria da imputação objetiva e quais as tendências de sua aplicação?

LG - Parece-me que o principal mérito da teoria da imputação objetiva foi deslocar o ponto de gravidade do injusto do dolo para o desvalor objetivo da ação, para a criação de um risco juridicamente desaprovado. Isso é mais adequado ao modelo de um direito penal de fato, porque, em primeiro lugar, o que fundamenta o injusto penal passa a ser algo em princípio externo, e não mais um dado subjetivo; em segundo lugar, porque se conecta a teoria do injusto de modo mais direto à teoria da proteção de bens jurídicos.

É difícil falar em tendências. Vejo que um dos temas que ainda continuam a ser bastante discutidos na Alemanha é o da possível exclusão da imputação por contribuição da vítima.

Hoje parece ser um dogma quase imutável a afirmação de que só pode ser crime a conduta que represente lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Você acredita que é possível existir crime sem bem jurídico?

LG - Não me parece que essa afirmação tenha o caráter de dogma. Não só a doutrina cada vez mais a questiona, como o Tribunal Constitucional alemão a recusou expressamente na sua recente decisão sobre a constitucionalidade do delito de incesto.

Já me manifestei algumas vezes sobre o tema. Hoje penso que a pretensão da teoria do bem jurídico de liberalizar o direito penal e excluir moralismos é justificada, mas não é alcançável por essa teoria. Simplificadamente, não incriminar, por ex., o incesto ou homossexualismo sob o argumento de que tal incriminação não protege bens jurídicos significa dizer que não nos convém incriminar essas condutas, que não obteremos qualquer vantagem de uma tal incriminação. Isso desloca o foco daquilo que, a meu ver, é o fundamental, a saber: não que a proibição desse comportamento é desvantajosa para

nós, e sim que os afetados têm o direito de praticar esse comportamento.

Aproveitando o tema bem jurídico, qual sua opinião sobre os bens jurídico-penais de natureza difusa ou coletiva? Você entende que os mesmos são legítimos? Você concorda com a existência de um direito penal econômico?

LG - Se os bens jurídicos coletivos não fossem legítimos, a corrupção do funcionário público não poderia ser incriminada, porque os tipos de corrupção protegem um bem coletivo, (provavelmente a integridade da administração pública). O problema, aqui, é diferenciar quais os bens coletivos reais e quais os aparentes, ou, numa outra terminologia, que me parece mais correta, quais os legítimos e quais os ilegítimos. Bens provavelmente ilegítimos seriam a segurança pública ou a saúde pública, bens seguramente legítimos seriam a integridade da administração pública (afetada pelos delitos de corrupção) e o meio-ambiente.

Não pode haver uma objeção de princípio ao direito penal econômico. Se o estelionato é crime, tanto mais tem de ser uma fraude na bolsa de valores que gera prejuízos que alcançam a casa dos milhões. O problema está em ver de que maneira se pode construir um direito penal econômico compatível com as tradicionais garantias do direito penal.

Com base no seu artigo “Sobre o chamado direito penal do inimigo”, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 56, qual a sua opinião sobre a discussão em torno do tema, especialmente no Brasil e na Espanha?

LG - Penso que essa discussão é um belo exemplo de um enorme empenho de energia que não levou a quase lugar nenhum. Aliás, a maioria desses slogans de moda, como também direito penal do risco, sociedade do risco, direito penal globalizado etc. tampouco nos diz qualquer coisa de que já não soubéssemos. O delicado trabalho do penalista de distinguir o legítimo do ilegítimo precisa de ferramentas muito mais sutis.

Você entende que a política criminal é fundamental para a construção da dogmática? Como utilizar a política criminal sem cair em conceitos jurídicos vagos e imprecisos?

LG - Entendo que a política criminal é fundamental para a construção da dogmática no sentido de que o sistema dogmático da teoria do delito tem de ser construído levando em consideração os pressupostos de legitimidade da pena. Por ex., no momento de determinar o que é dolo, não se pode argumentar “dolo é vontade, porque quem age com vontade demonstra ser uma pessoa mais perigosa”, uma vez que tal argumento não se adequa a um direito penal de fato, e um pressuposto de legitimidade da pena é que esta se adequa ao modelo de um direito penal de fato, e não de autor.

Conceitos construídos segundo essas idéias têm de ser precisos, doutro modo estaria desatendido outro pressuposto de legitimidade da pena, o mandato de determinação, e esses conceitos teriam de ser revistos.

Aproveitando o título de um dos trabalhos do Professor Claus Roxin, na sua opinião, tem futuro o direito penal?

LG - Enquanto houver instâncias de poder que exerçam esse poder com uma pretensão de legitimidade – isto é, enquanto houver Estados – que reajam à suposta prática de determinado comportamento com a imposição de um severo mal físico ou de um severo reproche – isto é, que imponham penas – será necessário fixar com clareza os limites de legitimidade de uma tal prática.

Conte-nos um pouco da sua tese de doutoramento, na qual você estudou a obra de Feuerbach. Quais foram suas principais conclusões?

LG - A idéia central de meu trabalho é a de que há, principalmente, dois grupos de razões com base nos quais se justifica um comportamento: razões deontológicas ou de respeito e razões consequencialistas ou de conveniência. Essas razões são irreduzíveis entre si: não se pode reduzir conveniência a respeito, nem respeito à conveniência. Justificativas fundadas no respeito são rígidas e impassíveis de exceção, justificativas fundadas na conveniência são flexíveis e negociáveis. Em termos kantianos, pode-se falar no primeiro caso de imperativos categóricos, no segundo de imperativos hipotéticos.

Parece-me que a maior parte das conquistas do liberalismo jurídico-penal, como a proibição da tortura e da pena de morte, pelo seu caráter rígido, absoluto e inegociável, só pode estar fundada em considerações de respeito, e não de conveniência. Por ex., o mal da pena de morte não está em que essa pena não intimida e portanto não convém, e sim no fato de ela implicar a eliminação uma pessoa que se tem em sua guarda, o que, em última análise, é uma profunda manifestação de desrespeito; o mal da tortura não está na sua ineficácia para alcançar uma confissão conforme à verdade, e sim no fato de ser ela incompatível com o reconhecimento do afetado como um ser dotado de vontade. Doutro modo, seria permitido executar ou torturar, tão logo houvesse razões para duvidar da prognose de conveniência que fundamentava a inicial proibição. Tento desenvolver um argumento similar no que se refere ao princípio da legalidade, afirmando que Feuerbach se enganou ao tentar fundamentar a legalidade penal numa consideração de conveniência. A seu ver, só a pena cominada em lei produziria o efeito geral de coação psicológica que ele esperava.

