

Revista Justiça e Sistema Criminal

Modernas Tendências do Sistema Criminal

FAE Centro Universitário

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Presidente
Frei João Mannes, *ofm*
Diretor-Geral
Jorge Apóstolos Siarcos

FAE Centro Universitário

Reitor da FAE Centro Universitário | Diretor-Geral da FAE São José dos Pinhais
Jorge Apóstolos Siarcos

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Evertton Drohomerecki

Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Régis Ferreira Negrao

Diretor de Campus – FAE Centro Universitário
Marco Antônio Regnier Pedroso

Diretor Acadêmico da Faculdade FAE São José dos Pinhais
Elcio Douglas Joaquim

Diretor de Pós-Graduação
José Vicente Bandeira Mello Cordeiro

Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas
Sérgio Luiz da Rocha Pombo

Diretor de Relações Corporativas
Paulo Roberto Araújo Cruz

Editor
Paulo César Busato

Editoração FAE

Cláudia Mara Ribas dos Santos (Revisão de texto)
Edith Dias (Normatização)
Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva (Coordenação)
Marcela Narvaéz Botero (Revisão de linguagem espanhol)
Ticiane de Farias Pietro (Diagramação)

Coordenador do curso de Direito | Programa FAE Law Experience

Karlo Messa Vettorazzi

Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Paulo César Busato

Pesquisadores do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler
Airto Chaves Junior
Alex Wilson Duarte Ferreira
Alexandre Ramalho de Farias
Alexey Choi Caruncho
Aline Macohin
Almério Vieira de Carvalho Júnior
Amanda Gehr
Ana Maria Lumi Kamimura Murata
Anne Carolina Stipp Amador Kozikoski
Antonio José Franco de Souza Pécego
Bibiana Caroline Fontella
Bruno Augusto Vigo Milanez
Bruno Hauer Doetzer
Camila Rodrigues Forigo
Carolina de Freitas Paladino
Clara Moura Masiero
Daniel Fauth Washington Martins
Daniel Ferreira Filho
Daniel Rogério de Carvalho Veiga
Danubia Andrade da Silva Santos
Danyelle da Silva Galvão
Denise Luz
Décio Franco David
Emília Merlini Giuliani
Fabiano Oldoni
Fernando Antônio Carvalho Alves de Souza
Frederico Manso Brusamolín
Fábio André Guaragni
Fábio da Silva Bozza
Gabriel Ribeiro de Souza Lima
Gabriel Rodrigues de Carvalho
Gustavo Britta Scandelari
Heloísa Tabalipa Perusso

Juri Victor Romero Machado
Jacson Luiz Zilio
José Roberto Wanderley de Castro
João Guilherme Holzmann Duarte
João Luiz de Carvalho Botega
João Paulo Arrosi
Júlia Flores Schütt
Larissa Horn Zambiazzi
Leandro Ayres França
Leandro Garcia Algarte Assunção
Leonardo Henriques da Silva
Luiza Borges Terra
Luiza Isfer Ravanello
Maria Fernanda Loureiro
Mariana Andreola de Carvalho Silva
Marlus Heriberto Arns de Oliveira
Matheus Almeida Caetano
Michelangelo Cervi Corsetti
Márcio Soares Berclaz
Odoné Serrano Júnior
Patrícia Possatti Ferrigolo
Pedro Paulo Porto de Sampaio
Priscilla Placha Sá
Regina Lúcia Alves Carneiro
Rodrigo da Silva Brandalise
Rodrigo Jacob Cavagnari
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães
Sandra Regina Szibera da Silva Busato
Sílvia de Freitas Mendes
Stella Maris Piegel
Stephan Nascimento Basso
Sérgio Valladão Ferraz
Sílvia Neves Mayer
Tahena Vidal Andrade
Tatiana Sovek Oyarzabal
Yuri Frederico Dutra

Conselho Editorial e Consultivo

Alexey Choi Caruncho, Me. (FEMPAR)
Alexis Couto de Brito, Dr. (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Alfonso Galan Munoz, Dr. (Universidade Pablo de Olavide)
Ana Carolina Carlos de Oliveira, Dra. (Universidade Pompeu Fabra)
Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Dra. (USP)
Carmen Gómez Rivero, Dra. (Universidade de Sevilha)
Decio Franco David, Me. (FAE e OPET)
Diego Araque Moreno, Me. (Universidad de Medellín)
Edgar Hernán Fuentes Contreras, Dr. (Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano)
Eduardo Demetrio Crespo, Dr. (Universidade Castilla-La Mancha)
Fábio Tamborlin, Me. (UFPR)
Fábio André Guaragni, Dr. (Unicuritiba)
Fauzi Hassan Choukr, Dr. (FACAMP)
Fernando Nogueira Galvão da Rocha, Dr. (UFMG)
Gustavo Britta Scandelari, Me. (Unicuritiba)
Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Dr. (UFPR)
Leandro Ayres França, Dr. (Faculdade Estácio)
Marco Aurélio Nunes, Dr. (UFPR)
Marcus Alan de Melo Gomes, Dr. (UFPA)
Maria Fernanda Loureiro, Ma. (Uniantradrade)
Priscilla Placha Sá, Dra. (UFPR)
Raíaela Alban, Ma. (Faculdade Ruy Barbosa e Faculdade Social da Bahia)
Rodrigo Fauz, Me. (Universidade Positivo e FAE)
Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Dr. (Universidade Pablo de Olavide)
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, Dr. (Unicuritiba e FAE)
Sérgio Valladão Ferraz, Me. (UFPR)
Tracy Reinaldet, Dr. (OPET)

Distribuição

Comunidade científica: 50 exemplares

Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 1, n. 1, jul./dez. 2009 -
Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009 -
v. ilustr.

Semestral
ISSN 2177 - 4811

1. Direito penal - Periódicos. I. FAE Centro Universitário

CDD 341.5

Os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não representam, necessariamente, pontos de vista da FAE Centro Universitário.

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem periodicidade semestral e está disponível em www.sistemacriminal.org.

Endereço para correspondência:
FAE Centro Universitário

Rua 24 de Maio, 135 – 800230-080 – Curitiba – PR – Tel.: (41) 2105-4098

Apresentação

É com orgulho que apresento ao leitor nossa revista número 18, que conta com novos colaboradores estrangeiros e nacionais, cuja participação eleva em muito o prestígio da revista.

Embora, como é nossa tradição, os temas sejam variados, abarcando desde a criminologia, passando pela política criminal, teoria do delito, teoria da pena e processo penal, há, neste volume, uma nítida orientação em direção ao tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, que parece ser um dos que mais tem movimentado a seara acadêmica em matéria penal nos últimos anos.

Não optou-se, porém, pela agrupação de tais artigos, senão, melhor, por sua distribuição em seções, como se verá a seguir.

Na seção internacional, abrindo o volume, contamos com a valiosa contribuição da Prof.^a María Laura Böhm, da Argentina, quem discute os crimes de Estado, temática extremamente atual no momento histórico vivido na América Latina. No texto, a professora explica as duas formas contrapostas de compreender o poder punitivo, especialmente em sua relação com agentes civis, a respeito de crimes cometidos em Estados ditatoriais. Em uma quadra histórica em que se acirram os radicalismos, a discussão resulta extremamente profícua.

Completa a seção, a primeira contribuição para a nossa revista do Prof. Miguel Díaz y García Conlledo da Universidad de León, Espanha, que faz extensa análise da Responsabilidade penal de pessoas jurídicas, em tom crítico, ancorado na teoria do delito do funcionalismo sistêmico professada por Claus Roxin. O tema se reveste de especial importância, porque há um avanço claro dos legislativos do *civil law* em adotarem a Responsabilidade penal de pessoas jurídicas e os modelos funcionalistas, baseados na imputação e não na ação, facilitaram em muito tal crescimento. O Prof. Miguel mostra como é possível, ainda no seio do funcionalismo, estabelecer limites críticos a tal classe de responsabilização.

A Seção Nacional é aberta com o trabalho de criminologia oferecido pelo Prof. Carlos Roberto Bacila, que analisa o caso Bruce Macarthur e o fator comum entre os *serial killers*. O trabalho incursiona sobre o cenário de criminologia canadense, onde o professor esteve recentemente em estágio pós-doutoral. A análise é feita sob a ótica da tese dos estigmas como metarregras, trabalho de tese doutoral do autor.

Segue o texto de Antônio Salomão Neto e Décio Franco David titulado de *Reflexões sobre a pena em Hegel*, no qual os autores debruçam-se sobre o conhecido tema da finalidade da pena para o filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, procurando, no entanto, demonstrar como a doutrina interpreta mal a sua proposição. Para tanto, os autores exploram a ideia de injusto em Hegel e a sua concepção racional pautada em liberdades. Apresentam, como conclusão, uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da teoria de Hegel nos dias atuais e a dificuldade de sua superação, que é absolutamente necessária.

Ainda na esteira da racionalidade crítica às ideias clássicas de Direito penal, o Prof. Gustavo Scandelari apresenta um trabalho muito interessante sobre a *adequação social* como categoria do sistema de imputação, questionando precisamente sua utilidade, tendo por tela de fundo o art. 229 do Código penal brasileiro.

O texto demonstra que o tipo em questão “manter casa de prostituição” expressa um conteúdo de proibição que já não é mais apoiado por uma carga de rejeição social que lhe legitime e encontra nessa argumentação a força para que a *adequação social* ainda apresente alguma utilidade para um controle público da defasagem de normas penais em relação com a pauta de intolerância da sociedade.

O ecletismo das opiniões é sabidamente a nota distintiva da nossa revista jurídica. E por isso, abre-se passo no mesmo volume para a contraposição de ideias.

E é por isso que, retomando o tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, o texto de André Luis Pontarolli contrapõe-se à análise dogmática do Prof. Miguel Díaz y García Conlledo, desde um viés político-criminal, advogando a necessidade do emprego do aparato punitivo frente às atividades de pessoas jurídicas. O artigo se circunscreve o problema de se saber se a responsabilidade penal da pessoa jurídica está de acordo com o fundamento penal de tutela de bem jurídico relevante, nos limites do princípio da intervenção mínima, concluindo positivamente. Com seus argumentos, refuta alguns pontos de negação da responsabilização dos entes coletivos, amparado na estruturação dogmática do funcionalismo teleológico.

E, claro, como o tema da Responsabilidade penal de pessoas jurídicas evoca o cenário do Direito penal econômico, segue imediatamente um texto titulado *Análise econômica do direito penal*, no qual Samuel Ebel Braga Ramos faz uma análise do Direito penal, à luz do *Law and Economics*, ou seja, mediante a aproximação do direito com a economia. Conclui, dentro desta abordagem, pela possível sanção penal para os delitos cometidos pelas pessoas jurídicas, minimizando o custo marginal da aplicação da penalidade, elevando a eficácia da pena e sua capacidade de dissuasão, em combate a latente criminalidade corporativa.

Com isso, fecha-se um bloco centrado na questão do Direito penal econômico e se reabre uma temática pontual de criminologia.

Margareth Diniz e Fabiane Barbosa Marra trabalham com o tema dos reflexos do esquecimento social brasileiro no processo de invisibilidade de transexuais vítimas de violência doméstica e familiar.

O texto sugere que os padrões hegemônicos da modernidade são determinantes para a exclusão dos sujeitos transexuais do âmbito familiar, escolar e profissional formal, em virtude de um “esquecimento social” que cria uma espécie de “ponto cego” na cobertura legislativa, que permite instaurar uma violência simbólica consubstanciada na invisibilidade, subalternização e marginalização social dos/das transexuais. Termina-se propondo novas perspectivas interpretativas do Direito em prol do resgate de sujeitos transexuais em situação de vulnerabilidade.

Segue o texto de Pablo Rodrigo França; Mário Furlaneto Neto e José Eduardo Lourenço dos Santos sobre a análise crítica da investigação criminal e defensiva no Brasil, a cuja iniciativa de envio agradecemos muito.

De fato, parece que o pilar do Processo penal no âmbito dos estudos criminais tem sido, desde há muito, o mais descuidado pela doutrina brasileira e não são poucos os esforços de nosso editorial para ampliar a participação de análises de processo penal.

O excelente texto dos colegas paulistas estuda o inquérito policial presidido pela Polícia Judiciária no Brasil como modelo prevalente na investigação preliminar brasileira, contrapondo-o ao instituto da investigação criminal defensiva, com o viés garantista, a partir de sua evolução na Itália e seus reflexos contemporâneos no processo penal brasileiro.

Os autores propõem a necessidade de afirmação de princípios garantistas na conformação das normas, de modo a permitir a adoção da investigação defensiva no Brasil, a ser promovida exclusivamente pelo advogado e Defensor Público, no bojo do Inquérito Policial, como fomento de uma investigação criminal garantista.

Fecha a revista, um estudo de casos sobre a temática prevalente deste número (a responsabilidade penal de pessoas jurídicas), apresentado por Thayse Cristine Pozzobon. O texto analisa e discute a responsabilidade penal das empresas IPASGO, IGR e da Santa Casa quanto ao acidente ocorrido no ano de 1987 na cidade de Goiânia, onde um equipamento contendo uma cápsula de Césio-137 (material radioativo) foi aberto, causando a contaminação e óbito de várias vítimas. Apoia-se a argumentação na legislação ambiental e constitucional existente à época do incidente, colocando em

cena a necessidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, com detida análise da sentença condenatória e das consequências da inexistência de efetiva punição estatal das empresas.

Esperamos que este volume se inscreva na nossa já longa tradição de proposição de discussão dos temas mais atuais do Sistema penal.

Boa leitura!

Curitiba, junho de 2018.

Paulo César Busato
Editor e Coordenador do Grupo de Pesquisas Modernas
Tendências do Sistema Criminal

Índice

SEÇÃO I – DOUTRINA INTERNACIONAL

Los Crímenes de Estado, la Complicidad Civil y el Sistema Punitivo

State Crimes, Civil Complicity and the Punitive System

(María Laura Böhm) _____ 9

¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Algunas Tesis

Corporate Criminal Liability? Some Thesis

(Miguel Díaz y García Conlledo) _____ 21

SEÇÃO II – DOUTRINA NACIONAL

O Caso Bruce Macarthur e o Fator Comum entre os Serial Killers

Bruce Macarthur's Case and the Common Factor among Serial Killers

(Carlos Roberto Bacila) _____ 35

Reflexões Sobre a Pena em Hegel: (In)Compreensão e Dificuldade de Superação

Reflections About Criminal Sanction in Hegel: (In)Comprehension and Difficulty of Overcoming

(Antônio Salomão Neto, Décio Franco David) _____ 59

Adequação Social: Ainda um Critério Útil para a Limitação do Direito Penal? Exame do Art. 229, CP

Social Adequacy: Still an Useful Criteria for the Limitation of the Criminal Law? an Exam of the Article 229 of the Penal Code

(Gustavo Britta Scandelari) _____ 81

Política Criminal e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Criminal Policy and Criminal Liability of Legal Person

(André Luis Pontarolli) _____ 99

Análise Econômica do Direito Penal: uma Abordagem para uma Possível Sanção Penal Ótima para os Delitos Cometidos por Pessoas Jurídicas

Criminal Law and Economics: an Approach to a Possible Optimal Penalty for the Corporate Criminal Liability

(Samuel Ebel Braga Ramos) _____ 115

**Os Reflexos do Esquecimento Social Brasileiro no Processo de Invisibilidade de Transexuais
Vítimas de Violência Doméstica e Familiar**

*The Reflexes of Brazilian Social Forgetfulness in the Invisibility Process of Transsexual Victims of
Domestic and Family Violence*

(Margareth Diniz, Fabiane Barbosa Marra) _____ 139

Análise Crítica da Investigação Criminal e Defensiva no Brasil

Critical Analysis of Criminal and Defensive Investigation in Brazil

(Pablo Rodrigo França, Mário Furlaneto Neto, José Eduardo Lourenço dos Santos) _____ 163

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica Aplicada ao Incidente Radioativo de Goiânia

Corporate Criminal Liability Applied to the Radioactive Incident of Goiania, in Brazil

(Thayse Cristine Pozzobon) _____ 183

LOS CRÍMENES DE ESTADO, LA COMPLICIDAD CIVIL Y EL SISTEMA PUNITIVO¹

STATE CRIMES, CIVIL COMPLICITY AND THE PUNITIVE SYSTEM

María Laura Böhm²

RESUMEN

El presente texto explica dos formas contrapuestas de comprender el rol del poder punitivo al abordar la necesidad de la investigación judicial de actores civiles presuntamente involucrados en actos de complicidad respecto de crímenes cometidos durante una dictadura. O bien el poder punitivo puede ser *sumiso*, y se somete a las formas tradicionales cuando es utilizado como instrumento de dominación – y no de legítima administración de justicia –, que por lo tanto se niega a investigar a ciertos actos y actores; o bien el sistema punitivo puede ser *rebelde*, y se levanta contra pautas de dominación y poner en marcha una constructiva creatividad judicial que contemple la posibilidad de dar respuesta institucional a la complicidad civil y así, fundamentalmente, de reparar el daño personal y social causado. La discusión sobre los fines de la pena así como la atención brindada a la víctimas se encuentran en el centro del trabajo.

Palabras-clave: Crimen de Estado; Poder Punitivo Sumiso; Poder Punitivo Rebelde; Fines de la Pena; Víctimas; Reparación.

ABSTRACT

This text explains two contrasting ways of understanding the role of the punitive power in addressing the need (or not) of judicial investigation and eventual condemnation of civil actors who have been able to perform acts of complicity with respect to crimes committed during a military dictatorship. Either the punitive power can adopt a submissive attitude,

¹ Nota de opinión publicada originalmente en: En Letra. Derecho Penal, Año 1, Nro. 1, Buenos Aires, 8-18.

² Abogada (UBA), criminóloga (UNLZ y Hamburg), Doctora en Ciencias Sociales (Hamburg), Becaria Post-Doctoral Alexander von Humboldt (Göttingen). Actualmente profesora e investigadora de la Facultad de Derecho (UBA) a cargo de la cátedra DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico). *E-mail*: marialaurabohm@derecho.uba.ar

in the sense of submitting to the traditional forms of the penal system when it is used as an instrument of domination – and not genuine administration of justice –, and therefore refuses to investigate certain acts and actors; or the punitive power can adopt a rebellious attitude, in the sense of rising against patterns of domination and evolving a constructive judicial creativity that contemplates the possibility of giving an institutional response to civil complicity and thus, of repairing the personal and social damage caused. The discussions about the purpose of the punishment as well as the attention given to the victims are at the center of the work.

Keywords: State Crime; Submissive Punitive Power; Rebellious Punitive Power; Purpose of Punishment; Victims; Reparation.

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo consideré que avanzar en la investigación de complicidades civiles durante la época de la última dictadura argentina era expandir las mallas del sistema penal mucho más allá de lo que sus propios principios y de lo que las garantías constitucionales hacían aconsejable. Hace poco tiempo advertí que estaba muy equivocada.

En todo ese tiempo pensaba y actuaba movida por el espíritu minimalista y hasta abolicionista propio de la criminología crítica de la que soy deudora, y que aspira a reducir y no a ampliar las posibilidades de intervención del sistema penal. Una comprensión y aplicación integral de ese espíritu crítico y sus consecuencias es, sin embargo, el que precisamente exige ver el tema desde otra perspectiva.³

Esta perspectiva es la que quiero compartir en las próximas líneas.

1 PODER PUNITIVO *SUMISO* Y PODER PUNITIVO *REBELDE*

El avance del sistema punitivo que se pretende reducir es el del sistema punitivo que voy a llamar *sumiso*, si se me permite la expresión. Este sistema punitivo sumiso es la manifestación de un sistema legislativo, ejecutivo y judicial obediente a los mandatos del Estado de policía que actúa sobre y contra los derechos de muchos de sus ciudadanos; siervo y, hasta cierto punto, incluso brazo armado del poder soberano del que hablaba Michel Foucault. Esa sumisión no quita responsabilidad a su actuación, ni mucho menos disminuye su violencia. Muy por el contrario, la aceptación sumisa de órdenes injustos y la participación activa en la perpetuación de esos órdenes, por un lado, y en la represión de los desaventajados, por otro, hacen de esa sumisión una actitud repudiable e imputable. En contraste, el poder punitivo del que se trata cuando se habla de investigación y eventual sanción de partícipes civiles en crímenes cometidos durante un régimen estatal de No-Derecho, es un sistema punitivo que podría llamarse *rebelde*. La intervención penal en el primer caso es sumisa a los vaivenes e intereses de un enorme aparato estatal, económico y político, selectivo desde su origen y obsecuente del orden establecido; es una intervención

³ Debo mencionar que hubo amigos co-responsables de esta evolución en mis ideas. No quiero comprometerlos con los desatinos que pueda contener esta breve nota de opinión (primera exploración y puesta a discusión de estas inquietudes), por eso prefiero dejarlos en el anonimato. Ustedes saben quiénes son, y les estoy profundamente agradecida por su iluminación, y especialmente por sus agotadoras insistencias e irreverencias intelectuales.

muchas veces no pensante⁴ y complaciente a quienes ejercen el poder desde espacios privilegiados de los más variados ámbitos (políticos, económicos, culturales). En el segundo caso, en cambio, el sentido que se da a la intervención penal es de rebelión contra ese orden establecido, de subversión de prácticas largamente arraigadas de ejercicio selectivo y represor del sistema penal. Se trata de la reivindicación y recuperación del derecho a usar al discurso y al sistema jurídico realmente en favor de los derechos individuales y fundamentales. Podría decirse que es un sistema *rebelde* en el sentido de Locke, una rebelión contra el sistema judicial injusto, porque rechaza que ese sistema judicial (actor de la función jurisdiccional del Estado) proteja los intereses del Leviathan y no los de los ciudadanos; el sistema punitivo rebelde, así, se rebela contra un estado de cosas en el que silenciosamente se continúan lógicas y mecanismos de apañamiento institucional en favor de los órganos corporativizados del Estado, y de las estructuras y actores económicos que con y en él se desarrollan y florecen, perpetuando de alguna manera hoy crímenes cometidos en el pasado.

En el sistema punitivo *sumiso*, la finalidad subjetiva es el avance del poder estatal mediante el control social extremo y violento de sujetos y grupos seleccionados y vulnerabilizados. En el sistema punitivo *rebelde*, la finalidad subjetiva es en cambio la reversión y recuperación de equilibrio luego de la pérdida extrema de derechos individuales y del ejercicio extremo y desbordado del poder punitivo estatal que tuvieron lugar por el ejercicio de la violencia en el orden de No-Derecho sistemático de la última dictadura militar.⁵

Dado que en el sistema punitivo *sumiso* la finalidad subjetiva es el avance del poder estatal, en este caso la función del derecho (penal) es ser dique de contención para disminuir las situaciones de avasallamiento de derechos individuales;⁶ su función es pensar para reducir las posibilidades de violación de derechos de los individuos por parte del Estado. Aquí la pregunta que surge es: ¿cuál es la función del derecho (penal) respecto del sistema punitivo *rebelde*? Sin dudas, la función seguirá siendo la misma, pero subjetivamente, la orientación será otra. El derecho en este caso deberá establecer pautas que permitan en la forma más integral posible el restablecimiento del equilibrio;

⁴ Esta expresión no es propia, como se sabe, sino que es tomada del uso que hace de la misma Raúl Zaffaroni. Para profundizar en explicación y ejemplos a lo largo de la obra, puede consultarse ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

⁵ Alessandro Baratta explicaba que aunque manifiestamente un programa pudiera tener un objetivo, era posible distinguir a veces finalidades (subjetivas) divergentes. Véase BARATTA, "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", *El Cotidiano, Revista de la Realidad Mexicana Actual*, Julio-Agosto 1998, pp. 1-24, aquí p. 1 ss.

⁶ Para su consulta, esta idea puede profundizarse desarrollada a en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2.

no será, por lo tanto, dique de contención del sistema punitivo rebelde, sino que deberá diseñar y brindar las herramientas para habilitar su actuación. La función del derecho es, aquí nuevamente, pensar para disminuir las posibilidades de violación de derechos de los individuos por parte del Estado, pero eso en este caso significa pensar para permitir que puedan ser debidamente investigados los crímenes cometidos por parte de actores estatales o la colaboración civil prestada a esos actores estatales, que conllevó violaciones de derechos de los individuos.

A su vez, cada investigación respecto de autores y cómplices de los crímenes y avasallamientos violentos de los derechos fundamentales, individuales y sociales, cometidos por los agentes y acólitos de aquel especial Leviathan que fue la dictadura cívico-militar, tiene en este reequilibrio por lo menos dos funciones: en lo intangible, reivindicar y recuperar dignidades, y en lo material, posibilitar resarcimientos y reparaciones.

Una última advertencia para calmar el mal sabor que podría dejar a los minimalistas y más aun a los abolicionistas la idea de ampliar las redes del poder punitivo: no hay contradicción entre abogar por la reducción del sistema penal *sumiso* y al mismo tiempo propiciar el fortalecimiento del sistema penal *rebelde*. Son cara y contracara de una misma preocupación. En ambos casos se trata de exigir una actuación estatal respetuosa de los derechos individuales y sociales; una actuación que no avance ni como Estado juzgador, ni como Estado ejecutor, ni como Estado legislativo, violando derechos individuales.

Un viejo amigo, el brillante profesor de criminología de Hamburgo, Sebastian Scheerer, en un intercambio que tuvimos sobre estas ideas, se mostró un tanto preocupado porque aquí se volvía a plantear un incremento de posibilidades para el sistema penal. Su preocupación era, justamente, la que ya en la versión preliminar de este texto estaba planteada en este párrafo del texto principal. El que en la Revolución Francesa el ejercicio *rebelde* del poder para reestablecer la justicia había llevado a muchos a perder su cabeza en la guillotina fue solo uno de los ejemplos que mencionó, alertado, ante la idea de que yo estuviera proponiendo sistemas que generaran violencia. Su alerta fue también un alerta para mí, pero no por considerar errada la idea del sistema penal *rebelde*, sino porque advertí que el espíritu y funcionamiento de este sistema debían quedar suficientemente explicados, para no llevar a erradas interpretaciones. Sobre esto se volverá en próximos párrafos, solo adelanto aquí que si se piensa al sistema penal *rebelde* como forma restauradora de equilibrios y reductora de violaciones de derechos, la comprensión integral de esta idea implica que este derecho penal *rebelde* bajo ningún concepto podría ser argüido para justificar violaciones de derechos. Investigar e imputar no implica violar derechos individuales. Los fines de esa imputación y de la eventual sanción, son los que orientarán el funcionamiento del sistema penal *rebelde*. Y como se verá, la propuesta que aquí realizo en ese sentido está en el extremo opuesto de cualquier tipo de guillotina.

La rebelión del derecho contra sus formalismos, funcionales al poder estatal selectivo y violento, no es por lo tanto un mal uso del derecho, como se pretende hacer pensar a veces, sino la recuperación y reasignación de un genuino y legítimo sentido de justicia en el marco del aparato jurisdiccional estatal⁷.

2 INVESTIGAR LA COMPLICIDAD CIVIL: ¿PARA QUÉ?

¿Cuál es el sentido de “hurgar” en el “pasado”? ¿Con qué finalidad “involucrar” a ciudadanos “decentes”, socialmente “productivos” y “parte tradicional” de la sociedad en los hechos cometidos hace tanto tiempo, por manos militares y durante un régimen de No-Derecho ya “tan superado” en nuestro país?

Esta es una cita ficticia de una pregunta que está en el aire como una de las más frecuentes planteadas ante las propuestas de investigación y juzgamiento de la complicidad civil. Propongo pensar la pregunta con seriedad, abstrayéndola de los peculiares presupuestos de los que muchas veces se parte (por ejemplo la decencia, productividad y tradicionalidad de los sujetos que podrían ser investigados), colocados aquí entrecomillados y solo como ejemplos de muchos de los términos utilizados por quienes formulan estas preguntas y que serían motivo de un largo comentario aparte.

La investigación tiene por objetivo el juzgamiento por parte de órganos del ámbito penal, y el juzgamiento, por supuesto, acarrea la eventual imposición de una sanción penal. La pregunta breve y llana es entonces: ¿para qué esa pena en estos casos?

Ninguna de las teorías de la pena tradicionales (esas explicaciones tan recurrentes como insatisfactorias en el marco del sistema penal sumiso) parece dar una respuesta suficiente.

Ni la prevención especial positiva, aquella prevención dirigida al sujeto sancionado para “resocializarlo”, ni la prevención especial negativa, que tiene por objetivo hacer de un sujeto “peligroso” un sujeto “inofensivo”, parecen tener sentido cuando se trata de sancionar a individuos en muchos casos octogenarios, que si bien pueden estar aún en uso de sus facultades mentales e incluso continuar en el ejercicio de posiciones de decisión en sus actividades, muchas veces no se encuentran en condiciones vitales (ni físicas ni

⁷ La referencia a la fórmula de RADBRUCH, en este contexto, es casi insoslayable. El jurista sostenía que si el derecho positivo tenía un contenido injusto, aunque fuera acorde con la ley, en esta tensión debía ceder la ley positiva ante la justicia, de modo de brindar una solución de justicia material. Esta idea está originalmente publicada en RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, vol. 1, 1946, pp. 105-108.

sociales) que hagan temer una fácil reiteración de las conductas realizadas. La prevención general, dirigida a la sociedad en su conjunto, ya sea para fomentar el cumplimiento de la norma, o para generar el temor a la sanción que podría esperarse en caso de incumplir con tal norma, tampoco parece tener fundamento suficiente. El desarrollo democrático e institucional del país en las últimas cuatro décadas coloca en un contexto nuevo la valoración de estos hechos, por lo que no es trasladable a la sociedad actual la idea de prevención mediante la sanción de actores civiles. El espacio de validez de esta finalidad de la pena queda desde mi punto de vista excesivamente reducido como para justificar su imposición. La mera retribución, es decir, el castigo por el castigo mismo, por el simple hecho de infligir dolor a quien causó dolor, está prohibido explícitamente respecto de la cárcel en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que no puede tomarse como fundamento, tampoco para penas distintas a la privación de libertad en una institución carcelaria.

Todo esto daría por cerrada la discusión si se tratase del juzgamiento de delitos ordinarios. Aquí se trata, en cambio, de actos a veces aparentemente neutros pero vinculados directa o indirectamente con crímenes internacionales. Se trata de investigaciones llevadas adelante en el ámbito de actuación del sistema punitivo rebelde. Este sistema punitivo entiende de necesidades políticas⁸ y de la subversión de órdenes formales estériles que se vuelven en contra de los derechos que supuestamente deberían proteger⁹. Recordemos y amplíemos la idea: este sistema punitivo rebelde aspira a recomponer estados de equilibrio allí donde el régimen de No-Derecho generó estados de desequilibrio estructural. Este fin es distinto al fin del sistema punitivo sumiso. Los fines que se asignen a las penas eventualmente impuestas a los actores civiles colaboradores de los crímenes del régimen dictatorial, por lo tanto, también deben ser pensados en forma diversa.

⁸ En un trabajo reciente publicado en Barcelona, se discute la necesidad de ampliar categorías y de comprometer al orden jurídico con soluciones de índole política. Para tratar estas ideas en particular, recomiendo especialmente el texto allí publicado de Luigi FERRAJOLI (“Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea”, pp. 81-96), y la conversación que sostienen BERGALLI, ZAFFARONI y MORRISON, con la guía de Iñaki RIVERA BEIRAS (“Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli”, pp. 207-222), ambos en: RIVERA BEIRAS (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014.

⁹ Que los penalistas y los criminólogos deben prestar atención e incluso animarse a saltar barreras para poder avanzar en la investigación (entendida ahora en sentido amplio) de los sistemas de macrocriminalidad, fue puesto de manifiesto en una clara admonición del catedrático español Juan Carlos CARBONELL MATEU, en el último seminario del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales (IBCCRIM), que tuvo lugar en la ciudad de São Paulo el pasado agosto de 2015: “Cuando se hace más importante discutir el lugar del dolo que las atrocidades cometidas por regímenes dictatoriales, se está siendo cómplice.” (Conferencia: La crisis del garantismo penal, día 25 de agosto).

Entiendo que los fines de la pena del sistema punitivo rebelde son por lo menos tres, no excluyentes, sino acumulativos: visibilización, dignificación y restauración. Con esta enumeración no aspiro a decir nada novedoso, sino que procuro al menos (tal vez para mí misma) ordenarlos y explicitarlos:

Mediante el juzgamiento de la intervención civil en los crímenes de la dictadura, se aspira a la *visibilización* del amplísimo ámbito y número de víctimas, directas e indirectas. Durante el régimen de No-Derecho no solamente se produjeron muertes, desapariciones, torturas y encierros ilegales fundamentalmente a cargo del aparato estatal represor. El juzgamiento de la complicidad civil tiene por finalidad hacer visibles y audibles a víctimas y familiares de víctimas en casos en que la intervención civil colaboró con esos crímenes en forma directa, pero también tiene por objetivo hacer visibles y audibles a las víctimas de extorsiones, de despidos, de amenazas, por mencionar solo algunas de estas formas¹⁰. La finalidad de las investigaciones y eventuales sanciones está puesta por lo tanto también en la visibilización de las relaciones existentes en los diversos ámbitos de la sociedad civil, como soporte ineludible de la dictadura y sus crímenes, por ejemplo mediante el silencio y la indiferencia judicial, o tal vez mediante el provecho económico de actores empresariales o financieros, por mencionar solo algunos supuestos. En muchos casos, esa actuación invisible y silenciosa ha facilitado la continuidad de la actividad de estos mismos actores luego del periodo dictatorial, de modo que las instituciones democráticas, lejos de verse libradas de dependencias e intereses espurios, perpetúan y construyen sobre esos beneficios emanados de actividades económicas violentas¹¹.

La visibilización, necesariamente, conlleva la *dignificación* de las víctimas, de sus allegados, y de la sociedad en su conjunto. Se trata de la recuperación de figura y voz, mediante la identificación de los hechos y los sujetos que generaron estas formas menos

¹⁰ Debo mencionar la obra compilada por Horacio VERBITSKY y Juan Pablo BOHOSLAVSKY como material de investigación y consulta obligada sobre este punto, ya que reúne trabajos que describen relaciones entre actores económicos, políticos, militares y civiles, durante la última dictadura militar, en distintos niveles de análisis: del ámbito laboral, del ámbito penal, del ámbito empresarial, etc. Se trata sin duda de un punto de partida para quien quiera comprender la complejidad e implicaciones de la complicidad civil de la que estoy tratando: VERBITSKY/BOHOSLAVSKY (coord.), *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, siglo XXI, 2013.

¹¹ Véanse como ejemplos de estas ideas los trabajos de Vincenzo RUGGIERO sobre economías sucias (“dirty economies”): RUGGIERO, “Criminals and service providers: Cross-national dirty economies”, *Crime, Law & Social Change*, vol. 28, 1997, pp. 27-38; El Mismo, “It’s the Economy, Stupid! Classifying Power Crime”, *International Journal of the Sociology of Law* 2007, vol. 24, n.º 4, pp. 163-177; así como de Hans-Jörg ALBRECHT, sobre economía de la violencia (“Gewaltökonomien”): “Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts”, *Internationale Politik und Gesellschaft*, vol. 2, 2007, pp. 153-169.

estudiadas de victimización. No se trata entonces del castigo por el castigo en sí, sino de la recuperación de esa parte de la historia todavía no relatada¹². Si la sanción penal está cargada de simbolismo en el orden sumiso, mucho más simbolismo puede adquirir en el ámbito del sistema punitivo rebelde. Y es importante destacar que el simbolismo de la pena no debe entenderse como irrealidad o inutilidad. Mientras que en el ámbito del poder punitivo sumiso ese simbolismo del poder punitivo estatal represor se hace carne por ejemplo en golpizas y humillaciones penitenciarias, en el ámbito del poder punitivo rebelde el simbolismo se corporiza en víctimas que recuperan su perdida dignidad laboral, en empresarios confrontados con que la situación económica de su actividad, beneficiada por la conexión con el régimen dictatorial, puede acarrear un concreto desprestigio empresarial, es decir, que el darle voz a una víctima le quita a su propia persona el monopolio de la voz audible del que hasta ahora gozaba.