Eu proponho, assim, uma versão revista da teoria da pena de Feuerbach, da chamada teoria da coação psicológica, distinguindo de modo mais claro esses dois tipos de considerações.

Agora você é doutor em direito pela Universidade de Munique. Quais são seus projetos?

LG - No momento, estou dando início à minha livre-docência sobre o princípio do *ne-bis-in-idem* no direito processual penal interno, europeu e internacional, sob a orientação do prof. Schünemann, em cuja cátedra tenho a honra de trabalhar como assistente. Pretendo dedicar-me futuramente também a temas de direito processual e de filosofia do direito.

Para finalizar, quais os seus conselhos para aqueles que desejam aprimorar o conhecimento no direito penal?

LG - Eu aconselharia nem tanto a ler muito, como principalmente a ler as coisas certas, a ler o que os outros não estão lendo. Quem tiver pretensões mais ambiciosas tem de cuidar de duas coisas mais: primeiro, cultivar um estilo claro e simples, que resguarde o leitor de qualquer dificuldade que não diga respeito ao próprio conteúdo daquilo que se escreve; em segundo lugar, aprender alemão, sem o que muitos dos trabalhos mais importantes de nosso ramo permanecem inacessíveis.

...

RESENHA

MUITO ALÉM DA PRISÃO

Alessandra Teixeira

Memórias de Um Sobrevivente

Companhia das Letras, São Paulo, 2001, 478p.

Autor: Luiz Alberto Mendes

Às Cegas

Companhia das Letras, São Paulo, 2005, 356p.

Autor: Luiz Alberto Mendes

A força de *Memórias de um sobrevivente*, publicado em 2001, quando seu autor Luiz Alberto Mendes ainda se encontrava preso, e de sua continuação *Às cegas*, publicado quatro anos depois, é sobretudo a força do depoimento. Tem ainda o mérito de desvendar a trajetória peculiar de um indivíduo que mesmo encerrado por mais de três décadas nos mais perversos ambientes institucionais, encontrou uma janela para o mundo *além* da prisão através da literatura, ressignificando assim seu percurso.

É nisto que reside a impossibilidade de descrevê-lo no gênero *literatura marginal*, supondo que não se trata de cunhar percursos, quaisquer que o sejam, e sobretudo este que aqui é retratado, de marginais. Se o universo sobre o crime e a maquinaria perversa e corruptível do Estado penal tem grande relevância neste livro, é porque opera como cenário, como pano de fundo de uma trajetória que de modo algum se confunde com ele. Aí cabe uma observação sobre este trabalho que o diferencia das biografias de detentos e ex-detentos cada vez mais freqüentes no mercado editorial nacional; aqui é todo um mundo social que emerge do testemunho do autor, e penetrar nele é também penetrar em capítulos sombrios da história de nosso país, de nossas instituições, e também de nossos processos políticos e históricos.

Luiz Alberto Mendes inicia seu relato no início dos anos 60 (em tempos deflagradamente autoritários), quando, com apenas 10 anos, foge pela primeira vez de sua casa, buscando livrar-se dos espancamentos sistemáticos promovidos por um pai alcoólatra, e fascinado pelas “luzes da cidade” que lhe prometiam a liberdade sem restrições. Seu primeiro contato com as forças de ordem e o aparelho institucional será então, já neste momento, o Juizado de Menores, local em que lhe serão apresentadas as peças da engrenagem de um sistema em cuja trama estará a partir de então recorrentemente ligado.



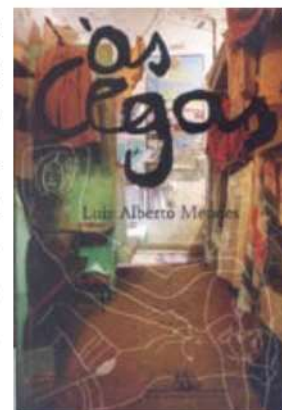
Daí até a maioridade sua vida se resumirá num ciclo de furtos, pequenos roubos, o invencível esquema de extorsão da polícia, e o recolhimento no brutal RPM – Recolhimento Provisório de Menores. É neste local que o autor testemunhará toda a sorte de perversões de um sistema que não se constringia em extrair os últimos traços de humanidade de crianças e adolescentes de trajetória similar a de Luiz, transformando-os, pela brutalidade das torturas, pelo jogo de violência (física, mental, sexual) que os incitava uns contra os outros, no produto mais aquilatado da *delinqüência*.

Mas será sua passagem pelos sistemas policial e carcerário, entre e após a frenética onda de crimes na qual já o jovem adulto Luiz estará envolvido, que se revelará a dimensão mais aterradora sobre o Estado penal brasileiro. É neste ponto também que o livro mais contribui à memória do sistema repressivo nos anos da ditadura militar, suprimindo uma importante lacuna no que se refere ao registro histórico do tratamento dispensado naquele momento a criminosos comuns.

Preso após se envolver na morte de um policial durante um roubo, o autor será então bárbara e sistematicamente torturado durante meses intermitentes nas obscuras masmorras policiais. Nestas páginas, Luiz nos conduz aos porões mais sombrios do aparelho jurídico penal, revelando os horrores de seu funcionamento, a rotinização e a intensificação da tortura (muitas vezes fatal), banalizada a ponto tal de dispensar sua famigerada instrumentalidade para extração de “verdade”. Luiz nos revela, ainda, o papel desempenhado pelo sistema de justiça como garantidor da barbárie, operando sem constrangimentos como peça fundamental de um modelo repressivo cunhado na violência, na ilegalidade e na exceção.