A estas dos finalidades, como he llamado, primordialmente intangibles, se suma la finalidad de resultado tangible y material de la *restauración*, en igual nivel de importancia que las anteriores. Utilizo aquí el término restauración en un sentido amplio, para abarcar tanto la indemnización concreta a víctimas y allegados como la estimación y recuperación de valores y activos obtenidos mediante la actividad cómplice, y su utilización en obras de reparación simbólica, como pueden ser las instalaciones de placas y esculturas recordatorias, o la construcción de espacios de estudio y memoria (museos, bibliotecas, etc.) en distintos puntos del país. Se trata de la restauración del daño económico concreto, y del daño social y cultural causado¹³. En este sentido, sí, puede decirse que la prevención general negativa sería un fin también implicado: debe quedar claro que no es redituable hacer negocios o colaborar de alguna forma con regímenes violatorios de derechos fundamentales¹⁴.

¹² Esta idea se ve magistralmente explicada e ilustrada en la película *Laberinto de Mentiras* (original: *Im Labyrinth des Schweigens*, Alemania, 2014, director: Giulio RICCIARELLI), en la cual un joven fiscal alemán en 1958 se propone investigar qué fue y qué sucedió en Auschwitz, y se enfrenta con el silencio, la reprobación y la burla de sus colegas, que ven en sus esfuerzos un circo lejano a cualquier idea seria del derecho, ya que pasado tanto tiempo no llegan a comprender y rechazan expresamente la necesidad de la intervención penal. La finalidad de la investigación, como queda explícitamente dicho, no era la imposición de una pena, sino la visibilización del sufrimiento y la devolución de la dignidad a las víctimas y sus familiares.

¹³ Para una lectura panorámica y detallada a la vez sobre la justicia basada en la idea de la reparación véase el trabajo de Pablo GALAÍN PALERMO: *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay/ Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

¹⁴ Sobre la cooperación Estado-corporaciones, y las dificultades en la investigación de este vínculo respecto de crímenes internacionales, véanse los trabajos de Wim HUISMAN: "Corporations and International Crimes", en SMEULERS y HAVEMAN (ed.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen [et al.], Intersentia, 2008, pp. 181-211; *Business as Usual? Corporate Involvement in International Crimes*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010.

Si estos son los fines, la pregunta obligada es si la pena de prisión debería ser la pena principal a ser considerada por los jueces intervinientes. No parece tener mucho sentido, debo reconocer. Por el momento, sin embargo, aunque la racionalidad y la intención subjetiva de estos procesos del sistema punitivo rebelde sean distintas de las del sistema punitivo sumiso, la realidad es que no hay muchas alternativas a la pena de prisión. Sí se pueden explorar y explotar, no obstante, esas mínimas alternativas que están disponibles. Solo debe observarse, en caso de recurrirse a tales medidas, que la triple finalidad recién explicada quede suficientemente satisfecha. La visibilización, dignificación y la restauración del daño respecto de víctimas individuales y colectivas deben ser la prioridad, ya sea que se trate de la imposición de una pena de prisión, o que se recurra a una forma alternativa a ella.

3 DISCUSIÓN

Si se acepta la idea aquí propuesta de que la actuación judicial que avanza en el juzgamiento de cómplices civiles de la dictadura es de por sí rebelde (recordemos: se vuelve contra un poder punitivo formalista, se niega a aplicar selectivamente su poder solo contra los sujetos vulnerables y se propone juzgar a sujetos no vulnerables que colaboraron con los crímenes de un poder soberano salido exageradamente de las ataduras que el derecho le imponía), puede aceptarse que este sistema judicial rebelde recurra a todos los instrumentos que considere aplicables y útiles para la consecución de sus fines. El límite a su actuación estará únicamente dado por principios como el de proporcionalidad o el de culpabilidad, propios de Estados de Derecho regidos con sistemas democráticos de gobierno. Sin lugar a dudas, aquella *rebeldía* viene a reforzar el espíritu que los impregna.

En este sentido, debe resaltarse que entre los posibles instrumentos aplicables no se cuentan solo el código penal y el código procesal penal. Se cuentan (incluso, en primer lugar) también la Constitución Nacional, y la Convención Americana de Derechos Humanos, de igual rango constitucional. Se cuentan también instrumentos internacionales con la consiguiente doctrina y jurisprudencia que dan orientación sobre su interpretación. Este plexo normativo, discursivo y de experiencias, sin lugar a dudas, puede dar inspiración bastante a los jueces actuantes. En muchos casos, estas investigaciones están en curso. En muchos otros, empiezan a sentarse las bases para que puedan llevarse adelante. El pensamiento creativo de un sistema punitivo *rebelde* está llamado a su juego. Estas ideas pretenden hacer su aporte en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Hans-Jörg, Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts. **Internationale Politik und Gesellschaft**, Bonn, n. 2, p. 153-169, 2007.
- BARATTA, Alessandro. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. **El Cotidiano**: Revista de la Realidad Mexicana Actual, México (DF), n. 90, p. 1-24, jul./ago. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 81-96.
- GALÁIN Palermo, Pablo. **La reparación del daño como equivalente funcional de la pena**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay; Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- HUISMAN, Wim. **Business as Usual? Corporate Involvement in International Crimes.**, La Haya: Eleven International Publishing, 2010
- _____. Corporations and international crimes. In: SMEULERS, Alette; HAVEMAN, Roelof (Ed.). **Supranational Criminology: towards a criminology of international crimes**. Antwerpen: Intersentia, 2008. p. 181-211. v. 6. (Serie Supranational Criminal Law: Capital Selecta).
- RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristenzeitung**, Tübingen, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 207-222.
- RUGGIERO, Vincenzo. Criminals and service providers: Cross-national dirty economies. **Crime, Law & Social Change**, New York, v. 28, n. 1, p. 27-38, 1997.
- _____. It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime. **International Journal of the Sociology of Law**, v. 24, n. 4, p. 163-177, 2007.
- VERBITSKY, Horacio; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (Coord.). **Cuentas pendientes: los cómplices económicos de la dictadura**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS? ALGUNAS TESIS¹

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY? SOME THESIS

Miguel Díaz y García Conlledo²

A mi querido maestro, Claus Roxin, por todo lo que le debo.

RESUMEN

En el limitado espacio de que se dispone se intenta plantear algunas tesis que, de ser ciertas, confirmarían la imposibilidad de que exista una responsabilidad penal en sentido estricto o punibilidad de las personas jurídicas, tampoco en un ordenamiento jurídico como el español que habla de ella expresamente. Se deja abierta sin embargo la puerta a que esa responsabilidad pueda adjetivarse de criminal en un sentido más amplio.

Palabras-clave: Derecho Penal; Teoría del Delito; Dogmática Penal; Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.

ABSTRACT

In this limited space that is available, this work aims to present some thesis that, if is true, would confirm the impossibility of the existence about a criminal liability in strict sense or corporation's punishability, even in a legal system such as the Spanish which establishes expressly. However, the door is left open to the fact that this responsibility can be described as criminal in a broader sense.

Keywords: Criminal Law; Theory of Crime; Criminal Dogmatic; Corporate Criminal Liability.

¹ El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación *Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos* (Ministerio español de Economía y Competitividad – MINECO, DER2013-47511-R) y *Principios y garantías penales: sectores de riesgo* (MINECO/Agencia Estatal de Investigación –AEI-, DER2016-76715-R), de los que soy investigador principal y en la investigación de la UIC 166 (Junta de Castilla y León), que dirijo. Por razones de espacio, las citas se acortan al máximo y tienen solo carácter indicativo y ejemplificativo, lejos de cualquier pretensión de exhaustividad. La versión actual es la traducción de mi trabajo en alemán *Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen*, publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 5/2016, Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, 238-248.

² Doctor en Derecho por la Universidad de León. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España). E-mail: mdiag@unileon.es

1 ESPAÑA SE ADHIERE LA TENDENCIA DEL (APARENTE) *SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

Con la reforma operada en el Código Penal (CP) español por Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, España se sumó a la corriente de países que, con mayor o menor claridad, pretenden consagrar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas (sin exclusión de la de las físicas). En el caso español, se habla expresamente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de penas para ellas. No es posible detallar en el espacio de que se dispone siquiera los rasgos básicos de esta regulación³, que, por cierto, ya ha sido dos veces modificada⁴ y solo muy recientemente aplicada⁵.

En definitiva, parece que en España, como en otros países, se parte ahora de que las personas jurídicas pueden delinquir: *societas delinquere potest*. Mis breves consideraciones siguientes pretenden demostrar que ello en realidad no es así.

2 PRIMERA TESIS: LA PERSONA JURÍDICA NO DELINQUE, LA FÍSICA SÍ

Para empezar, cabe dudar de que las personas jurídicas cometan delitos (en realidad, cabe más bien aseverar lo contrario), por las razones que veremos, pero también por el aval que supone el propio tenor de los preceptos del CP español: el art. 31 bis.1, párr. 1.º dice que las personas jurídicas en los casos legalmente previstos serán penalmente responsables

de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma,

³ La bibliografía al respecto es muy abundante. Un resumen en alemán de la regulación (antes de la reforma de 2015 que se menciona enseguida), con ulteriores referencias, puede verse en MARTÍNEZ CANTÓN FS Wolter, 2013, 1372 ss.

⁴ La primera por LO 7/2012, de 27 de diciembre, para excluir a partidos políticos y sindicatos de las excepciones al régimen de responsabilidad, que inicialmente compartían con las personas jurídicas que hoy quedan fuera de él, simplificada, administraciones públicas y afines. La segunda, por LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde 1 de julio de 2015), con modificaciones diversas, aunque especialmente referidas a precisar el régimen de los programas de cumplimiento o *compliance*, su naturaleza y efectos.

⁵ Efectivamente, cuando el presente trabajo estaba concluido, el Tribunal Supremo (TS) español dicta su primera sentencia condenatoria respecto de una persona jurídica (STS 154/2016, de 29 de febrero), dictada en pleno jurisdiccional del TS, algo poco frecuente, y expresando voto discrepante la mitad menos uno de los miembros de ese pleno, evidentemente importante, y que solo ha podido ser tenida en cuenta aquí de modo muy parcial, incorporando breves referencias. Poco después, aparece una segunda STS relevante (STS 221/2016, de 16 de marzo), que ya apenas puede mencionarse aquí.

y en el párr. 2º que también serán responsables

de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso

(lo que se repite en otros preceptos del CP).

De modo que el CP parece reconocer literalmente, en mi opinión con razón, que no son las personas jurídicas, sino las físicas, las que cometen los delitos. Ello nos llevaría a la cuestión de si el legislador español configuró un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad⁶ de la persona jurídica, que no abordaré en profundidad aquí, aunque señalaré que mi opinión es que hay indicios de ambos sistemas, preponderando el de heterorresponsabilidad.⁷

3 SEGUNDA TESIS: NO HAY VERDADERA TEORÍA DEL DELITO PARA PERSONAS JURÍDICAS (Y SÍ VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS PENALES BÁSICOS)

3.1 ¿PARA QUÉ UNA TEORÍA DEL DELITO?

Si la teoría del delito, largamente elaborada, sirve, muy resumidamente, para ofrecer criterios generales válidos de interpretación y aplicación del Derecho penal, esto es, para la determinación de la responsabilidad penal con criterios comunes más allá del caso concreto, ofreciendo seguridad jurídica y una respuesta adecuada y proporcionada a la gravedad del hecho y a las peculiaridades subjetivo-individuales en su realización,⁸ parece que, de existir una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas,

⁶ Sobre los distintos modelos, cfr., por muchos, NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, 85 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, 2012, 64 ss.

⁷ Naturalmente, ello lo discuten diversos autores. La Fiscalía General del Estado (FGE), en su Circular 1/2016, de 22 de enero, ve recogido un régimen de heterorresponsabilidad o transferencia. Sin embargo la reciente STS 154/2016, de 29 de febrero, se pronuncia por la configuración en la ley española de un régimen de autorresponsabilidad de la persona jurídica, si bien por escasa mayoría.

⁸ Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, 9 nm 1.

esta debería poder gozar de esas ventajas que ofrece tal teoría. Aunque hay autores que pretenden que los elementos de la teoría del delito están presentes (con peculiaridades) también en la “actuación” de las personas jurídicas, creo que no es el caso. Repasemos los cuatro elementos tradicionales de esa teoría, sin discutir si la división cuatripartita o tripartita (entendiendo que tipo y antijuridicidad están estrechamente unidos) de esos elementos es la más correcta.

3.2 LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

3.2.1 La Acción

Una de las razones tradicionales de la negación de la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de su incapacidad de acción.

La “actuación” de la persona jurídica no cuadra con los conceptos de acción mayoritarios en la doctrina, que generalmente vinculan tal concepto (prescindo aquí de debates) a una actuación humana (activa o pasiva) mínimamente voluntaria manifestada al exterior, si se quiere, como emanación de la personalidad del sujeto.⁹ Y nada de ello encaja con las actuaciones de las personas jurídicas, que carecen de voluntad, carácter humano y personalidad en sentido estricto, por mucho que algunos autores, hábil y bienintencionadamente hayan querido mantener este concepto para personas jurídicas, apoyándose en que algunos de los más modernos e interesantes conceptos de acción no mencionan expresamente el término humano.¹⁰ Pero estos últimos lo incluyen de manera evidente en la mención de la personalidad. Y es mucho forzar esta palabra el querer aplicarla a la “personalidad” jurídica.

Sin duda será fácil excluir de antemano cualquier responsabilidad de tintes penales también de la persona jurídica en supuestos de “fuerza mayor” que serían de ausencia de acción de personas físicas. Y sin duda es también posible construir un elemento base de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos por las personas físicas que la integran que cumpla una función similar a la de la acción. Pero será *otra*

⁹ Cfr., por muchos, ROXIN, AT I, 3ª ed., 1997 § 8 nm. 50 ss. [PG I, 1997, § 8 nm. 50 ss]; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, 10 nm 43 ss.

¹⁰ Así, p. ej., GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 2ª ed., 2015, 66, con referencia explícita al concepto personal de acción de ROXIN.

“acción” en otra teoría, más que del delito, de los presupuestos de imposición de medidas (criminales en sentido amplio tal vez, si se quiere, o a consecuencia de hechos criminales cometidos en su seno por personas físicas) a personas jurídicas.

3.2.2 El Injusto Típico y el Problema del Dolo y de la Imprudencia

Malamente se puede hablar de cosas como, por ejemplo, causalidad, si la acción, entendida al modo tradicional, no la realiza una persona jurídica. Los tipos penales o la mayoría de ellos están redactados describiendo conductas humanas. Difícilmente se podrá entender que una persona jurídica obra amparada por una causa de justificación (y ello al margen de la mala utilización, que debe corregirse mediante interpretación, de la palabra culpabilidad en el CP en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, y con la idea de que difícilmente la adopción de sistemas de *compliance* podrá significar justificación en el sentido que normalmente se da a la palabra), etc. El *iter criminis* y la autoría y la participación, propios del tipo, presentan peculiaridades en relación con la persona jurídica, etc.

Pero lo que realmente resulta complicado es hablar de un injusto propio de la persona jurídica que resulte equiparable al injusto personal que domina en relación con las personas físicas y, sobre todo, incluso prescindiendo de cuestiones de ubicación sistemática (injusto o culpabilidad), resulta problemático el tema del dolo y la imprudencia.

Por un lado, parece que los intentos más depurados de fundamentar un verdadero injusto propio de la persona jurídica proceden de los defensores más convencidos de modelos de autorresponsabilidad y giran en torno a la idea de la mala organización de la correspondiente corporación o entidad.¹¹ Ciertamente, ello posee la ventaja de poder sustentar con más base exigencias como la de probar la relación de causalidad y la de imputación objetiva entre la defectuosa organización y los delitos cometidos por las personas físicas. Pero tampoco convence plenamente sobre todo por el difícil encaje de los elementos subjetivos.

¹¹ Solo, p. ej., en Alemania HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, 1995, 271 ss., y en España GÓMEZ-JARA DÍEZ, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, 2010, 153 s.; La Ley 23-12-2010 (versión *online*). Naturalmente, existen otras opiniones que, al menos, facilitan una separación más clara de injusto y culpabilidad en las personas jurídicas y defienden un concepto de injusto más próximo al propio de las personas físicas; v. p. ej., con referencia al riesgo para bienes jurídicos, GÓMEZ TOMILLO (n. 8), 74 ss. Pero, a mi juicio, resultan también insuficientes para explicar las distintas cuestiones que se mencionan en el texto.

Para empezar, muchos creemos que en la imprudencia y, sobre todo en el dolo, se contienen elementos psíquicos (aunque no sean los únicos) incompatibles con la esencia de la persona jurídica y, si se quiere, hasta con la naturaleza de las cosas. Ya solo por eso resultaría “otra” teoría del delito la que hablara de dolo e imprudencia en relación con las personas jurídicas. Y no debería olvidarse que, aunque los campos semánticos de las palabras pueden incluir zonas difusas o de sombra, no por pretender denominar de una determinada manera un fenómeno (dolo, imprudencia en relación con las personas jurídicas) se ajusta esa denominación al significado posible de esos términos.

Pero, más allá de lo anterior, los problemas continúan. De las dos formas de imputación de delitos a la persona jurídica que contempla nuestro Derecho (mencionadas brevemente más arriba), especialmente la segunda (el no ejercicio del control debido) podría cuadrar tal vez (aunque sea de modo traslaticio) con la idea de imprudencia, pues lo normal será que la falta de control (control omitido, claro, por personas físicas, como no puede ser de otra manera, pero olvidemos esto ahora) se deba a dejación, descuido, y lo raro será que se produzca con dolo (de quienes deben controlar, de nuevo, claro). Pero resulta que en la inmensa mayoría de los casos la responsabilidad que el CP establece se refiere a delitos dolosos: ¿castigaremos con la pena del dolo algo parecido a la imprudencia, con vulneración, al menos, de los principios de igualdad, responsabilidad subjetiva – si se quiere, para los que lo utilizan en este sentido, de culpabilidad – y de proporcionalidad? Así parece. Y ello prescindiendo que la verdadera imprudencia se refiere a los elementos del delito concreto, con los que no siempre será fácil relacionar este “otro” concepto de imprudencia.

Pero es que, además, en el otro supuesto de imputación (el de los delitos cometidos por las “cabezas” de la empresa, si me permite el tan usado símil antropomórfico) es difícil siquiera hablar de imprudencia, pues no parece demasiado consistente la apelación a una especie de *culpa in eligendo vel in vigilando*, cuando la elección de esas personas puede haber tenido lugar varios años antes de haberse cometido el delito y ellas pueden haberse comportado durante todos esos años con absoluta corrección. Y, por supuesto, aunque la hubiera, subsisten problemas tan importantes como que el castigo suele referirse a hechos dolosos.

Si esto es así, más difícil aún será encontrar “otro” dolo que se parezca remotamente al propio de las personas físicas, incluso si se “despsicologiza” este. Si hay algún caso que presente analogía, será excepcional. Y además, debería probarse su referencia al delito concreto cometido, lo que no parece fácil, salvo supuestos de rara aparición en la realidad (los encargados del control de otro dejan de controlar para que este realice el concreto delito de que se trate en favor de, por ejemplo, su empresa).

Y cuando, para salvar la dificultad de fundamentar autónomamente el dolo o la imprudencia de la propia persona jurídica, estos se hacen depender de que exista dolo o imprudencia en la actuación de la persona física,¹² ¿no están en realidad claudicando los defensores del modelo de autorresponsabilidad en el intento y reconociendo que el sistema será de heterorresponsabilidad, con la consiguiente merma, en mi opinión, también del principio de responsabilidad personal, por mucho que se diga que dolo e imprudencia son solo una parte del complejo juicio de culpabilidad de la persona jurídica? Al menos habrá que reconocer que se claudica parcialmente.¹³

3.2.3 La Culpabilidad

Algo similar sucede con el concepto de culpabilidad, otro de los motivos que llevó tradicionalmente a rechazar la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde luego, si se parte de un concepto psicológico de culpabilidad, la posibilidad cae por su peso. Sin embargo, las teorías psicológicas de la culpabilidad están superadas hace mucho tiempo. Tal vez puede pensarse las normativas ofrecen más opciones.

Los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apelan a menudo aquí también a los fallos, defectos o déficits de organización, si bien con muy distintos matices¹⁴ (lo cierto es que no siempre se distingue bien si estos se refieren al injusto o a la culpabilidad de la persona jurídica). Una de las construcciones más importantes en España, la de Gómez-Jara Díez, está vinculada a una concepción funcionalista sistémica del Derecho penal.¹⁵ Tal vez esta opinión case bien con una concepción minoritaria, funcionalista sistémica, de la culpabilidad para las personas físicas (que no comparto por razones que aquí no es posible explicar), pero no tanto con otras concepciones normativas de la culpabilidad.

¹² Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO (n. 8), 162 ss.

¹³ Sobre las desventajas de un igual tratamiento de dolo e imprudencia en el caso de las personas jurídicas, entre otros y con ulteriores referencias, ENGELS, *Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im europäischen Kartellrecht*, 2002, 124 s. Y, si se llega a la conclusión de que la responsabilidad de las personas jurídicas establecida en el CP es objetiva (muy claro: GÓMEZ MARTÍN, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 365), entonces es evidente la vulneración del principio de responsabilidad subjetiva.

¹⁴ La elaboración probablemente más frecuente de la idea proviene de TIEDEMANN, que la ha difundido en muchas publicaciones en diferentes países (v. solo TIEDEMANN NJW 1988, 1172).

¹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, 201 ss. y *passim*; el mismo, (n 9). 95 ss.; el mismo, *ZStW* 119 (2007), 315 ss. Aunque su cercanía a JAKOBS es clara, este autor hace referencia a sus diferencias de opinión con Jakobs en relación con nuestro tema, y con razón: v. JAKOBS, *FS Lüderssen*, 2002, 559 ss., 570 ss.

A veces se matiza más y se dice que la culpabilidad de las personas jurídicas se fundamentaría en que su mala organización generaría una cultura empresarial de incumplimiento, contraria a la correcta ética empresarial y generadora del riesgo de que se cometan delitos o de una incorrecta, inadecuada o insuficiente disposición jurídica propiciadora de hechos que reflejarían una inadecuada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Pero llamar a eso culpabilidad resulta rechazable si, como es mi caso, no se entiende (o no se entiende exclusivamente) esta como reprochabilidad, sino como atribuibilidad (del hecho a un sujeto), y se procura un alejamiento de fundamentos exclusivamente morales o éticos de la culpabilidad.

Pero incluso teorías normativas de la culpabilidad que admiten el carácter de reproche de esta, como la aún muy extendida del reproche por no haber actuado de otro modo pudiendo hacerlo, resultan incompatibles por partir de una idea de libertad (con mayúscula y absoluta o más limitada y razonable) difícilmente predicable, ni siquiera de manera analógica, de la persona jurídica. Y si se sostienen (combinadas o no con algo parecido a la anterior) concepciones de la culpabilidad (con o sin ese nombre) basadas en la motivabilidad o accesibilidad del sujeto por la norma (especialmente acertada me parece la que habla de motivabilidad normal por la norma), va a ser muy difícil entender que una persona jurídica se motive ella misma (se organice como se organice).¹⁶

Y aquí se torna dudoso el respeto de principios tan fundamentales como los de culpabilidad e igualdad (que guardan importantes vínculos entre sí).

3.3 OTROS PROBLEMAS DE TEORÍA DEL DELITO

Como no puedo alargarme aquí en exceso, señalaré solo que, probablemente en buena medida porque la regulación de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido sin mayores precisiones (salvo en algunos casos, como el de las atenuantes) en el CP al lado de la de las responsabilidad de las personas físicas, se producen dificultades en relación con algunas figuras de la teoría del delito, como causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o incluso de la punibilidad, agravantes, etc. Y, desde luego, en aspectos del tipo objetivo como la autoría y la participación y el *iter criminis*, si se van planteando las diferentes posibilidades de calificación de las “conductas” de la persona física y la jurídica.

¹⁶ Exhaustivamente, contra la posibilidad de culpabilidad colectiva (y con la propuesta de fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas en una “responsabilidad estructural”), CIGÜELA SOLA, La culpabilidad colectiva en el Derecho pena. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa, 2015, *passim*.

3.4 VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

Resumiendo lo anterior, no cabe hablar en mi opinión de los elementos de la teoría del delito en relación con las personas jurídicas (que ni siquiera cometen delitos), salvo cambiando su significado de manera, bajo mi punto de vista, artificiosa. En algunas cuestiones, ello no posee una relevancia meramente clasificatoria o terminológica, sino que el contenido que se le pretende dar a los elementos del delito para personas jurídicas no deja claro el respeto a principios y garantías penales básicos, de modo que la “otra” teoría del delito no supera las dificultades que pretende no insalvables. Hemos hablado ya de los principios de igualdad, responsabilidad personal, responsabilidad subjetiva, proporcionalidad y culpabilidad; pero incluso podríamos cuestionar (dejemos aquí la cuestión abierta) si se respetan las garantías materiales más importantes del principio de legalidad y hasta el *ne bis in idem*.¹⁷

4 TERCERA TESIS: LAS “PENAS” PARA PERSONAS JURÍDICAS NO SON PENAS

El art. 33.7 CP español establece un catálogo de lo que literalmente denomina “penas aplicables a personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves” que incluye (prescindo aquí de precisiones) multa, disolución, suspensión temporal de actividades, clausura temporal de locales y establecimientos, prohibición temporal o definitiva de actividades futuras como las relacionadas con la comisión del delito o su favorecimiento o encubrimiento, inhabilitación temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y obtener beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social e intervención judicial temporal para salvaguardar los derechos de los trabajadores o los acreedores. Algunas de ellas pueden ser adoptadas como medidas cautelares en la instrucción de la causa. El resto de preceptos que se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o establecen su aplicación a delitos concretos hablan igualmente de “penas”.

Sin embargo, de mis tesis anteriores se deduce ya la imposibilidad de que se trate de auténticas penas: si la pena tiene como presupuesto la comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto, difícilmente podrá haber penas para personas jurídicas, pues estas ni cometen delitos ni son susceptibles de culpabilidad. Naturalmente, de nuevo podemos

¹⁷ Muchos autores mencionan riesgos para las garantías. V. solo a modo de ejemplo SCHÜNEMANN ZIS I-2014, 1 ss., 17 s.

señalar que las etiquetas y hasta las convenciones lingüísticas pueden retorcerse y llamar penas a esas medidas que prevé el CP. Pero, como he señalado antes en relación con otros conceptos, no por mucho aplicarles el nombre reunirán las características que, en una larga elaboración, se atribuyen a las penas.

Si la persona jurídica no puede ser el destinatario de la norma penal, ¿cómo va la pena a desplegar sobre ella sus fines, sea como sea que estos se conciban, es decir, como retribución o como prevención (general o especial) de hechos que, por lo demás, no ha cometido ni podrá cometer en el futuro ni ella misma ni otras personas jurídicas?

Para no insistir demasiado, cabe además recordar que esas penas vulnerarían principios como el de responsabilidad subjetiva, personal, culpabilidad, etc. y hasta pondrían en tela de juicio otros como el *ne bis in idem*.

¿Qué naturaleza poseen realmente esas “penas” o medidas? Se pueden observar diversos matices en las distintas medidas,¹⁸ pero básicamente tendrían la función de reforzar la prevención general frente a eventuales delincuentes (¡personas físicas!), disuadiéndoles de utilizar la estructura de la persona jurídica para cometer delitos, así como poseerían una eficacia preventivo-especial frente a quienes (¡personas físicas!) han delinquido, evitando que utilicen en el futuro la cobertura o facilidades que para delinquir pueda ofrecer la persona jurídica.¹⁹ Probablemente, como señala Luzón Peña,²⁰ la utilización del nombre de “penas” (y de “responsabilidad penal”) por la ley española opera también un efecto preventivo-general añadido sobre las personas (¡físicas!) que dirigen las personas jurídicas, a la vista del mayor coste reputacional (daño o riesgos para la reputación) que supone la “pena” frente a medidas con denominaciones más neutras.

En todo caso, la multa es la única sanción que en su contenido material (y hasta en su denominación) se distingue de las “consecuencias accesorias” que para personas jurídicas preveía el anterior art. 129 CP, que hoy reserva tales consecuencias para entes sin personalidad jurídica, con contenidos similares, salvo, de nuevo, la multa y también la disolución, esto último en coherencia con la falta de personalidad jurídica, pero previéndose (parece que a semejanza de la disolución) la posibilidad de “prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”.

¹⁸ V., por ejemplo, MIR PUIG, Foro FICP 2015-2, 140 ss., 144 ss.

¹⁹ Así, subraya ambos fines, LUZÓN PEÑA PG, 3ª ed., 2016, 1 nm. 35.

²⁰ LUZÓN PEÑA PG, 3ª ed., 2016, 1 nm. 42 ss.

5 CUARTA TESIS: LAS NECESIDADES POLÍTICO-CRIMINALES PUEDEN RESOLVERSE DE OTRA MANERA

En nuestro entorno está mayoritariamente superado mediante regulaciones del llamado “actuar por otro” (§ 14 StGB, art. 31 CP) el problema de la no concurrencia en la persona física de los elementos cualificantes en un delito especial (utilizo conscientemente la terminología tradicional, pretendiendo un sentido amplio), que sí concurrirían en la persona jurídica. Así, queda solo el problema fundamental de la eventual utilización de la estructura de la persona jurídica como refugio o “coraza” para la comisión de delitos por personas físicas que actúan en su seno o frente su persecución, problema o peligro que sus defensores consideran conjurado con el establecimiento de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

Pues bien, entiendo que no es necesario para ello establecer ese régimen, sino que bastan otros modelos: por ejemplo, al margen de sus eventuales defectos concretos, el de consecuencias accesorias que se fijaba en el CP español de 1995 (art. 129) hasta su reforma en 2010, que ya he mencionado brevemente. Ello no implica necesariamente hablar de responsabilidad civil o administrativa. Puede hablarse en un sentido amplio de responsabilidad “criminal” (en referencia a responsabilidad por crímenes cometidos, naturalmente por personas físicas, pero en el seno y en relación con la actividad de personas jurídicas), atendiéndose con ello a necesidades preventivas plausibles e incluso reforzando la idea de coste reputacional a la que ya me he referido más arriba.²¹

Hablar de responsabilidad penal y de penas y regular el sistema en el propio CP no es conveniente, aunque solo sea por el riesgo de contagio de ese régimen (necesariamente más laxo en garantías) al de personas físicas. Si, como afortunadamente no es el caso en España, la responsabilidad de la persona jurídica sustituyera a la responsabilidad penal de la persona física, se crearían incluso factores criminógenos.²² La responsabilidad de la que hablo podría regularse en una tan en boga “ley integral” (a ser posible sin más añadidos o adjetivos) que contuviera también los importantes aspectos procesales que el régimen implica y un refuerzo de la conveniencia de establecer sistemas serios y rigurosos, con implantación real,

²¹ LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016., 1 nm. 35. Esta naturaleza “criminal” de la que hablo no es extraña respecto de otras consecuencias del delito, como las medidas de seguridad (que no presuponen culpabilidad y por ello no vulneran el principio de culpabilidad) e incluso las medidas para delincuentes menores de edad y jóvenes.

²² Incluso en los Estados Unidos de América hoy en día la finalidad principal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece más bien la cooperación de estas en la persecución penal de aquellos de sus miembros que cometen delitos que la propia punición de la sociedad: v., p. ej., HASNAS ACLR 46 (2009), 1354.

de *compliance*, tal vez el fin más perseguido (por razones diversas, más o menos plausibles) por las nuevas regulaciones de la responsabilidad “penal” de personas jurídicas.²³

Frente a la acusación de nominalismo o formalismo que a veces se nos hace a quienes nos oponemos a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídica, en el sentido de que, al fin y al cabo, esta supone una mayor garantía por el control de esa responsabilidad por un juez penal en un proceso penal,²⁴ se puede preguntar: ¿qué se gana forzando la teoría del delito, el concepto tradicional de responsabilidad penal en sentido estricto, el de pena para intentar incluir en ellos a las personas jurídicas en cuyo seno y provecho las personas físicas cometen (¡estas sí!) delitos? En mi opinión, si acaso, confusión, riesgo de contagio de la relajación de principios fundamentales a todo el Derecho penal y probable distorsión de categorías penales que han tendido a servir de garantía a los ciudadanos. El ya mencionado más arriba sistema de consecuencias accesorias, por ejemplo, también se somete al control de un juez penal. Y, en todo caso, la “ley integral” que sugiero puede dejar el procedimiento en manos de un juez penal sin ningún problema y rodearlo de garantías (diferentes en todo caso de las que rigen para la auténtica responsabilidad penal en sentido estricto, la de las personas físicas).

6 TESIS CONCLUSIVA: *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Muchas explicaciones y razonamientos adicionales serían necesarios en torno a la (en mi opinión, mal) llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. No son aquí posibles. Pero, si las tesis brevemente enunciadas anteriormente resultan correctas, se alcanza, al igual que lo hace un importante sector doctrinal,²⁵ la conclusión de que no es posible hablar estrictamente de responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas ni siquiera en ordenamientos jurídicos como el español. De modo que, incluso en estos ordenamientos jurídicos, *societas delinquere non potest* o, si se prefiere y de manera más completa, *societas delinquere nec puniri potest*.

²³ Entre muchos otros, absolutamente claro SCHÜNEMANN ZIS 1-2014, 17 s.

²⁴ Así, p.ej., GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico (Dir.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva, 2012, 67.

²⁵ Por citar solo a unos pocos autores españoles, pero también conocidos en Alemania: GÓMEZ MARTÍN, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 331 ss.; Mir Puig, PG, 10ª ed., 2015, 7 nm. 58 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 1 nm. 35, 11 nm. 38 ss. Especialmente combativos en su crítica, en Alemania, SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, 1 ss. (quede abierta o pendiente aquí la cuestión de si se trata de un “zombi político-criminal”; se trata, como mínimo, de una construcción muy artificial) y, en España, GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2015-2, 149 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- CIGÜELA SOLA, Javier. **La culpabilidad colectiva en el Derecho penal**: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ENGELS, Hartmut. **Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im europäischen Kartellrecht**. Berlin: Verlag Spitz, 2002.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico (Dir.). **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009**: una reflexión colectiva. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: Bdef, 2010.
- _____. Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 119, p. 290-333, 2007.
- _____. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Falsa alarma: o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “societas delinquere non potest”. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). **Garantías constitucionales y Derecho penal europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 331-383.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.
- GRACIA MARTÍN, Luis. La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. **Foro FICP**, Barcelona, n. 2, p. 149-231, jul. 2015.
- HASNAS, John. The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability. **American Criminal Law Review**, v. 46, n. 1329, p. 1329-1358, 2009.
- HEINE, Günter. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen**: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 271 e ss.
- JAKOBS, Günther. Strafbarkeit juristischer Personen? In: PRITTWITZ, C. et al. (Ed.). **Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de Derecho penal**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. Die Strafbarkeit juristischer Personen in Spanien bei Begehung von Übertretungen, erläutert an einem Fallbeispiel. In: ROXIN, Claus; ZÖLLER, Mark A.; HILGER, Hans (Hrsg.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013**. Band 250. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1371-1386.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte General. 10. ed. Barcelona: Reppertor Editorial, 2015.
- _____. Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. **Foro FICP**, Barcelona, n. 2, p. 140-148, jul. 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre. 3. ed. München: CH Beck, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts**: ein kriminalpolitischer Zombie. München: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), I-2014. p. 1-18.