O retrato do sistema carcerário que Luiz nos apresenta a partir dos anos em que esteve recluso na Casa de Detenção e na Penitenciária do Estado, ainda na década de 70, é importante ainda por nos remeter a um contexto já distante dos cenários com os quais se passou a conviver após o advento do PCC (Primeiro Comando da Capital). As mortes incontáveis, a violência sexual generalizada, as guerras prolongadas que podiam ser acionadas por um olhar mal dirigido, um acerto mal resolvido ou qualquer disputa infame, e tudo isso também garantido ora pela omissão ora pela atuação perversa do Estado no interior das prisões, nos dá a dimensão de patamares de violência difusa e sem qualquer modo de *regulação*, que caracterizaram singularmente o sistema carcerário neste momento que antecede à redemocratização.

É neste contexto e neste momento de sua narrativa, quando a barbárie e a desesperança emergem como mais eloqüentes, que o autor desviará o rumo de sua trajetória pessoal, ainda que não de modo definitivo, mas em parte decisivo. O encontro com a literatura se dará num momento peculiar de isolamento e tortura a que esteve submetido no regime de cela-forte por mais de 6 meses, onde se é dado estabelecer, segundo ele próprio, uma “relação muito estreita com a morte”. Da leitura intensa e sistemática a centenas de títulos e autores do calibre de Dostoiévsky, Virginia



Wolf, Victor Hugo, Guy de Maupassant, Luiz refundará sua relação com o universo da prisão, relativizando a partir de então sua condição de encarcerado.

O segundo volume, *Às Cegas*, nos remete à incômoda constatação da incipiência e da incompletude de nossa experiência democrática. Iniciado justamente no período da redemocratização, Luiz descreve seu protagonismo junto a essa que foi a tentativa mais concreta de fazer valer as regras do direito no espaço da prisão: a política de humanização dos presídios no estado de São Paulo, entre os anos de 1982-86. A história de Luiz nestes anos acaba por se confundir com a própria história das iniciativas que compuseram tal política, seus sucessos, oposições e fracassos. Na sua busca incessante por uma janela para o mundo, neste momento viabilizada por medidas de incentivo à reinserção de presos, que possibilitariam, no seu caso, que iniciasse o curso de Direito na PUC, Luiz retoma o contato direto com um mundo até então a ele interdito, e intensamente desejado. As resistências, contudo, advindas do staff prisional e do sistema de justiça, somadas ao fascínio exercido pela liberdade fugaz que experimentava e pelas “luzes da cidade”, levariam-no a desviar-se dessa aposta individual, mergulhando-o uma vez mais na invencível trama *crime e prisão*.

É neste segundo volume, então, que ficará nítida a idéia de que a narrativa de Luiz não está referida de modo algum a um testemunho de redenção. As inflexões em sua trajetória, o retorno ao crime e novamente ao cárcere, acompanham uma vez mais as inflexões de um mundo social que o rodeia, e também guardam desconcertante correspondência com os fracassos das apostas políticas do período.

Se as escolhas e desvios deste narrador podem nos dizer algo, é, antes e sobretudo, sobre a capacidade humana muitas vezes esquecida de redesenhar percursos e assim de (re) escrever a própria história. Sua força vem justamente dessa constatação.

Alessandra Teixeira

Presidente da comissão do Sistema Prisional do IBCCRIM

FILME

LARANJA MECÂNICA E A PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA: OS LIMITES DA INOCUIZAÇÃO

Cristiano Avila Maronna

Laranja Mecânica (*A Clockwork Orange*, no original), de Stanley Kubrick, baseado no livro homônimo de Anthony Burgess, é uma das mais polêmicas obras cinematográficas da história.

A estética da violência funciona, nas mãos de Kubrick, como um hipertexto tonitruante e harmonioso como uma sinfonia de Beethoven. A violência nos seus mais longínquos limites – o que na metalinguagem do filme é retratado pelo conceito de ultraviolência – é apenas uma justificativa para a discussão de fundo sobre as finalidades da pena em um estado constitucional, especialmente no que diz com a prevenção especial negativa (neutralização ou inocuização).



O filme causou grande polêmica em razão das cenas de extrema violência, inclusive sexual, e chegou a ter sua exibição proibida no Reino Unido por quase 30 anos.

A película é protagonizada por Alex de Large¹, líder de uma gangue de delinqüentes juvenis, que perpetra todo tipo de violência e é apaixonado pela música de Beethoven.

Alex usa uma espécie de gíria com termos russos e leva uma vida dupla: de dia é o filho adolescente de um casal de classe média e à noite se transforma em uma máquina² de atrocidades capaz de espancar idosos bêbados, estuprar mulheres indefesas e agir com violência exacerbada em qualquer situação banal.

A gangue de Alex se reúne em um bar-leiteria onde é possível beber leite com drogas

1 Warley Rodrigues Belo, no excelente artigo "A laranja mecânica: Comentários Criminológicos sobre a Violência Juvenil", aponta a referência no nome do personagem a Alexandre, o Grande e também à anomia (a-lex, um homem sem lei).

2 O título em inglês, *A clockwork orange*, que pode ser traduzido como laranja com maquinismo de relógio, permite a ilação de que se refere a um animal (orangotango, daí o *orange*) que pode ser programado ou domesticado como uma máquina, conceito caro ao *behaviorismo* (cf. BELO, "A laranja mecânica: Comentários Criminológicos sobre a Violência Juvenil"). A memorável seleção holandesa vice-campeã do mundo em 1974, comandada por Michels e Cruiff, foi apelidada de Laranja Mecânica graças à inovação tática apelidada de futebol total onde nenhum jogador (exceto o goleiro, naturalmente) tinha posição fixa e todos encurtavam o espaço de jogo do time adversário saindo em bloco da defesa ao ataque na direção da bola, recorrendo à chamada linha de impedimento.

estimulantes que jorram de seios e vaginas de estátuas assepticamente brancas de mulheres em poses escatológicas que servem de decoração, mobília e torneiras³.

O filme apresenta uma estética diferenciada que inclui móveis de design futurista e um guarda-roupa *old fashioned* (Alex e sua gangue usam roupas que se assemelham a uniformes militares e acessórios como suspensórios, bengalas e chapéus).

Após mais um crime bárbaro, Alex é traído pelos seus companheiros de gangue - insatisfeitos com a liderança autoritária de Alex que reprime com violência qualquer manifestação divergente de individualidade - e acaba nas mãos da polícia.

Enviado ao sistema prisional, é considerado um criminoso incorrigível. Justamente nessa época, o governo decide implantar um novo programa penitenciário baseado na radicalização da ideologia do tratamento, o qual consiste na submissão dos incorrigíveis a uma lavagem cerebral que resulta na transformação do indivíduo em alguém incapaz de praticar atos de violência.