TIEDEMANN, Klaus. Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt am Main, n. 19, p. 1172, 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

O CASO BRUCE MACARTHUR E O FATOR COMUM ENTRE OS SERIAL KILLERS

BRUCE MACARTHUR'S CASE AND THE COMMON FACTOR AMONG SERIAL KILLERS

Carlos Roberto Bacila¹

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise do caso do *serial killer* de Toronto, Bruce MacArthur, descoberto em janeiro de 2018, procurando detectar um fator comum entre os casos de assassinos em série mais conhecidos mundialmente, isto é, qual seria a maior dificuldade para investigar e responsabilizar os envolvidos de maneira mais célere. Para tanto, utilizo o estudo de diversos casos mais conhecidos de *serial killers*, nos quais os mesmos fatores estavam presentes quando, já nos primeiros homicídios, o autor apareceu como suspeito, porém foi descartado inicialmente e considerado suspeito improvável. A análise é feita sob a ótica da tese dos estigmas como metarregras. No caso, a ausência de estigmas é observada como um fator comum, isto é, os assassinos seriais não apresentavam estigma, o que se considera um fator decisivo nos casos para a não elucidação precoce. Verifica-se, portanto, que metarregras ligadas aos estigmas efetivamente interferem na responsabilização criminal da pessoa envolvida em crimes graves, de maneira que se a pessoa não tem estigma, tem pouca visibilidade para a investigação e responsabilização criminal, ainda que indícios fortes de que pode ter praticado homicídios estejam presentes. No final, apresento algumas sugestões para que se evite a interferência dos estigmas como metarregras negativas.

Palavras-chave: *Serial Killer*; Estudo de caso; Bruce MacArthur; Metarregra; Estigma.

ABSTRACT

This work presents an analysis of the case of Toronto's *serial killer* Bruce MacArthur, focusing on identifying a common factor among the cases of the most worldwide known series assassins. That is, what would be the main difficulty in investigating and holding those involved more quickly, from the perspective of the thesis of stigmas as second code. A

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Professor de Criminologia e Direito e Cinema da Universidade Federal do Paraná. E-mail: carbac@uol.com.br

comparison among these serial killers was made, confirming that common rules related to stigmas in fact interfere in the criminal responsibility of the person involved in serious crimes, in a way that if the person has no stigma, he/she has little visibility to criminal investigation and accountability, although strong evidences that he/she may have committed homicides are present. In the end, I present some suggestions in order to avoid the interference of stigmas such as negative second codes.

Keywords: Serial Killer; Case Study; Bruce MacArthur; Second Code; Stigma.

INTRODUÇÃO

No âmbito das disciplinas penais, muito se fala que o Direito penal só deve se ocupar de condutas realmente graves e deixar os delitos mais brandos para outros ramos do direito ou outros mecanismos sociais resolverem. É o que se denomina de *caráter subsidiário do Direito penal* ou *ultima ratio*.² Com efeito, este não é o caso dos *serial killers*. O homicídio em série caracteriza-se pela morte de vítimas completamente indefesas, e, não raro, de forma surpreendente, cruel e dolorosa. São vidas perdidas sem nenhum motivo ou sentido e que evidenciam o descaso do autor com qualquer conceito de respeito à vida humana e ao ser humano como essência. Evidentemente que uma resposta pronta da sociedade sob a organização estatal se faz necessária.

Estimulado pelas aulas de Criminologia assistidas na Universidade de Ottawa e ministradas pelo Professor Dr. João Velloso, retomei o tema que eu havia tratado em minha tese de doutoramento concluída no ano de 2004 e defendida na Universidade Federal do Paraná. A tese é relacionada a uma revisão histórica do Direito sob a ótica dos estigmas ou preconceitos. Neste estudo, formulei um conceito de estigma mais flexível com os dias atuais e, finalmente, passei a estudar casos concretos a partir desse conceito. Ao fazê-lo, observei que muitos erros que eram aparentemente grosseiros ou não usuais poderiam ser racionalmente explicados a partir da consideração dos estigmas como metarregras negativas. Metarregras são regras de rua que interferem na vida das pessoas, como signos a indicar o conteúdo do objeto. A partir disto, podemos ter metarregras racionais e funcionais à sociedade, como é o caso dos cumprimentos e das referências respeitadas. Ou então, podemos ter regras práticas que não têm base racional e que são, inclusive, equivocadas desde uma leitura histórica e prática. Assim, o estigma constitui uma metarregra negativa e pode ser observado de maneira bem mais objetiva do que se pode imaginar.

Num sentido mais atual, entendo o estigma como uma marca objetiva que possui um valor social negativo. Existe, portanto, um aspecto objetivo (cor da pele, comportamento religioso, mulher, pobreza, comportamentos não convencionais, debilidades físicas ou mentais) que recebe um significado social negativo no seu aspecto subjetivo (tal pessoa, por exemplo, não poderia exercer atividade laboral no mesmo nível que um “normal” ou não estigmatizado).

Após o estudo que fiz, as análises de caso mostraram-se realmente surpreendentes ao revelarem que, no âmbito penal, a indução das metarregras negativas é muito mais

² BACILA, Carlos Roberto. **Introdução ao Direito penal e à criminologia**. Curitiba: Intersaberes, 2017, p. 2 e ss.

objetiva do que se pode imaginar. Não se trata, pois, de discriminação explícita ou vulgar das pessoas, mas de sutis decisões que culminam com o prejuízo indevido do estigmatizado ou, conforme trataremos no presente escrito, de invisibilidade do responsável por crimes graves para o sistema penal.

Destarte, o foco foi a atuação dos assassinos seriais e suas invisibilidades para a maioria dos delitos que cometeram. Uma espécie de camuflagem social que os torna imperceptíveis para o sistema penal (juiz, promotor, policial) e também para a sociedade como um todo (vítima, testemunha, servidor público, atendente, jornalista, repórter). Até que, um dia, o caso vem à tona de maneira exótica, quando se poderia ter evitado a maioria dos casos, isto é, os criminosos poderiam ter sido detidos já no segundo ou terceiro homicídio.

O tema está relacionado com a seletividade do sistema penal, que encaminha alguns para a responsabilização criminal, mas outros não. A figura do funil tão bem doutrinada por João Velloso fica clara nestes casos. Quem sabe quantos *serial killers* escaparam da responsabilização criminal por conta do funil defeituoso do sistema penal? Sabemos que Jack o Estripador e o Zodíaco nunca foram descobertos. Por outro lado, os *serial killers* estudados tiveram um caminho muito fácil para perpetrarem dezenas de homicídios sem serem percebidos.

O caso em discussão de Bruce MacArthur parece uma reprodução de outros tantos. Não se quer com isto fazer-se crítica rasa à atividade de quem quer que seja, desde o juiz que proferiu uma sentença anterior para Bruce, ou para promotores ou policiais que eventualmente atuaram no caso. Nada disso. Até mesmo porque não se tem todos os elementos e peculiaridades do caso que ainda está sob investigação. Ressalta-se a seriedade de policiais e profissionais forenses que se dedicam muito para resolver casos complexos desta natureza. Ao contrário, o objetivo é detectar um certo padrão de dificuldade na elucidação de casos, sob a responsabilidade de toda a sociedade, por conta da ausência de estigmas do autor dos homicídios.

Evidentemente, os estudos que fiz são iniciais e podem e devem ser alvo de críticas, sugestões e debates. Porém, em minha atividade de campo, bem como em estudos estatísticos e teóricos, não encontrei nada diferente do que um funil que empurra com velocidade os estigmatizados para a máquina penal, culpados ou não, conforme preleção de Velloso, e, de outro lado, retira de seu túnel justiceiro, muitos que por lá deveriam ter passado.

1 OS MOTIVOS QUE ME LEVARAM A ESCREVER SOBRE O CASO

No ano passado conheci um país maravilhoso, justamente quando comemorava 150 anos de existência, o seu nome, Canadá. Aqui, minha esposa, minha filha e eu fomos acolhidos com o maior calor humano e gentilezas que se pode esperar. Tivemos a honra de morar em Kanata, uma comunidade de Ottawa que nos fez sentir mais do que em casa. Conheci um pouco da história deste valoroso país, sendo que ainda me emociono ao saber que o Canadá lutou na Primeira Grande Guerra e perdeu mais de 60 mil soldados, lutou na Segunda Guerra, aliado de meu país natal, o Brasil, e consolidou sua heroica história. Estudei também sobre a vida do valoroso Terry Fox, cuja estátua se encontra em frente ao belíssimo Parlamento, e que mostrou ao mundo como se luta por um ideal, correndo em busca de apoio contra o câncer. Terry correu gloriosamente contra o tempo. Soube da história recente da bandeira atual do Canadá, da folha de *maple* na bandeira, do *maple* que faz um dos meus alimentos preferidos, o *syrup*. Por isso, minha esposa e eu adquirimos uma bandeira canadense enorme e a colocamos em nossa sala. Sentimo-nos honrados em poder ter feito uma palestra para o Rotary Club de Stittsville sobre o tema: O Rotary Club, a Mulher, e Dale Carnegie, ocasião em que pude demonstrar o quanto Dale Carnegie fez pela emancipação feminina na primeira metade do Século XX, sem dizer uma palavra sequer sobre direitos humanos³. Vibramos também com a vitória dos heróis atuais canadenses Tessa Virtue e Scott Moir, dançarinos no gelo que nos emocionaram ao triunfarem nas Olimpíadas de Inverno e inspirarem novos futuros campeões. Atravessamos um dos invernos mais frios do mundo com o maior frio do Canadá nos últimos cem anos. Tivemos a honra de sobreviver e achar tudo bonito. Acho que nossos corações hoje estão muito ligados ao Canadá, este país encantador de corações. Isto me faz lembrar da poesia de Arthur Chapman: *“Out where the sun is a little brighter, Where the snows that fall are a trifle whiter, Where the bonds of home are a wee bit tighter, – That `s where the West begins”*.⁴

Este ambiente todo de magnitude me fez respeitar muito o Canadá. Tudo isto se completou com pesquisa que venho fazendo em minha área de estudo: o crime. Após a obtenção do meu doutoramento em 2004, sempre esperei por um momento oportuno

³ A palestra foi proferida base no Capítulo 11 da biografia que escrevi sobre Dale Carnegie, sustentando a tese de que o referido autor utilizou de mecanismos de emancipação de estigmas (mulher, idoso, deficiente físico, racial, pobreza, religioso etc.) de forma revolucionária em sua linguagem literária (BACILA, Carlos Roberto. **The life of Dale Carnegie and his philosophy of success**. San Bernardino: Amazon, 2017, p. 179-193).

⁴ *“Lá, onde o sol brilha um pouco mais, Onde as neves que caem são um tiquinho mais brancas, Onde os laços de casa são um pouco mais apertados, – É aí que começa o Oeste”* (tradução livre – CHAPMAN, ARTHUR. *Out Where the West Begins*. In: FELLEMAN, Hazel. **The best loved poems of the American people**. New York: Double Day and Company, 1958, p. 120).

para minha pesquisa de pós-doutoramento, e esta oportunidade surgiu em decorrência do precioso convite que recebi desta instituição tão especial aos canadenses, a Universidade de Ottawa. Nesta casa de estudos sérios e concentrados, fui recebido pelo Professor da cadeira de Criminologia, o Doutor João Velloso. Ao assistir, desde o ano passado até o presente, as muito bem preparadas aulas na graduação⁵, percebi o quanto o Professor Velloso procura inspirar seus alunos para a reflexão crítica, de forma didática e bastante inclusiva. Evidentemente, eu também muito me inspirei em tão instigante magistério.

Um dos temas de forma tão originalmente tratado pelo Professor Velloso é o da seletividade do sistema penal. Assunto dos mais importantes na Criminologia, a seletividade aborda a constatação de que a lei penal é para todos, mas atinge apenas algumas pessoas, enquanto que outras, embora tenham praticado delitos, escapam da responsabilização penal.⁶ Velloso faz isto de forma brilhante, usando a figura didática do funil. Assim, por exemplo, se um homem pratica uma agressão sexual, e, por não ter sido investigado, ou acionado, ou condenado por falta de provas ou falta de convicção ou outro motivo qualquer, enfim, se ele praticou o crime e não foi condenado, temos alguém que escapou do funil que leva à responsabilização criminal.⁷ Conforme pesquisas⁸ feitas em distintos lugares e sobre os mais variados crimes, a cifra oculta pode chegar 99% dos casos. Esta cifra oculta da criminalidade demonstra um buraco no sistema, uma conta que não confere. Isto para não falar da questão da quebra da justiça, isto é, punir-se alguns e deixar a maioria escapar sem nenhuma responsabilização criminal. O Criminólogo que foi um dos precursores deste tema, Edwin Sutherland, professor da Universidade de Chicago e autor da famosa expressão “*criminalidade do colarinho branco*”⁹, relatou de forma assustadora, nos idos de 1930 e 1940, que a criminalidade de homens e mulheres, ricos e pobres, desempregados

⁵ Especialmente os cursos que assisti e donde extraí muitas conclusões para o presente artigo, nos Cursos de Direito e Criminologia (Universidade de Ottawa, 2017) e Sentencing Theory and Practice (Universidade de Ottawa, 2018)

⁶ No prédio da Suprema Corte Italiana em Roma está a inscrição: “*La Legge è Uguale per Tutti*”, isto é, a “A Lei é igual para todos”, só que, na verdade, não tem sido.

⁷ Mencionei o exemplo do abuso sexual porque muitos casos de famosos suspeitos de praticarem abusos estão vindo à tona em grande profusão recentemente. Alguns desses casos já prescreveram ou não se pode mais comprovar a veracidade das alegações. Tratam-se de amostras de uma criminalidade oculta que deve ser bem mais numerosa do que o exemplo dos famosos.

⁸ Ver: SACK, Fritz. **Crime, law and social change**: socio-political change and crime: a discourse on theory and method in relation to the new face of crime in Germany. Netherlands: Kluwer Academic, 1995, p. 53. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 165.

⁹ A famosa palestra na Universidade de Chicago inaugurou um novo conceito da Criminologia, no ano de 1939, e pode ser conhecido no artigo: SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar criminality**. Indiana: American Sociological Review, February, 1940, v. 5, n. 1.

ou pessoas que exercem atividade laboral, empregados ou executivos, é muito maior do que se imaginava, e muito menos punida do que se poderia supor.¹⁰ Outrossim, conforme bem destacou João Velloso, Sutherland colocou em cheque a ideia de sempre se conectar o crime com a pobreza.¹¹ Na época em que se procurava um criminoso com aparência assustadora, usualmente descrito no livro do médico italiano Césare Lombroso¹², Sutherland foi no sentido contrário, demonstrando que a criminalidade estava presente em todos os espaços sociais. Hoje, a tese inovadora de Sutherland relacionada à cifra oculta é muito bem aceita pela doutrina preponderante da Criminologia.¹³ Pesquisas foram feitas, inclusive demonstrando que não existe um tipo físico, racial ou genético de criminoso. Mas ainda não escapamos da seletividade do sistema penal.¹⁴

Conforme disse, eu também já me ocupei da seletividade do sistema penal e escrevi sobre o assunto, mas voltei a me inspirar com o magistério magnífico do Professor João Velloso. Em suas preleções na Universidade de Ottawa, Velloso ressalta as inúmeras situações nas quais o crime é praticado, porém o seu autor não é levado aos tribunais, por diversos motivos. Um destes motivos pode ser a crença de que a punição não mais é relevante, ou quando o tema não tem apelação política, ou quando os meios policiais não são suficientes ou disponíveis e tem-se que optar por um caso ou outro etc.¹⁵ O Canadá gentil e as aulas magistrais de Velloso me levaram a voltar a pensar em tratar de um tema que imagino ser uma pequena contribuição minha para a Criminologia, na área da seletividade do sistema penal. Então, surgiu o caso Bruce MacArthur.

¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**. 7. ed. Philadelphia; New York, J.B. Lippincott, 1966, p. 3 e ss.

¹¹ VELLOSO, João. Contributions des études sur la délinquance des élites à la compréhension de la gestion de la criminalité de rue. **Criminologie**, Montreal, v. 49, n. 1, 2016, p. 153-178.

¹² LOMBROSO, César. **O homem delinvente**. Tradução: Maristela Tomasini e Oscar Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 147.

¹³ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas**. 4. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2015. Neste sentido: CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 68. SACK, Fritz. **Crime, law and social change – socio-political change and crime**: a discourse on theory and method in relation to the new face of crime in Germany. Netherlands: Kluwer Academic, 1995, p. 53; CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução: Eliana Granja et al. São Paulo: RT, 1995, p. 165-168. HULSMAN, Louk H. C. et al. **Abolicionismo penal: la criminología crítica y el concepto de delito**. Tradução: Mariano Alberto Cifardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 96; LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. ed. México (DF): Siglo Veintiuno, 1992, pp. 202-203.

¹⁴ Sobre o tema além da doutrina já mencionada ver, por exemplo, CHAPMAN, Denis. **Sociology and the Stereotype of the criminal**. London: Tavistock, 1968, p. 114-115. Tradução livre.