Em resumo, o tratamento a que Alex é forçosamente submetido parece inverter todos os signos: o que antes gerava prazer e felicidade, agora traz dor, medo e angústia. O irremediável se torna, num passe de mágica, num cidadão capaz de viver em liberdade sem praticar crimes.

Alex é uma espécie de cobaia desse novo tratamento, o qual é dirigido e supervisionado por médicos que se encarregam de ministrar colírio nos olhos do exausto paciente enquanto este último é obrigado a assistir a horas e mais horas de cenas violentas.

O tratamento condiciona e domestica o antes incorrigível Alex, que então se torna alguém incapaz de praticar a violência que outrora lhe proporcionava indescritível prazer. Ao invés da substituição coativa dos valores do indivíduo, a inocuidade pura e simples.

Sempre que ele sente algum impulso capaz de induzi-lo a um ato de violência, basta que seus atos se externalizem e imediatamente ele passa a sentir náuseas, dores, tonturas.

O novo Alex é apresentado como a prova do sucesso do novo tratamento: o jovem frio, antisocial e cruel capaz de praticar as mais impensáveis sevícias que não tinha qualquer respeito pelas regras de convivência transformou-se em alguém incapaz de agredir o outro.

Um dos efeitos colaterais do tratamento revela-se na intolerância que Alex desenvolve pela música de Beethoven, que no passado lhe trazia êxtase e deleite profundos.

Alex, transformado em alguém incapaz de agir violentamente, é devolvido à sociedade e, logo reencontra seus antigos parceiros de delinquência juvenil, os quais, por ironia do destino, se tornaram policiais e espancam severamente o ex-líder da gangue.

³ Existe em Nova Iorque o Korova Milk Bar, que retrata com fidelidade o bar-leiteria do filme *Laranja Mecânica* (<http://www.korovamilkbar.com>).

Quase morto, Alex é abandonado na periferia da cidade, onde é resgatado pelo mesmo homem que no passado foi não apenas brutalmente surrado por ele, mas também obrigado a assistir ao estupro de sua esposa.

O homem, que se tornou paraplégico graças à ação violenta do Alex de outrora, resolve socorrer o moribundo, movido pela solidariedade e amor ao próximo, sentimentos que se transmudam em sede de vingança quando descobre se tratar de seu antigo algoz: ao banhar-se, Alex se delata cantando a música *Singing in the rain* que entoara preteritamente enquanto constrangia a mulher à conjunção carnal sob os olhares impotentes de seu marido, o homem que agora havia salvado-lhe a vida.

Esta descoberta faz brotar o ódio no homem antes solidário: a lembrança da mulher amada, que não suportou viver após tão traumático episódio. Alex então é insidiosamente dopado e levado a um grupo opositor do governo, que então submete-o a uma intensiva sessão musical de Beethoven que o leva a tentar o suicídio. Com isso, o governo se sente constrangido e o tratamento, bandeira político-eleitoral de grande impacto, se torna um estorvo, que imediatamente é abandonado.

Alex se salva uma vez mais e desta feita é o próprio Ministro do Interior quem vai ao hospital visitá-lo para pedir, em nome do governo, o mais sincero perdão. Tudo foi feito em nome do bem comum e do interesse de todos e não se sabia exatamente quais os métodos utilizados. A culpa, enfim, era dos técnicos, já que os políticos, munidos das melhores intenções possíveis, não tinham condições de identificar os excessos do tratamento. Os pais de Alex, antes conformados com o fato de que haviam criado um pequeno monstro, agora se compadeciam da triste sina de seu filho e se indignavam com a injustiça de que ele havia sido vítima nas mãos do estado.

Apesar de o tratamento ser irreversível, como enfatizado pelos seus idealizadores, no final do filme a dúvida funciona como uma espécie de moral da estória: o incorrigível jamais pode ser corrigido, por mais intenso que seja o tratamento. Na essência, a personalidade humana não é passível de modificação, ainda que se tente a fórceps.

A idéia que permeia o tratamento é a de que se vive em uma sociedade organicista em que o comportamento disfuncional é visto como doença que necessita de tratamento. O delinqüente incorrigível representa um perigo social tamanho que justifica e legitima a neutralização, como forma de defesa social.

A neutralização de um sociopata é uma antiga reivindicação. Marc Ancel defendia a organização de um regime racional e científico de tratamento do delinqüente por meio da integração racional da pena com a medida de segurança num sistema unitário de reação anti-criminal⁴.

As ciências criminais sempre demonstraram especial preocupação com o conceito de periculosidade e a prognose futura de delitos. Além do delinqüente habitual, sempre foi grande o interesse pelos anormais, vadios, mendigos, prostitutas e toxicômanos, pe- los incômodos e indesejáveis de modo geral. Maneiras de ser e de viver foram e ainda

⁴ A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 295.

são objetos de incriminação em razão da predisposição criminal, de que são exemplos a lei alemã sobre delinquentes habituais e a lei espanhola sobre “malos e vagueantes” que encamparam a idéia de culpabilidade pela conduta de vida.

Roxin pergunta: “De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade - quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais?”⁵.

A execução penal deve respeito a um mínimo ético (atenuação e *nihil nocere*). A pena não pode “exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coação puramente negativa”⁶, nem deve caracterizar-se como “sofrimento órfão de racionalidade”⁷.

A ultrapassagem dos limites do poder punitivo próprios de um estado de direito democrático não raro se dá sob o pálio da defesa social e da santidade de fins.

Foi esse o caso com o famigerado Regime Disciplinar Diferenciado: em nome da defesa social e às favas com a dignidade humana, criou-se um “tratamento” violador da dignidade humano. O RDD é a nossa laranja mecânica.

Cristiano Avila Maronna

Advogado criminalista, mestre e doutor em Direito Penal pela USP.

5 “Sentido e limites da pena estatal” in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, veja, 1998, p. 22.

6 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 100.

7 ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca de lãs penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 210.