¹⁵ VELLOSO, João. Aula de Criminologia proferida na Universidade de Ottawa, Canadá, no dia 02 de fevereiro de 2018, dentre outras.

Parecia um filme de terror feito numa casa mal assombrada. Mas era pura realidade. A polícia de Toronto, capital de Ontário, no Canadá, escavou no quintal de uma casa na cara área residencial de Leaside, e foi encontrando um corpo após o outro. O desfecho ocorreu no dia 18 de janeiro de 2018 quando Bruce MacArthur foi preso pela polícia de Toronto. Ele foi primeiramente considerado suspeito de dois desaparecimentos: Andrew Kinsman e Selim Esen, de Toronto; mas também se investigava o desaparecimento de Abdulbasir Faisi. Outras vítimas: Dean Lisowick era sem teto (*homeless*); Soroush Mahmudi (desaparecido em 2015); Majeed Kayhan (desaparecido em outubro 2012). Depois, constataram que uma pessoa que fazia parte de seus amigos no Facebook, Skandaraj Navaratnam, também havia desaparecido em 2010. No final das escavações da Polícia na casa de Bruce MacArthur, havia corpos que ainda estavam para ser identificados.¹⁶ Até então, chegou-se ao número inicial de sete vítimas¹⁷. Mas, a pergunta que pretendo responder neste breve escrito é: o que este caso de *serial killer* tem em comum com os casos mais conhecidos?

Este foi um tema que me ocupei durante muitos anos¹⁸. Na verdade, em 1994 ingressei como Delegado de Polícia no Estado do Paraná, no Brasil, e desde o início de minha carreira comecei a perceber uma relação muito sutil entre o desaparecimento de uma pessoa, o sequestro e o homicídio. Minha experiência começou com o seguinte caso que fui atender: duas crianças foram levadas da casa de um casal por um homem de

¹⁶ GIBSON, Victoria. Police to wrap up search for alleged serial killer victims at Leaside home. **The Star**, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.thestar.com/news/crime/2018/02/13/no-more-human-remains-in-search-for-serial-killer-victims-at-leaside-home.html>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹⁷ Dados até 07 de março de 2018. Ver: CBC NEWS. **Bullies have higher self-esteem, social success study**. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2KhD1WekzfU>>. Acesso em: 27 jul. 2018. Na referida entrevista, a Polícia apresentou um retrato, com base no trabalho forense, para tentar identificá-las com apoio no público.

¹⁸ Passarei a relatar minha experiência na área policial, como fator de verdadeira pesquisa de campo na área e que, efetivamente, não pode ser deixada de lado quando se trata de análise de criminalidade. Afinal, nas palavras de Gouldner: “*The theorist’s basic conception of what is socially real and factual is thus rooted in the infrastructure of the man himself, in the local surrounding very close to his life.*

Much theory work begins not as an effort to find or establish the facts but to make sense of experience, to resolve the part of it that is unresolved. Commonly, the theorist is trying to reduce the tension between a social event or process that he believes is real and some value that the event or process has violated. Thus theory-making is often an effort to cope with a threat to something in which the theorist is deeply and personally implicated” – “A concepção básica do teórico sobre o que é socialmente real e factual está, assim, enraizada na infraestrutura do próprio homem, no entorno local muito próximo à sua vida. Muito trabalho teórico tem início não como um esforço para encontrar ou estabelecer os fatos, mas para dar sentido à experiência, para resolver uma parte que não está resolvida. Comumente, o teórico está tentando reduzir a tensão entre um evento social ou processo que ele acredita que seja real e algum valor que o evento ou processo tenha violado. Assim, a elaboração de teorias é comumente um esforço em lidar com uma ameaça a algo que o teórico está profunda e pessoalmente envolvido” (tradução livre – GOULDNER, Alvin W. **Renewal and critique in sociology today**. New York: Basic Books, 1973, p. 70).

aproximadamente quarenta anos. Este homem era o pai de uma das crianças cuja mãe já estava separada e vivendo no segundo casamento; já a outra criança era filha do casal e não tinha relação de parentesco com o sequestrador. Localizamos o apartamento do homem e, depois de muito sufoco, adentramos o local, onde encontrei as duas crianças em estado de choque embaixo de uma cama. Elas corriam grave risco de serem mortas se não tivéssemos entrado na casa.¹⁹ A vítima em poder absoluto de um sequestrador não é somente vítima de sequestro, é potencial vítima de homicídio. Quando crianças ou adultos desaparecem sem explicação, é melhor investigar mesmo.

No ano seguinte fui trabalhar numa SWAT na capital do estado, e logo depois, fundei a primeira unidade policial antisequestros de criança do Brasil, denominado Sicride (Serviço de Investigação de Crianças Desaparecidas)²⁰. Nesse trabalho, percebi que algumas crianças que desapareceram foram vítimas de sequestro e depois de homicídio. Então, comecei a me interessar ainda mais por investigar homicídios. Quando surgiu a oportunidade, iniciei meu trabalho na Delegacia de Homicídios. Trabalhei por duas vezes nesse setor policial altamente especializado, totalizando seis anos.

Paralelamente a essa experiência de campo na polícia, eu possuía outra carreira, a de professor e pesquisador da área criminal. Lecionava Direito penal e Criminologia, realizei especialização e mestrado. Até que, no ano de 2001, concluí uma pesquisa de doutoramento de quatro anos. A tese era sobre os preconceitos, sobre como os preconceitos afetam o sistema penal de uma maneira geral. Um dos capítulos é trata da atividade policial. A minha pesquisa é baseada nos códigos de rua, na linguagem prática de rua, o que é conhecido na sociologia anglófona como “*basic rules*” ou “*second code*”. Na Alemanha chama-se *metaregeln*; em espanhol *super reglas*; em português *metarregras*²¹. Basicamente, trabalhei um conceito de estigma (raça, religião, gênero, pobreza, comportamento social, ideológico etc., deficiência física, doença mental etc.). O que me levou a estudar sobre os estigmas foi uma observação que li num livro de sociologia, no sentido de que os estudiosos

¹⁹ O relato completo deste caso, desde a investigação até o desfecho final, encontra-se em BACILA, Carlos Roberto. Ação controlada na investigação da criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). **Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência**. Coimbra: Almedina, 2017.

²⁰ Anos mais tarde, o trabalho de conclusão de curso sobre o Sicride desenvolvido por Ana Luiza Verzola e Cléber Gonçalves foi classificado em 2º lugar na categoria livro-reportagem do 18º prêmio Sangue Novo de jornalismo paranaense e classificado no Intercom (Congresso de Comunicação) entre os cinco melhores trabalhos acadêmicos do gênero da região Sul. Ver: UNICESUMAR. **Jornalismo da Unicesumar é premiado no 18º Prêmio Sangue Novo**. 2013. Disponível em: <<https://www.unicesumar.edu.br/jornalismo-da-unicesumar-e-premiado-no-18o-premio-sangue-novo>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

²¹ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 2 e ss.

não haviam estabelecido as condições estruturais dos estigmas e o seu conceito²². Fiz um extenso estudo sobre a origem histórica dos mais conhecidos preconceitos: pobreza, raça, mulher, religião, necessidades especiais, comportamento não convencional etc. Concluí que não havia base racional para o surgimento dos estigmas, isto é, o seu nascedouro é aleatório!²³ Observei que o estigma possui dois aspectos: um objetivo²⁴ que é constatável a olho nu (cor da pele, imigrante, ritual religioso, mulher); e outro subjetivo, as metarregras²⁵ que eu denomino de “negativas”, porque não possuem fundamentação racional com base no estudo da história da origem dos preconceitos. Existem metarregras “positivas”, isto é, aquelas que eu encontrei fundamento racional e são saudáveis: cumprimentar as pessoas, pedir desculpas ao reconhecer um erro, cumprir com a palavra num acordo, realizar os compromissos do dia a dia, dirigir-se respeitosamente a alguém²⁶ etc. Enfim, o conjunto do aspecto objetivo do estigma (v.g. pele escura) e do aspecto subjetivo (é suspeito de fazer coisas ruins), conforme verifiquei, leva o sistema penal e a sociedade a sofrerem desde pequenas infelicidades (frustrações, medos, traumas, vergonhas), até alguns problemas razoáveis (desemprego, subemprego, maus tratos), desacertos (acreditar que a pessoa foi ou será desonesta sem motivos racionais), erros graves (atribuir a alguém a culpa por um ato não praticado por ela), tragédias (condenar alguém por um crime que não praticou ou, conforme veremos, não responsabilizar rapidamente alguém que está praticando crimes graves), e, também, a catástrofes (vide o nazismo e a Segunda Guerra Mundial²⁷). Nos casos concretos que estudei, verifiquei que a ideia das metarregras negativas

²² GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, p. 11. Nas palavras de Goffman: “Os estudiosos, entretanto, não fizeram muito esforço para descrever as precondições estruturais do estigma, ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito” (GOFFMAN, E. Op. cit., p. 11).

²³ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 2 e ss.

²⁴ Ibid., p. 2 e ss.

²⁵ Ibid., p. 2 e ss.

²⁶ Zdenek Salzmänn exemplifica maneiras diferentes de se dirigir a alguém “*In most cases, speakers of American English address each other by first name, title (or rank) and last name, or kin term. ‘Come on over and join us, Bill’ is an example of form of address by first name; ‘When should I have my next physical examination, Dr. Smith?’ or ‘Did anyone call while I was gone, Mrs. Brown?’ by title and last name; and ‘What are we having for dinner, Mother?’ by kin term*” (“Em muitos casos, pessoas que falam o inglês americano, se dirigem ao outro pelo primeiro nome, título (ou posto) e sobrenome, ou termo de parentesco. ‘Venha e junte-se a nós, Bill’ é um exemplo de maneira de se dirigir pelo primeiro nome; ‘Quando eu devo fazer meu próximo exame físico, Dr. Smith?’ ou ‘Alguém ligou enquanto eu estava fora, Sra. Brown?’ pelo título e sobrenome; e ‘O que teremos para o jantar, mãe’ por termo de parentesco” (tradução livre – SALZMANN, Zdenek. **Language, culture and society**: an introduction to Linguistic Anthropology. 2nd ed. Boulder: Westview, 1998, p. 196).

²⁷ William Manchester cita importantes passagens de Winston Churchill ao criticar a ideologia nazista e suas incoerências: “*No past services, no proved patriotism, even wounds sustained in war’, could prevent*

(estigmas) explicava erros graves que aparentemente não tinham explicação racional.²⁸ Também fiz um estudo sobre a origem estrutural dos preconceitos, o que me possibilitou formular um conceito contemporâneo de estigma.²⁹ Assim, pode-se conceituar estigma como um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo.³⁰ Caberia aqui uma breve indagação dos motivos que levam as pessoas a se iludirem com as metarregras negativas, os estigmas.³¹ Em rápidas palavras, podemos afirmar que os estigmas vão sendo inculcados nas mentes humanas desde a mais precoce infância. São comentários dos pais ou adultos próximos, piadas sucessivas envolvendo o estigma e os estigmatizados, desconfianças geradas por afirmações falsas relacionadas às “descobertas científicas”, o medo do desconhecido, *bullying*³² etc. O cultivo do estigma geração após geração alimenta uma crença rígida nas metarregras negativas.³³

Um fator que sustenta incrementar o estigma, como se ele fosse confirmado, ocorre quando alguém estigmatizado pratica um delito grave. Por exemplo, se a pessoa tem uma doença mental e pratica um delito, então o estigma da doença mental espalha-se como se confirmasse que todos com similar problema pudessem praticar os mesmos delitos, mas sabemos que milhões de pessoas têm a mesma doença e não representam perigo para a comunidade. Ou então, se um imigrante pratica um delito, estabelecesse uma relação de

atrocities against people 'whose only crime was that their parents had brought them into the world.' Churchill referred sceptics to *Mein Kampf*, where Jews were described as 'a foul and odious race.' But the inmates of these camps were not all Jewish. Under Hitler 'the slightest criticism' of the Führer and his criminal regime was 'an offence against the State'" – "Nenhum serviço anterior, nenhum patriotismo comprovado, nem mesmo feridas na guerra", poderiam prevenir atrocidades contra pessoas "cujo único crime foi seus pais tê-los trazidos ao mundo". Churchill se referiu aos céticos sobre *Mein Kampf*, onde judeus eram descritos como 'uma raça fétida e odiosa'. Mas os prisioneiros desses campos não eram todos judeus. Sob o regime de Hitler 'a menor crítica' ao Führer e seu regime criminoso era 'uma ofensa ao Estado'" (tradução livre – MANCHESTER, William. **The last lion**: alone. Toronto: Little Brown, 1988, p. 151). Sobre o tema também: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo**: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo. Tradução: Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180; CHURCHILL, Winston S. **Memoirs of the Second World War**. Boston: Houghton Mifflin, 1987, p. 3 e ss; BAACK, Gita Arian. **The inheritors**: moving forward from generational Trauma. Berkeley: She Writes Press, 2017, p. 2 e ss. BACILA, Carlos Roberto. **The life of dale carnegie and his philosophy of success**. San Bernardino (USA): Amazon, 2017, p. 181-182.

²⁸ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 2 e ss.

²⁹ *Ibid.*, p. 2 e ss.

³⁰ *Ibid.*, p. 27.

³¹ *Ibid.*, p. 2 e ss.

³² CBC NEWS. **Bullies have higher self-esteem, social success study**. 2015. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/bullies-have-higher-self-esteem-social-success-study-finds-1.3173387>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³³ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 2 e ss.

confirmação entre o fato de ser imigrante e ser também “perigoso”. Novamente, milhões de imigrantes são sérios, mas o fato de um estigmatizado praticar um delito pode atrair a atenção negativa para todos os outros estigmatizados, aumentando a crença nas metarregras negativas, ou criando novas metarregras negativas.³⁴

Bem, a polícia, o sistema penal e a sociedade como um todo estão inseridos nas armadilhas dos estigmas e em suas metarregras. E aqui começa a nossa história dos *serial killers*. É que, intrigado com os mistérios que envolvem os casos, e, tendo a oportunidade de realizar intenso trabalho na área de homicídios³⁵, passei a estudar os casos de *serial killers* mais conhecidos pela literatura especializada. Num belo dia, após eu ter feito um estudo de muitos casos em todo o mundo, a maçã caiu da árvore e (bingo!), eu havia feito uma constatação estarrecedora. Havia um fator comum em absolutamente 100% dos casos mais conhecidos de *serial killers*. Algo que poderia explicar por que o criminoso poderia ter sido descoberto já nos dois ou três primeiros homicídios praticados, porém, o caso somente ficava esclarecido depois que muitas outras vítimas eram assassinadas. Às vezes, dezenas de outras vítimas eram imoladas até que se conseguisse chegar ao criminoso. Citarei alguns exemplos:

No ano de 1971, duas moças de Liverpool pediram carona numa estrada da Austrália. O homem que parou o carro e ofereceu carona, utilizando-se de uma faca, cometeu estupro contra uma das moças e tentou matar as duas. Elas conseguiram escapar, mas a polícia preferiu não acreditar na história delas e não deu importância para o caso. Note-se que o suspeito era branco, com família constituída, proprietário de bens e trabalhava³⁶ – graças a isto deixou-se de responsabilizar Ivan Milat, que somente foi descoberto depois de ter feito muitas outras vítimas, que não puderam depor, porque foram assassinadas depois de muita tortura e sofrimento.³⁷

No ano de 1974, Theodore Bundy foi acusado por várias pessoas por tê-las atacado, mas os casos eram arquivados. Somente quando três mulheres juntas afirmaram insistentemente que ele as havia atacado é que se começou a levar a sério as acusações. Bundy foi preso, fugiu da prisão e voltou a matar. Teve longa vida criminosa, afinal, possuía uma aparência boa, tinha família, circulava nas universidades, e, quando estava no corredor

³⁴ Ibid., p. 2 e ss.

³⁵ Lembro-me bem de ter trabalhado em cinco homicídios em uma única noite, visitando, portanto, cinco locais de crime diferentes.

³⁶ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 255.

³⁷ CASOY, Ilana. **killer: louco ou cruel?** 7. ed. São Paulo: Madras, 2004, p. 27 e BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 253.

da morte para ser executado, casou-se com Carol Boone e teve um filho com ela. Com uma vida social aparentemente “normal”, ficou invisível para as investigações.

No ano de 1991, duas adolescentes, Sandra e Nicole, estavam conversando quando viram um jovem asiático correndo nu e sangrando. Chamaram a polícia. Quando os policiais chegaram, encontraram como suspeito um homem branco, loiro e de olhos claros, que justificou que era uma briga entre ele e seu namorado. A polícia chegou a ir até a entrada do apartamento do homem. O asiático parecia estar sedado e acreditou que os policiais iriam verificar o que havia dentro do apartamento, mas os policiais entenderam o caso como conflito entre dois namorados e foram embora. O asiático foi morto no mesmo dia pelo homem branco. O nome do homicida era Jeffrey Dahmer. Semanas depois, quando Tracy Edwards³⁸, um homem branco de 32 anos denunciou Dahmer, a polícia foi ao local e encontrou onze corpos cortados em pedaços.³⁹ Foi assim que Jeffrey Dahmer ficou conhecido como o Canibal de Milwaukee e foi retratado no filme “Meu amigo Dahmer”. Jeffrey era loiro; o jovem que foi morto, quase diante dos olhos da polícia, era asiático; as testemunhas eram adolescentes.⁴⁰ Note bem esta relação entre as testemunhas e a vítima (estigmatizadas), e o suspeito “normal”.

No caso Ivan Milat, as primeiras testemunhas e vítimas eram “caroneiras viajantes”. Sobretudo, eram mulheres. Também existe esta correlação suspeito “normal” e vítima “estigmatizada”.

No caso do *serial killer* de Green River, em Seattle, as vítimas normalmente eram prostitutas, enquanto que ele era estereotipado como “normal” (homem branco, com família constituída, trabalhava, possuía casa, automóvel etc.). Foi casado durante quatorze anos e a esposa o qualificava como gentil e atencioso. Só estranhava uma coisa: não havia tapetes em casa. Provavelmente porque as vítimas eram enroladas neles para serem descartadas. Nos primeiros casos de Green River, uma das vítimas conseguiu escapar da tentativa de esganadura no pescoço, mas ela era uma mulher e “prostituta”. Então, a polícia considerou como uma desavença por um programa sexual mal sucedido. Somente com o advento do DNA o *serial killer* foi descoberto, Gary Leon Ridgway, mas já havia deixado para trás mais de noventa vítimas de homicídio.

Outros casos são muito similares. Conhecido como trabalhador, boa aparência e caseiro, um homem “normal” chegou a ligar para a polícia várias vezes confessando os

³⁸ WIKIPEDIA. **Jeffrey Dahmer**. 2018. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Jeffrey_Dahmer#Arrest>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³⁹ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 253.

⁴⁰ Ibid., p. 255.

seus crimes, mas ninguém acreditava. Os policiais o descreviam como um bom moço.⁴¹ Na antiga União Soviética, Andrei Chikatilo foi investigado diversas vezes, mas a política soviética acreditava que *serial killers* era coisa de capitalismo. Chikatilo era casado, professor de matemática e integrava o partido comunista. Nunca se investigou profundamente as suas ações, embora fortíssimos indícios, vez por outra, lhe apontassem como grave suspeito de alguns casos. Até que um dia ele decidiu falar espontaneamente. Foi até a polícia e levou todos até 21 corpos de meninos, 14 de meninas e 18 de mulheres jovens.⁴²

Com John Wayne Gacy foi a mesma coisa. Branco, 36 anos, participava de tantas obras de caridade em sua cidade que a primeira-dama norte-americana Rosalind Carter o recebeu. Foi casado duas vezes, tinha filhos e era um empresário bem-sucedido. Só não contava que um policial resolvesse contrariar a tendência de não acreditar ou de não ter a percepção que o “normal” pode ser criminoso e investigou a fundo as tantas denúncias que ele havia escapado. Somente os corpos encontrados foram 33⁴³. Como Gacy se vestia de palhaço para agradar as crianças, ficou conhecido como O Palhaço.

O Canadá também teve os seus famosos. As atividades seriais de Paul Bernardo impressionam pela sua invisibilidade diante do sistema penal. Quando uma de suas vítimas, a sua própria ex-namorada bateu nas portas da polícia (e o fez várias vezes), alegando que teria sido estuprada por Paul, o caso foi interpretado como uma ex-namorada que queria se vingar de Paul, por ele ser bonito e não ter mantido o namoro. Aliás, ele era visto como o namorado ideal, pois era bem educado, líder de escotismo, participava de atividades em prol das crianças etc. No entanto, existem aspectos que chamam a atenção da sua não incriminação já nos primeiros casos. No bairro residencial onde vivia, em Toronto, vários crimes graves estavam sendo praticados e apareceram vários indícios de que Paul poderia estar envolvido com os crimes – o que requeria uma investigação muito séria. O carro usado era o mesmo; o retrato falado era a cara dele; o tipo sanguíneo era o mesmo (na época não era usual se fazer exame de DNA). O criminoso era descrito pelas vítimas com jovem bonito, bons dentes, altura de 1,83. Os seus treze primeiros crimes foram de estupro. Depois, Paul Bernardo passou a praticar também torturas e homicídios, associando-se a sua companheira Karla Homolka.⁴⁴

Portanto, qual é o fator comum entre os *serial killers*? Qual é esta característica que está em todos os assassinos seriais que os faz invisíveis para a polícia? Que signo, sinal ou

⁴¹ CASOY, Ilana. *Serial killer...* Op. cit., p. 150.

⁴² Ibid., p. 179.

⁴³ CASOY, Ilana. *Serial killer...* Op. cit., p. 160-161.

⁴⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia...* Op. cit., p. 254-255 e CASOY, Ilana. *Serial killer...* Op. cit., p. 128-129.

símbolo é este que os faz perpetrarem tantos crimes, a ponto de alguns homicidas em série nunca terem sido descobertos (Jack o Estripador, o Zodíaco etc.) ou, então, retardar-se em anos ou até décadas para que eles sejam descobertos? Conforme mencionado, estudei estes e tantos outros casos de *serial killers* e os descrevi no Capítulo 9 de meu livro.⁴⁵

O fator comum é que todos estes *serial killers* não possuem estigma. As metarregras negativas não lhes fazem ser percebidos como possíveis criminosos. Eles usualmente são homens ou mulheres não estigmatizados, ou, conforme denominei, são “normais”, isto é, usualmente homens casados, com ocupação profissional, certo reconhecimento social, sinais de “pessoa normal”. Alguns até foram descritos como “belos”, como aconteceu no Canadá, no caso Paul Bernardo, ou nos Estados Unidos, no caso Teddy Bundy. A ausência de estigmas atua como uma espécie de camuflagem para o crime. Ao não ter estigma, e, conseqüentemente, faltarem-lhe as metarregras dos estigmas, que fazem as pessoas ficarem superatentas para as características negativas existentes ou não no outro, os investigadores procuraram um monstro terrível, mal vestido, sujo, pobre, feio nas redondezas de Whitechapel. Nesse distrito de Londres, onde as mulheres eram mortas pelo Jack Estripador, os policiais pediam informação sobre o suspeito para o respeitável cavalheiro que estava próximo do corpo, e, agindo assim, nunca descobriram quem era o Jack Estripador⁴⁶.

Mais recentemente, depois de Jack Estripador, talvez o mais famoso *serial killer* não encontrado tenha sido o Zodíaco. Notório pelos enigmas que mandava para a própria polícia, a melhor chance de ter sido localizado ocorreu quando uma testemunha observou pela janela de um prédio ele assassinar pelas costas o motorista de táxi que lhe transportou até um parque. A testemunha descreveu-o como homem branco. A polícia chegou rapidamente e cercou o local, mas a pessoa que operava no rádio da polícia descrevera o suspeito como “*homem negro*”. E a polícia encontrou o suspeito, mas ele era *branco*. Então o policial pediu informações e o próprio Zodíaco disse que havia visto o suspeito correr por uma rua. Todos foram embora e deixaram o Zodíaco também ir embora sem nunca ter sido responsabilizado, escapando do funil que fala Velloso. Por que o operador do rádio cometeu tão grave engano descrevendo o suspeito como negro? Bem, sabe-se que a polícia conversou com o Zodíaco, pois ele depois escreveu sobre isto, nem mesmo ele entendendo o motivo de não o terem prendido.⁴⁷

⁴⁵ Estudei estes casos no Capítulo 9 do livro “Criminologia e estigmas” (BACILA, Carlos Roberto. Op. cit., p. 239 e ss).

⁴⁶ DOUGLAS, John; OLSHAKER, Mark. **Mentes criminosas e crimes assustadores**. 2. ed. Tradução: Octávio Marcondes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 2 e ss.

⁴⁷ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 254.

Mas esta não é só a história distante que ocorreu em Londres do passado, ou, quem sabe, no caso das bruxas julgadas e condenadas na Idade Média. Sim, conforme deduzi, na Idade Média também havia assassinos seriais, mas provavelmente as bruxas é que eram as condenadas por tais crimes bizarros.⁴⁸ Não, este não é um caso somente de filmes ou do passado. O erro induzido pelos estigmas é o caso real do dia a dia nas investigações de homicídios em série. Sim, o retardamento nas investigações não é má vontade ou desídia de quem quer que seja. Policiais trabalham duro para resolver casos graves como estes, mas o que ocorre é a incidência do fator das metarregras negativas, estigmas que desviam o foco da investigação, fazendo com que o verdadeiro criminoso “não possa ser ele” nas mentes humanas, porque ao verdadeiro assassino faltam os sinais típicos e estereotipados dos criminosos no imaginário da população. O problema das metarregras negativas, estigmas, não ocorre somente na mente dos policiais, mas das testemunhas, da mídia, dos vizinhos, dos promotores, dos juízes, enfim, de toda a sociedade. Isto é realidade pura e material.

Façamos agora uma comparação entre o recentemente descoberto *killer* de Toronto, Bruce MacArthur, e os casos que estudei. Bruce MacArthur tem 66 anos de idade, trabalhava como paisagista, é branco, participava de atividade comunitária religiosa, em seu perfil de rede social mostra a foto de quando atuou como papai Noel, viajou bastante, participou de programa na TV, possui duas filhas. Vive uma vida socialmente respeitável. Pessoas que o conheciam o descreviam como gentil – uma de suas clientes de jardinagem, por exemplo, disse que ele era gentil, solidário, participava de atividades comunitárias.⁴⁹ Situação financeira estável, morador de imóvel convencional, bairro de habitação considerado de bom nível, enfim, *status* que denomino como “*normal*”, e que confere com os casos mais difíceis para a polícia investigar.

Mas vejamos se também no caso Bruce MacArthur poder-se-ia ter chegado à conclusão de que ele era um forte suspeito, desde o início. Claro que se isto ocorresse e ele fosse responsabilizado, vidas humanas teriam sido salvas.

Neste ponto, é importante ressaltar mesmo que não estou tratando simplesmente de julgar trabalho policial. Não mesmo. Sei o quanto é duro passar noites em claro até o dia raiar, cuidando do que tem de mais grave dos conflitos humanos. Também fui policial e trabalhei com pessoas de completa dedicação à sociedade. Não, a responsabilidade é de todos. Alguma testemunha se calou, algum promotor pode ter desistido do caso, algum juiz não concedeu uma medida solicitada pela polícia, algum repórter não quis ir adiante na

⁴⁸ Ibid., p. 252.

⁴⁹ CBC NEWS: THE NATIONAL. **Three new victims in Toronto serial killing**. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9u6g6G66lcM>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

matéria, algum servidor público deixou de contribuir ao fiscalizar algo, algum professor não deu importância a um relato de um aluno. Do juiz ao promotor, do atendente ao cidadão que viu algo suspeito e preferiu não fazer nada, a responsabilidade é de todos. Quando se trata de um significado social errôneo (estigma) o que se procura não é achar culpados, mas esclarecer o assunto da melhor maneira possível. Livrar a sociedade do estigma. Em minha pesquisa sobre os principais estigmas, desde o surgimento deles, constatei a sua nascença não tem base racional. E mesmo as melhores cabeças se deixam iludir pelas metarregras negativas.

Voltemos ao caso. Em outubro de 2001, Bruce MacArthur fora acusado de roubo com emprego de arma de fogo (*assault with weapon*) e de mais duas acusações de porte de arma e roubo. Uma de suas penas foi a de ficar longe da comunidade gay, na época, mas o juiz do caso decidiu que ele não deveria ficar preso.

Será que se o acusado de crimes desta natureza fosse um estigmatizado, ele estaria livre da prisão? A natureza deste escrito não permite ir tão longe, mas o fato é que, 17 anos depois, Bruce MacArthur foi preso por crimes perpetrados durante anos. O lapso de 17 anos praticando homicídios seriais é muito grande para que uma pessoa fique sem nenhuma suspeição séria. Note-se que as metarregras atuam em toda a sociedade, inclusive nas decisões judiciais. Uma condenação anterior não é sinal de que alguém é suspeito de ter praticado um delito posterior, mas se a decisão do juiz foi a de afastar Bruce MacArthur da comunidade gay, isto indica um conflito sério que, aliás, envolveu arma de fogo e violência. Agora, novamente Bruce MacArthur estava se relacionando com pessoas homoafetivas e algumas delas estavam desaparecendo. Isto é um indício forte? Parece-nos que sim. Em 2010 tem-se notícia de um grave desaparecimento. Outro desaparecimento, de Majeed Kayhan, ocorreu em outubro 2012. Outra vítima foi Soroush Mahmudi (desaparecido em 2015). Estas pessoas não foram abduzidas. Alguns indícios foram deixados no caminho. A polícia de Toronto, ao que tudo indica, investigou o assunto. Uma das operações para investigar os desaparecimentos, denominada *Houston* (por causa da famosa frase "*Houston we have a problem*"), foi desencadeada, sem que se conseguissem resultados.

O problema do estigma das vítimas não pode ser desconsiderado. A mídia lembrou que as vítimas eram pessoas usualmente desprestigiadas pelo sistema penal, sugerindo que talvez não tivessem atraído o suficiente a atenção da comunidade. Conforme notícias divulgadas, três das vítimas eram imigrantes, três pertenciam a uma comunidade gay e eram pobres. Foi apontada uma provável relação homoafetiva entre MacArthur e Kinsman, uma de suas vítimas.⁵⁰ Duas vítimas não tinham conexão com a comunidade gay, mas a tendência é fazer-se uma vinculação, quem sabe, para justificar inconscientemente que

⁵⁰ CBC NEWS: THE NATIONAL. Op. cit.

a vítima poderia ter alguma espécie de culpa. Uma das vítimas era, inclusive, sem teto.⁵¹ Sobre este assunto das vítimas, novamente encontramos mais uma conexão com os outros casos de *serial killers* “normais”.

Lembremos das vítimas mais frequentes dos casos que mencionamos. Conforme relatei nos casos mencionados, por exemplo, de Jeffrey Dahmer (estigma da vítima “asiático”, “homoafetivo”), Ivan Milat (estigma da vítima “mochileiras” e “caroneiras”), Chicatilo (estigma da vítima “crianças”), Green River (estigma da vítima “prostitutas”), Ted Bundy (estigma da vítima “estudantes”) etc. Somente pelo fato da vítima ser mulher e de o autor do delito ser homem, já existe uma grande barreira para o trabalho. Fiz um estudo de caso de sequestro em que o sequestrador era homem e duas vítimas mulheres, uma das quais ex-namorada. Concluí, fundamentadamente, que os erros policiais que culminaram com uma das mulheres baleadas e a outra morta, em grande parte, decorreram de metarregras que derivaram do estigma da mulher⁵². A mulher é historicamente vítima de “violência doméstica do parceiro”.⁵³ Quando uma vítima estigmatizada desaparece, tendemos a acreditar que está voluntariamente se envolvendo com problemas, e aí por diante.

As metarregras estigmas induzem as pessoas da comunidade a acreditarem que o “normal” não pode ser o criminoso e se a vítima é estigmatizada, as coisas se tornam ainda mais difíceis. O criminoso deve ser o estigmatizado, no imaginário coletivo, embebido pelos estigmas como metarregras. Ao menos esta é a tendência em absolutamente todos os casos relevantes de *serial killers* que estudei.

O que fazer então, para tentar evitar lapsos e falta de percepção de potenciais suspeitos em investigação de *serial killers*? Acredito que a solução seja bem mais simples do que se imagina. Na ocasião em que comentei o caso de um sequestro com morte de refém no Brasil, mencionei o que suponho ser uma coerente via para lidar com o problema das metarregras negativas que atuam nestes casos. Enunciei três sugestões que suponho também serem pertinentes para o caso em discussão, bem como as investigações de *serial killers* de uma maneira geral. Evidentemente, são apenas sugestões baseadas em minha experiência, pesquisa de campo e estudo teórico combinados.

⁵¹ Ibid.

⁵² Este artigo foi publicado em diversas revistas físicas e virtuais. Por exemplo: BACILA, Carlos Roberto. O fantasma de Lindbergh e o cativo com morte em São Paulo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 31, p. 151-159, out./dez. 2008. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/novo/conteudo/direito/artigo_fantasma.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁵³ Ibid. Sobre a influência das metarregras estigmas no judiciário, ver, por exemplo, o excelente trabalho de ALMEIDA, Camila Martins de. Estigmas como metarregras da atuação jurisdicional. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Cimas, n. 19, 2007/2008, p. 141-149. Sobre a mulher e a legislação protetiva brasileira: HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha com nome de Mulher**. Campinas: Servanda, 2007, p. 13 e ss.

1) É certo que policiais do mundo todo procuram, na atividade de rua, características dos suspeitos que são indicadoras de criminalidade⁵⁴. Três homens vestindo casacos enormes num dia de calor e aproximando-se de uma joalheria podem estar sinalizando um roubo, não o fato de eles serem negros ou pobres, imigrantes ou integrantes de uma determinada religião. No entanto, estudos demonstram o contrário, isto é, que as características das metarregras estigmas são tradicionalmente procuradas nos suspeitos⁵⁵. No caso dos estigmas como metarregras, ainda que o policial, juiz ou promotor acredite que está agindo com imparcialidade, mesmo assim, as metarregras tendem a desviar o foco de suspeitos “normais” ou não estigmatizados. O desvio é sutil, mas ocorre de forma profunda ao atrapalhar a resolução de casos graves como na de investigação de *serial killers*. Portanto, cursos poderiam ser ministrados para integrantes do sistema penal, tais como policiais, promotores e juízes⁵⁶ etc., no sentido de entender como funcionam as metarregras estigmas, ainda que a pessoa “acredite” que não tem preconceitos. Também nas academias de polícia e nos cursos de direito poderiam ser incluídas disciplinas para estudo das metarregras estigmas, bem como do seu induzimento a erros em investigações e operações, em decisões judiciais e em opções do promotor, como o objetivo de incrementar o nível de acertos e de solução de casos graves, protegendo as vítimas atuais ou potenciais. A quantidade de casos para estudo é muito extensa, como, por exemplo, a literatura sobre *serial killers* e o caso acima tratado.⁵⁷

⁵⁴ Richard Quinney observa bem que “*The policeman, using a probabilistic model of law enforcement, looks for characteristics in the suspect that may indicate ‘criminal behavior’.* Thus, the outward appearance and demeanor of the suspect are most important” – “O policial, usando um modelo probabilístico de aplicação da lei, procura por características no suspeito que devem indicar ‘comportamento criminoso’. Assim, a aparência externa e comportamento do suspeito são mais importantes” (tradução livre – QUINNEY, Richard. **Crime and justice in society**. Toronto: Little Brown, 1969, p. 11).