HISTÓRIA

CASO TIRADENTES E REPRESSÃO PENAL: PASSADO E PRESENTE

Regina Cirino Alves Ferreira

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Considerações históricas; 2. A delação em troca de vantagem; 3. Legislação vigente na época; 4. Confissão como método investigativo; 5. As penas cruéis e desproporcionais; 6. A sentença de morte; 7. Fim dos excessos e os perigos do retrocesso; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

Destina-se o presente espaço a analisar o julgamento de JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, alcunhado de Tiradentes, eis que representa a memória de um tempo cuja legislação era consagrada pelo terror e o poder absoluto se concentrava nas mãos do Rei.

Alguns aspectos serão ressaltados como: a precariedade dos meios investigativos e a conseqüente utilização de métodos nada seguros para a perquirição; existência de inúmeras modalidades penais, todas mal definidas; admissão de tormentos e indícios como prova; predomínio de penas cruéis e desproporcionais, tendo como modalidade favorita a pena capital.

Sua calamitosa morte e todo o procedimento que a envolveu nos permitirá fazer um direto confronto entre o Direto Penal primitivo então aplicado e o Direito Penal atual, mais moderno e estruturado.

1. Considerações históricas

Derivado de insatisfações de longa data, o movimento separatista que levou o nome de Inconfidência Mineira teve início em fins de dezembro de 1788. Embora impedidos de levar adiante a revolta tramada, a conspiração foi, desde o princípio, organizada e direcionada à emancipação do Brasil em relação a Portugal.

Alguns dos aspectos que impulsionaram os colonos a um ideário libertário e de autonomia foram, dentre outros elementos, o progresso material que o Brasil vinha apresentando, o crescimento populacional, acessibilidade aos meios de comunicações e

movimentos emancipatórios em outros países.

A conjuração foi formada por grupo bastante heterogêneo, em sua maioria membros da elite mineira, tendo como um dos únicos participantes de origem modesta JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, conhecido como Tiradentes, o qual fora dentista, tropeiro, comerciante e militar e atuou como divulgador do movimento junto ao povo.

No tocante à ação revolucionária, sem qualquer cunho abolicionista, foi delineado pelos inconfidentes um plano militar a ser acionado assim que a derrama – cobrança de impostos pelo Reino - começasse a ser aplicada pelo novo governador da região, o Visconde de Barbacena.

Ainda segundo a estratégia, Tiradentes se deslocaria ao Rio de Janeiro para divulgar o plano e obter armas e munições.

2. A delação em troca de vantagem

Apesar dos preparativos, a rebelião em Vila Rica sequer pôde ser iniciada, eis que um dos componentes, JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS, delatou o movimento à coroa, entregando o plano engendrado com o nome de todos os participantes que compunham a conspiração, em troca do recebimento de gratificação.

Naquele período, em que os meios investigativos eram completamente escassos, as denúncias apresentadas pelos populares possuíam singular relevância, tanto que aquele que primeiro delatasse atos que denotassem crime de lesa majestade recebia o perdão e recompensas da realeza e, no caso dos inconfidentes, rendeu ao delator a remissão de suas dívidas pessoais.

A transação efetuada entre a coroa e o coronel JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS vinha insculpida no Livro V, Título 6, Parágrafo 12, das Ordenações Filipinas, segundo o qual: “E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber”¹.

A manifestação do delator teve como consequência a instauração de duas devassas², uma no Estado de Minas Gerais e outra no Rio de Janeiro. Como ambas des-

1 Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>, pesquisa realizada em 26.03.2009. Manteve-se no texto a redação original, com seus erros e imperfeições.

2 “(...) devassas eram inquirições para informações dos delitos que se classificavam em devassas gerais e devassas especiais. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 65.

tinavam-se à apuração dos mesmos fatos criou-se grande desordem e prejuízo para as investigações. Conflito de competência encerrado somente com a intervenção da Rainha, dona Maria I, a qual determinou fosse feita a devassa somente por relação do Rio de Janeiro³.

O recebimento de vantagens estimulou o coronel JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS a usá-la novamente, no entanto, como não tinha conhecimento de qualquer fato ilícito, formulou uma história inverídica contra um de seus desafetos. As declarações contraditórias prestadas pelo delator e as testemunhas por ele providenciadas acabaram desmentindo a imputação⁴.

O acima narrado demonstra que incentivar uma postura acusatória do povo, por vezes, pode acarretar uma injustiça maior que o benefício. Isto pois, para se obter alguma vantagem, - no caso em tela, perdão de débitos com a fazenda real -, o agente é capaz de confessar até o que não tem conhecimento.

Com fulcro de limitar a atuação dos delatores mentirosos, ao longo dos anos foram criados mecanismos para conter as acusações temerárias ou caluniosas. Em Roma, por exemplo, uma vez julgado o réu e este absolvido, como reprimenda, cominava-se sanção ao delator.

No Império passou-se a prever a detenção preventiva do acusador, o que redundou, inclusive, no receio de delatar da população. Para JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA foi assim “que se organizou uma polícia oficial fortemente centralizada, com funções cada vez mais judiciárias, enquanto o espírito policial do povo foi desaparecendo”⁵.

Além das iniquidades que podem ser geradas, as delações em troca de benefícios fomentam um “(...) ato imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída”⁶.



Tal instituto revela-se, inclusive, violador do princípio da proporcionalidade, uma vez que o co-autor pode ser recompensado com a diminuição e até mesmo isenção da pena.

Por outro aspecto, também negativo, o denunciante e suas famílias ficam vulneráveis às represálias em troca de uma promessa legal, como bem leciona ALBERTO SILVA

3 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. O processo de Tiradentes. São Paulo: Conjur Editorial, 2007, pp. 62 e 63.

4 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo...*, cit., pp. 41 e 42.

5 Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973, pp. 47 e 48.

6 GARCIA, Roberto Soares. “Delação premiada: ética e moral, às favas”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.159, p. 2-3, fev. 2006.

FRANCO: “(...) Nem, em verdade, fica ele livre, em nosso País, do destino trágico que lhe é reservado – quase sempre a morte pela traição – pois as verbas reservadas para dar-lhe proteção ou são escassas ou são contingenciadas”⁷.

Ressalte-se ainda que todo o sacrifício e as nefastas conseqüências geradas pela delação, nem sempre trazem dados verídicos.

Por estas razões, podemos afirmar que admitir a delação premiada nos dias atuais indica apenas um retrocesso ao tempo dos inconfidentes, uma vez que revela a ineficácia estatal em combater a criminalidade, incentiva a falta de ética e princípios⁸ e estimula o mau-caratismo popular.

3. Legislação vigente na época

A lei penal aplicada no Brasil àquela época era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, legislação de rigor excessivo e de grande longevidade, regendo a vida brasileira por mais de dois séculos⁹. Vale ressaltar que o Direito Penal vivia em situação anárquica, com definições do delito feitas de forma indeterminada, o que só foi revertido com os enciclopedistas¹⁰.

Neste período não se aplicava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a sanção aplicável e o acusado a mercê dos excessos deste. A punição estava diretamente vinculada à preocupação de conter os maus pelo terror e dependia da qualidade do infrator¹¹, podendo gerar, inclusive, conseqüências aos familiares do condenado, uma vez inexistente o caráter pessoal da pena.

Para JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas”¹².

As Ordenações Filipinas ostentavam muitos traços de um Direito Penal medieval, o crime era confundido com o pecado e a ofensa moral, punindo-se hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores¹³. Conforme LUIS REGIS PRADO: “A matéria criminal está dis-

7 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 343.

8 “A delação premiada, qualquer que seja o nome que se lhe dê, e quaisquer que sejam as conseqüências de seu reconhecimento, continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração legal da traição que rotula, e forma definitiva, o papel do delator (...)”. Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes...*, cit., p. 343

9 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V.I, pp. 115 e 116.

10 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

11 PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, cit., p. 116.

12 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000, V. I, p. 96.

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003, V.I, p. 42.

posta de forma assistemática e irracional: os comportamentos incriminados em número excessivo, referem tipos difusos, obscuros, derramados, por vezes, conflitantes”¹⁴.

As penas desproporcionais e cruéis poderiam ser o perdimento ou confisco de bens, multas¹⁵, prisão simples e prisão com trabalhos forçados, as galés temporárias ou perpétuas, o desterro (condenação de deixar o local do crime), o banimento ou exílio (degrado perpétuo), os açoites, a decepção de membro e as várias formas de pena de morte: morte simples (sem tortura), morte natural (forca), morte para sempre com exposição do cadáver exposto na forca), morte atroz (com cadáver esquartejado) e morte cruel (tortura prévia)¹⁶.

3.1. Delito imputado segundo a legislação vigente

A imputação que recaía contra JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER e demais inconfidentes mineiros era a prática do crime de lesa majestade, modalidade esta constituída por delitos de natureza diversa.

Disposto no Livro V, Título VI, das Ordenações Filipinas, os crimes de lesa majestade ficavam separados em primeira e segunda cabeça, o segundo abrangendo os delitos mais graves.

Segundo as Ordenações, lesa majestade compreendia a “(...) traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Estado que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores estranharão, que o comparavão á lepra, porque assi como esta enfermidade enche todo corpo, sem nunca mais poder se curar, e empece ainda os descendentes de quem a tem, e aos que com ele conversão, pólo que he apartado da comunicação da gente; assi o erro da traição condena o que a commette e o empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa”¹⁷.

Os inconfidentes enquadravam-se nos parágrafos 5º e 6º do referido título: “O quinto, se algum fizesse conselho e confederação contra o Rey e seu Stado, ou tratasse de se levantar contra elle, ou para isso desse ajuda, conselho ou favor” e “O sexto, se ao que fosse preso por qualquer sobreditos casos de traição, algum desse ajuda, ou ordenasse como de feito fugisse, ou fosse tirado da prisão”¹⁸.

4. Confissão como método investigativo

Em virtude de tais acusações, Tiradentes foi submetido a 11 (onze) interrogatórios e, em todos esses momentos investigativos, não apontou ou entregou participantes da

14 PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, cit., p. 116.

15 “multas são cominadas para atender as exigências de política criminal mas com evidente intuito de locupletar o fisco”. Cf. Luiz Regis. *Curso de...*, cit., p. 116.

16 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 248 e 249.

17 Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>, pesquisa realizada em 26.03.2009. Manteve-se no texto a redação original, com seus erros e imperfeições.

18 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo...*, cit., p. 33.

conjuração mineira¹⁹. Postura retilínea e admirável, ao pensarmos que este fora vítima de uma delação e poderia ter transferido a culpa imputada para outrem e, possivelmente, evitar sua sentença de morte.

Somente na quarta inquirição efetuada no Rio de Janeiro, em 18 de outubro de 1970, que JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER confessou os fatos, constando no termo “(...) que ele até agora negou por querer encobrir a sua culpa, e não querer perder ninguém; porém que à vista das fortíssimas instâncias com que se vê atacado, e a que não pode responder corretamente senão faltando clara, e conhecidamente à verdade, se resolve a dizê-la, como ela é: que é verdade, que se premeditava o levante, que ele responde confessa ter sido quem ideou tudo, sem que nenhuma outra pessoa o movesse, nem lhe inspirasse coisa alguma, e que tendo projetado o dito levante, o que fizera desesperado, por ter sido preterido quatro vezes (...)”²⁰.

A falta de técnica e racionalidade para o deslinde de um procedimento persecutório, sempre fizeram da confissão artifício investigativo recorrente em nossos antepassados, ainda que a obtenção fosse mediante tortura - estratégia para arrancar todas as confissões desejadas de um inocente de músculos delicados e salvar a vida de um culpado robusto²¹, isto pois, não se buscava a verdade, mas, tão somente, descobrir no réu um culpado.

Neste passo, a título exemplificativo, podemos nos lembrar da perseguição às feitiças, em que se confinava a acusada na prisão por algum tempo, ou por alguns anos, caso em que, talvez, depois de padecer por um ano das misérias do cárcere, viesse a confessar os crimes cometidos²². Caso as ameaças e promessas não a levassem a confessar a verdade, os oficiais deveriam prosseguir com a sentença, e a bruxa examinada, não de alguma forma nova ou estranha, mas da maneira habitual, com pouca ou muita violência, de acordo com a natureza dos crimes cometidos. E notar que, se confessasse sob tortura, deveria então ser encaminhada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão-somente sob a pressão da tortura²³.

No tempo das Ordenações do Reino e, portanto, a época do julgamento dos inconfidentes, a confissão era considerada a rainha das provas, senão a única. Sendo apreciada não só como meio de prova, mas como a própria prova, proporcionando ao julgador certa tranqüilidade para condenar o acusado à pena capital sem remorso ou incerteza, ainda que inexistentes requisitos como: a verossimilhança e clareza nas declarações, consciência, vontade livre e espontânea daquele que confessa.

Este método não nos parece adequado, afinal a confissão não implica necessariamente no reconhecimento da culpabilidade. O imputado pode ter inúmeras razões para confessar um delito que não cometeu. Segundo MALATESTA: “A falsa confissão não

19 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo...*, cit., p. 63.

20 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo...*, cit., pp. 81 e 82.

21 VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O preço da justiça*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 97 e 98.

22 KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo...*, cit., p. 413.

23 KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo...*, cit., p. 433.

pode ser explicada senão por motivos particulares e extraordinários, que agem sobre o espírito do acusado com maior força que sua repugnância à pena²⁴.

Foi por intermédio de sofridas experiências históricas que a confissão, outrora considerada prova por excelência ou *probatio probantissima*, atualmente é recebida com cautela e sopesada com o conjunto probatório.

5. As penas cruéis e desproporcionais

A punição por excelência de que larguissimamente serviram nossos antepassados, foi a pena capital, aplicável tanto para delitos de alta gravidade como secundários. As Ordenações Filipinas ostentavam perto de oitenta modalidades delituosas merecedoras da morte, alcançando, por exemplo, feiticeiros, alcoviteiros, pessoas que falassem mal do rei, aqueles que feriam por dinheiro ou que praticavam adultério com mulheres casadas²⁵.

A execução poderia ser realizada com a morte cruel - a vida era tirada lentamente por intermédio de suplícios - morte atroz - eliminação da vida por especiais detalhes como a queima do cadáver e o esquartejamento e morte simples – supressão da vida, sem rituais diversos, efetuada por meio de degolação ou enforcamento, modalidade destinada às classes inferiores, por traduzir modalidade de infâmia²⁶.

Com a confissão de Tiradentes, seu destino já estava traçado. A condenação pelo crime de lesa majestade representava a execução pública do sentenciado - por meio de tortura – e a transferência de seus bens para a coroa²⁷.

A sanção também era impregnada de um sentido finalístico moral²⁸, isto pois, os familiares do condenado estavam fadados a serem considerados infames, isto é, se forem varões, ficarão infamados para sempre, de maneira que nunca possam haver honra de cavalaria, nem de outra dignidade, nem Officio; nem possam herdar a parente, nem a estranho abintestado, nem per testamento, em que fiquem herdeiros, nem poderão haver coisa alguma, que lhes seja dada, ou deixada, assi entre vivos, como em ultima vontade, salvo sendo primeiro restituídos á sua primeira fama e stado²⁹.

6. A sentença de morte

A sentença que cominou na morte de Tiradentes possuía o seguinte teor: “Portanto

24 MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2005, p. 450.

25 GONZAGA, João Bernardino Gonzaga. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 42.

26 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

27 “Depois de mandar matar um culpado, só resta tomar seus despojos”. Cf. VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O preço...*, cit., p. 104.

28 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais...*, cit., p. 27.

29 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sítios nos sítios (*sic*) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo propria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memoria a infâmia abominavel Réu”³⁰.

Todas as decisões condenatórias dos inconfidentes foram comutadas por degredo, salvo a do alferes JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER. Muitos historiadores acreditam que o poder aquisitivo e a influência política exercida pelas famílias dos degredados os tenham favorecido.

O espetáculo estava quase no fim. Na manhã de 21 de abril de 1792, Tiradentes, escoltado pela cavalaria do vice-rei, foi conduzido a um grande patíbulo nas cercanias da cidade³¹. Conforme RENÉ ARIEL DOTTI: “Na história de tais espetáculos de terror punitivo, as pessoas da rua assumiam seus papéis de protagonistas na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida”³².

O mandado de execução das penas impostas a Tiradentes tinha o seguinte texto: “Justiça que a Rainha Nossa Senhora manda fazer a este infame Réu Joaquim da Silva Xavier pelo horroso crime de rebelião e alta traição de que se constitui chefe, e cabeça na Capitania de Minas Geraes, com a mais escandalosa temeridade contra a Real Soberania, e Suprema autoridade da mesma Senhora que Deus guarde. Manda que com baraço e pregaço seja levado pelas ruas publicas desta Cidade ao lugar da forca, e nella morra morte natural para sempre e que separada a cabeça do corpo seja levada a Villa Rica, donde será conservada em poste alto junto ao lugar de sua habitação, até que o tempo a consuma; que seu corpo seja dividido em quatro, e pregados em iguaes postes pela estrada de Minas nos lugares mais publicos, principalmente no da Varginha, e Sebolas; que a casa de sua habitação seja arrasada, e salgada, e no meio de suas ruínas levantado um Padrão em que se conserve para a posteridade a memoria de tão abominavel Réu, e delito, e que ficando infame para seus filhos, e netos lhe sejam confiscados seus bens para a a Coroa e Camara Real. Rio de Janeiro, 21 de Abril de 1792. Eu o Desembargador Francisco Luis Álvares da Rocha, Escrivão da Comissão que o escrevi”³³.

30 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais ...*, cit., p. 27.

31 MAXWELL, Kenneth. *A devassa ...*, cit., pp. 221 e 222.

32 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais ...*, cit., p. 30

33 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais ...*, cit., pp. 29 e 30.

Por volta das 11 horas, sob o rigor do sol, com os regimentos formados em triângulo, depois de discursos e aclamações a Rainha o bode expiatório foi sacrificado³⁴. O executor foi o escravo JERÔNIMO CAPITÂNIA, o qual havia se tornado carrasco oficial ao ter sua pena de morte comutada em prisão perpétua³⁵.

A certidão de cumprimento da sentença foi lavrada com a seguinte redação: “Certifico que o Réu Joaquim da Silva Xavier foi levado ao lugar da forca levantada no Campo de são Domingos, e nela padeceu morte natural, e lhe foi cortada a cabeça, e o corpo dividido em quatro quartos; e de como assim passou a verdade lavrei a presente certidão, e dou minha fé, Rio de Janeiro, vinte e um de abril de mil setecentos e noventa e dois”³⁶.

A imagem quase sempre traçada de Tiradentes com cabelos compridos, barba longa e roupa branca são fictícias e o aproximam da suposta feição de Jesus Cristo, com a intenção clara de relacionar o martírio de um ao do outro e enfatizar o caráter de heroísmo e bondade de ambos.

Ora, como militar de sua patente só lhe seria permitida um bigode discreto³⁷, pois membros do exército deveriam moderar a pelugem na face. Ademais, todo procedimento persecutório perdurou por mais de três anos e este permaneceu em cárcere, sendo imperativo a todos os presos que se barbeassem diariamente e mantivessem os cabelos cortados para evitar a procriação de piolhos.

Por fim, ainda contradizendo esta imagem curiosamente elaborada, todos os condenados à forca deveriam ter os cabelos e barbas raspadas.

7. Fim dos excessos e os perigos do retrocesso

Enquanto se desenrolava este episódio, o mundo já estava conhecendo e fruindo algumas das mais libertárias expressões de garantia aos direitos do homem, tendo a frente Cesare di Bonnesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra imortal *Dos delitos e das penas*³⁸. Sobre este, “Sem dúvida, foi ele o autor que em primeiro lugar desenvolveu a idéia de estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária”³⁹.

Foram os iluministas que trouxeram as primeiras bases para construir a ciência penal

34 MAXWELL, Kenneth. *A devassa...*, cit., pp. 221 e 222.

35 “Historicamente, o carrasco atuou não apenas na fase executiva do processo penal, como na fase de cognição, quando no interrogatório do acusado ou na oitiva de testemunhas aplicava-se a tortura”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre ...*, cit., p. 269.

36 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais ...*, cit., p. 30.

37 TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo...*, cit., p. 39.

38 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais...*, cit., p. 31.

39 PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, cit., p. 81. “Mas como a dor é um sinal de uma desordem do corpo, o perigo está em que a medida ocasione um dano corporal, tanto menos leve quanto mais grave seja a dor, que, a fim de que a recordação seja duradoura, se há de causar; mas causando dano ao corpo, que é instrumento da pessoa, como se pode obter o melhoramento desta?”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre...*, cit., p. 109.

nos moldes de hoje; antes disso, como se pode verificar, o indivíduo estava submetido à opressão estatal, sem que nenhuma garantia lhe fosse reservada. Para RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, “Reagindo às arbitrariedades sentidas no *ancien* regime, a vertente jurídica do Iluminismo tencionou traçar limites definidos para o exercício do *ius puniendi* estatal, firmando, pois, um conceito material de delito”⁴⁰.

Alguns aspectos criticados pelos iluministas e que puderam ser facilmente localizados na presente análise são: a declaração de infâmia extensiva aos parentes⁴¹, a negação do direito à sepultura, a punição para além da pessoa do delinqüente, a violação do princípio da reserva legal, a opressão ideológica e religiosa, a proibição da liberdade de expressão do pensamento e das idéias, a inflicção de penas corporais e outras sanções⁴².

Se por um lado tínhamos a figura do governante sem legitimidade e escrúpulos, preocupados apenas com a preservação de seus privilégios, sem nenhuma possibilidade de serem amados, usando amplamente do terror para manter o povo submisso. Por outro, os próprios cidadãos, em razão de sua ignorância, fomentaram essa dominação⁴³.

Atualmente, face aos problemas criminais de nossa complexa sociedade, não é incomum a busca de soluções no recrudescimento do Direito Penal e estímulos a criação de um Direito Penal simbólico e emergencial, esquecendo-se que esta postura somente servirá para incentivar o retorno ao tempo de arbítrio e de completa desconfiança e temor a justiça penal.

Muitos padeceram até a passagem de um Direito Penal primitivo para um Direito Penal civilizado e garantista, focado na razão e afastado das superstições; no entanto, em que pese tal evolução a ignorância popular ainda nos assombra e intenciona predominar.

Conclusão

Com a presente análise, foi possível reconhecer inúmeros aspectos de evolução do Direito Penal e Processo Penal, desde o procedimento investigativo até o fim da persecução penal e posterior execução, passando-se pela incerteza na catalogação dos crimes.

Em vista da precariedade de instrumentos para se proceder à persecução penal, durante longos anos incentivou-se uma postura acusatória do povo, postura até de certa maneira compreensível para os parâmetros daquela época, mas claramente reprová-

40 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal...*, cit., p. 37.

41 “Com relação a infâmia que cobre uma família inocente, o monarca pode com facilidade apagá-la com demonstrações públicas de aprêço. Sabe-se que essas demonstrações de favor têm foros de razão no povo crédulo e admirador”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996, p.69.

42 DOTTEI, René Ariel. *Casos criminais...*, cit., p. 31.

43 Vide prefácio de DALLARI, Dalmo, in VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. VII.

vel nos dias atuais, vez que estimula um comportamento antiético, viola o princípio da proporcionalidade, deixa o delator vulnerável e revela a falência estatal, além de nem sempre retratar a realidade.

Ainda em razão da falta de sofisticação investigativa, nossos antepassados atribuíam relevante valor a confissão, ainda que para sua obtenção o imputado fosse submetido a constrangimento físico ou psíquico. Não se nega a importância da confissão, desde que seja colhida de forma espontânea e em harmonia com as demais provas, com fito de se evitar um possível erro judiciário, inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, restaram constatados alguns dos perigos em incentivar o enrijecimento da repressão penal, reconhecendo-se que sua utilização como *prima ratio* fortalece o arbítrio estatal, duramente combatido.

Aguarda-se que por intermédio da análise crítica de um fato histórico específico possamos aperfeiçoar o sistema penal e não retornarmos ao tempo dos inconfidentes. Tiradentes foi assim um mártir também do garantismo penal, a ser resgatado no nosso dia a dia.

Bibliografia

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, V. I.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GARCIA, Roberto Soares. "Delação premiada: ética e moral, às favas". *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.159, fev. 2006.

GONZAGA, João Bernardino Gonzaga. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Sarai-va, 1993.

KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Atlas, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000, V. I.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003, V.I.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOSTO, Ricardo & LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo de Tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, 2007.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O preço da justiça*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins fontes, 2006.

Regina Cirino Alves Ferreira

Advogada criminalista e Coordenadora-adjunta do
Departamento de Internet do IBCCRIM.