⁵⁵ Ver, por exemplo, o estudo apontado por QUINNEY: “*A study by Piliavin and Briar of how juvenile cases are handled showed that the decision of whether or not to bring a boy to the station and other decisions made at the station ‘were based largely on cues from which the officer inferred the youth’s character’.* The cues included the youth’s demeanor, group affiliations, age, race, grooming, and dress. Uncooperative youths, members of known delinquent gangs, older boys, Negroes, and youths with well-oiled hair, black jackets, and soiled denims or jeans received the more serious dispositions. Obviously, more than the initial act of the suspect is considered whenever an arrest is made” – “Um estudo de Piliavin e Briar sobre como casos juvenis são tratados mostrou que a decisão de trazer ou não um garoto para a delegacia e outras decisões feitas na delegacia ‘eram baseadas em grande parte em pistas a partir das quais o policial inferia o caráter da juventude’. As pistas incluíam o comportamento do jovem, afiliações a grupos, idade, raça, aparência e vestimentas. Jovens não cooperativos, membros de gangues delinquentes conhecidas, meninos mais velhos, negros, e jovens com cabelos bem lubrificados, jaquetas pretas, e jeans ou jeans sujos recebiam disposições mais severas. Obviamente, mais que o ato inicial do suspeito é considerado quando a prisão é feita” (tradução livre – QUINNEY, Richard. **Crime and justice in society**. Toronto: Little Brown, 1969, p. 11).

⁵⁶ Sobre discriminações de negros e pobres nas cortes americanas ver, por exemplo: CAMPBELL, James S.; SAHID, Joseph R.; STANG, David P. **Law and order reconsidered**. Washington D.C.: Government Printing Office, 1969, p. 35.

⁵⁷ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia...** Op. cit., p. 2 e ss.

- 2) A falta de estigma de um sujeito não pode lhe servir como escudo para investigação de crime, especialmente de crime de alta gravidade. Presente o estigma, deve-se respeitar os direitos humanos, conferindo as mesmas oportunidades que os não estigmatizados. Deve-se pois, negar a interferência do estigma na atuação do sistema penal.
- 3) A proteção da vítima deve ser importante sempre, mesmo que a vítima tenha estigma. Nos casos comentados, dever-se-ia ir contra a tendência de que os estigmatizados são vítimas aceitáveis, negando-se o estigma.

O aspecto irônico da discriminação ou da estigmatização reside na dissipação de energia que constitui o comportamento de quem agride, simplesmente pelo estigma, um negro, gay, mulher, religioso, imigrante, pobre, morador de um determinado bairro etc. Enquanto isso, um “normal” pode estar matando um ente querido ou se apropriando de dinheiro público.

Mencionei Sutherland no início deste escrito e gostaria de retornar a ele com uma citação que sempre me impressionou, pela sua força e realidade: “Quando uma sociedade ou grupo menor desenvolve um interesse unificado por crimes que afetam seus valores fundamentais e comuns, ela geralmente consegue eliminar ou pelo menos reduzir grandemente o crime”⁵⁸. O estigma nada tem a ver com o crime. O estigma não tem base racional. Entretanto, há um desvio impressionante quando se trata do sistema penal e do erro em decorrência dos estigmas.

A polícia deve ter recursos humanos e materiais para elucidar crimes de toda natureza. Evidentemente que este suporte não pode faltar aos oficiais da lei.⁵⁹ Por outro lado, não se pode pretender procurar no sistema penal a solução para todos os males. Ao contrário, o sistema penal só deveria ser atuante em casos de última alternativa, como nos delitos de homicídio doloso. A sociedade deve encontrar mecanismos mais adequados e menos lesivos para resolver conflitos em casos mais brandos. Gostaria de poder explicar mais detalhadamente estes pontos de vista, pois um artigo desta natureza não permite maior aprofundamento. Entretanto, críticas e sugestões serão sempre bem-vindas. Gostaria de dedicar este escrito aos Professores João Velloso e Mary Eve da Universidade de Ottawa, Canadá.

⁵⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de criminologia**. Tradução: Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949, p. 17.

⁵⁹ Sobre o tema ver SANTOS, Celio Jacinto. **Investigação criminal especial**: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 92 e PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p. 343-344.

CONCLUSÃO

O tema da seletividade do sistema penal tem sido evidenciado pela Criminologia contemporânea. Conforme se viu no magistério de João Velloso, há um colossal afunilamento de pessoas para a responsabilização penal, sendo que muitos escapam do sistema penal, em detrimento de outros que são clientes preferenciais. Ao estudar sobre a seletividade penal, efetuei uma pesquisa sobre os estigmas que em geral atuam como metarregras negativas, isto é, como regras práticas informando conceitos equivocados sobre pessoas que possuem estigmas. Considero que o estigma é uma marca objetiva (cor da pele, pobreza, mulher, comportamento não convencional) que possui um conceito social depreciativo. Em geral, a pessoa que possui estigma, em decorrência das metarregras negativas, recebe o tratamento mais duro e injusto da sociedade em geral e do sistema penal em especial. Efetuamos a aplicação do conceito de estigma em casos concretos, e, aparentemente, evidenciou-se que muitos erros grosseiros decorrem da indução das metarregras derivadas dos estigmas.

Após estudar-se o caso Bruce MacArthur, indiciado pela polícia pela prática de homicídios em série na cidade de Toronto, no Canadá, observou-se que o caso apresenta um fator comum com outros casos de *serial killers* que tiveram grande repercussão pela elevada quantidade de vítimas feitas. O fator comum é que MacArthur não possui estigmas, o que dificulta sobremaneira a atuação do sistema penal, tendo em vista o usual afunilamento de pessoas estigmatizadas para a responsabilização criminal. Outra coincidência com todos os outros casos estudados é que as vítimas são estigmatizadas, o que dificulta ainda mais a visualização do caso com elevada gravidade. Com efeito, há grande dificuldade do sistema penal em lidar com criminosos de alta lesividade a bens jurídicos quando se trata de suspeito considerado “normal”. O resultado é que alguns *serial killers* poderiam ser identificados quando praticaram os seus primeiros homicídios, porém, sob o influxo das metarregras, os casos se arrastam por vários anos.

Finalmente, sugeri fatores que podem contribuir nas referidas investigações, processamentos e julgamentos. Reconhecendo-se a necessidade de superação das atividades que são influenciadas por estigmas, sugere-se a criação de cadeiras nas academias policiais e nos cursos para juízes e promotores, com o objetivo de treinamento para a atuação livre das metarregras estigmas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Camila Martins de. Estigmas como metarregras da atuação jurisdicional. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, n. 19, p. 141-149, 2007/2008.
- AMAZING BOOKS. **Dale Carnegie's biography**. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=uDZKbSzOSgE>>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- _____. **Dale Carnegie's Biography: "The Life of Dale Carnegie and his Philosophy of Success"**. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=13CG3Pkbfpq>>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- BAACK, Gita Arian. **The inheritors: moving forward from generational trauma**. Berkeley: She Writes Press, 2017.
- BACILA, Carlos Roberto. Ação controlada na investigação da criminalidade organizada. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). **Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 219-247.
- _____. **Criminologia e estigmas**. 4. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2015.
- _____. **Introdução ao Direito penal e à criminologia**. Curitiba: Intersaberes, 2017.
- _____. O fantasma de Lindbergh e o cativo com morte em São Paulo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 31, p. 151-159, out./dez. 2008. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/novo/conteudo/direito/artigo_fantasma.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.
- _____. **Teoria da imputação objetiva no Direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. **The life of Dale Carnegie and his philosophy of success**. 2013. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/BIOGRAPHY-Carnegie-Philosophy-Success-English-ebook/dp/B00CA1SO0A/ref=sr_1_1?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1498666962&sr=1-1&keywords=the+life+of+dale+carnegie+and+his+philosophy>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- _____. **The life of Dale Carnegie and his philosophy of success**. San Bernardino: Amazon, 2017.
- CBC NEWS. **Bullies have higher self-esteem, social success study**. 2015. Disponível em: <[findshhttp://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/bullies-have-higher-self-esteem-social-success-study-finds-1.3173387](http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/bullies-have-higher-self-esteem-social-success-study-finds-1.3173387)>. Acesso em: 07 mar. 2018.
- _____. **Image of unidentified man believed to be a victim of Bruce McArthur released by police**. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2KhD1WekzfU>>. Acesso em: 07 mar. 2018.
- CBC NEWS: THE NATIONAL. **Three new victims in Toronto serial killing**. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9u6g6G66lcm>>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- CAMPBELL, James S.; SAHID, Joseph R.; STANG, David P. **Law and Order Reconsidered**. Washington D.C.: Government Printing Office, 1969.
- CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?** 7. ed. São Paulo: Madras, 2004.
- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de: Eliana Granja et al. São Paulo: RT, 1995.
- CHAPMAN, Arthur. Out where the west begins. In: FELLEMAN, Hazel. **The best loved poems of the American people**. New York: Double Day and Company, 1958. p. 105-185.
- CHAPMAN, Denis. **Sociology and the stereotype of the criminal**. London: Tavistock, 1968.
- CHURCHILL, Winston S. **Memoirs of the Second World War**. Boston: Houghton Mifflin, 1987.
- DOUGLAS, John; OLSHAKER, Mark. **Mentes criminosas e crimes assustadores**. 2. ed. Tradução: Octávio Marcondes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- GIBSON, Victoria. Police to wrap up search for alleged serial killer victims at Leaside home. **The Star**, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.thestar.com/news/crime/2018/02/13/no-more-human-remains-in-search-for-serial-killer-victims-at-leaside-home.html>>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
- GOULDNER, Alvin W. **Renewal and critique in sociology today**. New York: Basic Books, 1973.
- HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha com nome de mulher**. Campinas: Servanda, 2007.
- HULSMAN, Louk H. C. et al. **Abolicionismo penal**: la criminología crítica y el concepto de delito. Tradução: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. ed. México (DF): Siglo Veintiuno, 1992.
- LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução: Maristela Tomasini e Oscar Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- MANCHESTER, William. **The last lion**: alone. Toronto: Little Brown, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo**: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo. Tradução: Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NEWTON, Ken. A story of aspiration continues. **News-Press & Gazette Company**, jul. 2013. Disponível em: <http://www.newspressnow.com/opinion/columns/newtons_law/article_2cb3d1a0-4a4f-5c02-bcf0-a6cf01f56aeb.html>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010.
- QUINNEY, Richard. **Crime and justice in society**. Toronto: Little Brown, 1969.
- SACK, Fritz. **Crime, law and social change – socio-political change and crime**: a discourse on theory and method in relation to the new face of crime in Germany. Netherlands: Kluwer Academic, 1995.
- SALZMANN, Zdenek. **Language, culture and society**: an introduction to linguistic anthropology. 2nd ed. Boulder: Westview, 1998.
- SANTOS, Celio Jacinto. **Investigação criminal especial**: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de criminologia**. Tradução: Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

_____. White-collar criminality. **American Sociological Review**, Indiana, v. 5, n. 1, Feb. 1940.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**. 7. ed. Lippincott: Philadelphia; New York, 1966.

UNICESUMAR. **Jornalismo da Unicesumar é premiado no 18º Prêmio Sangue Novo**. 2013. Disponível em: <<https://www.unicesumar.edu.br/jornalismo-da-unicesumar-e-premiado-no-18o-premio-sangue-novo>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

VELLOSO, João. **Contributions des études sur la délinquance des élites à la compréhension de la gestion de la criminalité de rue**. **Criminologie**, Montreal, v. 49, n. 1, p. 153-178, 2016.

_____. **Sentencing**: theory and practice. Aula de Criminologia proferida na Universidade de Ottawa, Canadá, 02 fev. 2018.

WIKIPEDIA. **Jeffrey Dahmer**. 2018. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Jeffrey_Dahmer#Arrest>. Acesso em: 01 mar. 2018.

REFLEXÕES SOBRE A PENA EM HEGEL: (IN)COMPREENSÃO E DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO

REFLECTIONS ABOUT CRIMINAL SANCTION IN HEGEL: (IN)COMPREHENSION AND DIFFICULTY OF OVERCOMING

Antônio Salomão Neto¹

Décio Franco David²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma reflexão sobre a finalidade da pena para o filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel e demonstrar como a doutrina apresenta uma interpretação inadequada de sua proposta. Para tanto, apresenta, inicialmente a estrutura do Direito para o filósofo e como ele compreende o Estado a partir de uma concepção racional pautada em liberdades. Posteriormente, parte para a definição de crime para Hegel, valendo-se da compreensão do conceito de *Unrecht* por ele utilizado. Em seguida, é apresentada a proposta hegeliana de pena (conhecida atualmente como teoria retributivista) e sua finalidade. Ao final do trabalho é feita uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da teoria de Hegel nos dias atuais e a dificuldade de sua superação, ainda que necessária.

Palavras-chave: Pena; Hegel; Teoria Retributivista.

ABSTRACT

This study aims to carry out a reflection about the purpose of punishment for the German philosopher Georg Wilhelm Friedrich Hegel and demonstrate how the doctrine presents

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). *E-mail*: antoniosalomao95@hotmail.com

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário. Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Advogado criminalista. *E-mail*: contato@professordeciodavid.com

an inadequate interpretation of his proposal. Therefore, it presents, initially, the structure of the Law to the philosopher and how he understands the State from a rational form guided on freedoms. Later, parts of the definition of crime to Hegel, using the understanding of the concept of *Unrecht* used by him. Then, shows the Hegelian proposal penalty (currently known as retributive theory) and its purpose. At the end of the work, is made a reflection about the possibility of application Hegel's theory today and the difficulty of overcoming it, even necessary.

Keywords: Criminal Sanction; Hegel; Retributivism Theory.

INTRODUÇÃO

Certamente um dos temas mais debatidos dentro da seara do Direito penal diz respeito à finalidade da aplicação de penas – até porque é uma das premissas básicas para qualquer postulado teórico sobre o próprio Direito penal. Ao longo da evolução da dogmática penal, muitas teorias foram apresentadas tentando justificar as razões pelas quais se pune os autores de delitos³.

No entanto, a praxe forense e a realidade do sistema carcerário nacional demonstram que propostas doutrinárias inovadoras (como, por exemplo, a teoria da Prevenção Geral Positiva do Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin) não têm alcançado sua finalidade material diante do discurso apresentado⁴. Em outras palavras, há uma incompletude estrutural entre o que se espera da pena e o que realmente se alcança com ela. Alguns autores indicam que uma das razões dessa incoerência estrutural parte da tradicional atividade de se atribuir uma finalidade ao Direito penal e outra à pena⁵.

Por tal motivo, parece haver acerto indiscutível na proposta de que a finalidade do Direito penal é exercer o controle social do intolerável, de modo que qualquer outra finalidade atribuída à pena acabe por estar contida nessa finalidade maior, atribuída a este ramo científico⁶. Principalmente, em razão de que em respeito ao princípio da intervenção

³ Acerca da evolução das teorias da pena: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 196-270.

⁴ Para Roxin, a pena deve proporcionar um efeito de prevenção geral no momento da sua cominação, da sua aplicação e na própria execução, congregando em si aspectos distintos do efeito preventivo. A tese do professor de Munique possui três pontos principais: 1) a finalidade exclusivamente preventiva da pena; 2) a renúncia a qualquer critério retributivo na aplicação da pena, e; 3) a limitação do Estado pelo princípio da culpabilidade, adotando-se, portanto, critérios de proporcionalidade à ofensa praticada. Sobre o assunto: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2007, p. 95 e ss; ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 15 e ss.

⁵ Nesse sentido, analisando a diferença entre função e finalidade: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99-100; BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31-41; DAVID, Décio Franco. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do Direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015, p. 19-25.

⁶ Conforme afirma BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 477.

mínima, primeiramente há que se respeitarem as esferas extrajurídicas e, dentro das jurídicas, as esferas extrapenais de exercício do controle social⁷.

De qualquer modo, embora o discurso crítico jurídico permita tais derivações, é certo que o caráter punitivo da pena possui em si um aspecto de retribuição pelo delito praticado. Conforme preleciona Winfried Hassemer, uma compreensão da pena nos dias atuais reforça a ideia de que ela se constitui enquanto a negação da negação do direito, não apenas no papel ou na academia, mas, essencialmente, no discurso público sobre as normas que são indeclináveis à sociedade⁸. Assim, a proposta dialética de finalidade da pena proposta por Georg Wilhelm Friedrich Hegel recebe a atenção dos holofotes atuais da dogmática penal.

1 QUAL É A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL?

Georg Wilhelm Friedrich Hegel é um dos mais importantes filósofos da história. Seu pensamento percorre desde epistemologia, gnoseologia, ciência da natureza até política. De forma ímpar, Hegel organiza todo seu estudo de forma sistêmica, tendo como cerne estruturante o *Espírito (Geist)*⁹. O *Espírito* é, enquanto exteriorização e retorno, a consciência que busca a verdade sobre si. Nesse ponto, a introdução ao sistema hegeliano é desempenhada pela *Fenomenologia do Espírito*, lançada em 1807.

Dono de uma escrita complexa, Hegel faz questão de abordar alguns temas mais de uma vez em seus diversos livros e, algumas vezes, com abordagens diferentes. É o caso do crime e da punição. Hegel se debruçou distintas vezes sobre esse assunto, preocupando-se não apenas com as características da punição, mas também com a arbitrariedade como evento concreto e com a relação entre punição e destino. Fez isso nas obras *Ciência da Lógica*, *Primeiros Escritos Teológicos*, *O Espírito do Cristianismo e seu*

⁷ Sobre as diversas formas de controle social: SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154 e ss. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 13 e ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 31 e ss.

⁸ HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 344.

⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. [Optou-se aqui por usar a mesma terminologia usada na *Fenomenologia*. Hegel ainda desenvolve uma filosofia do Espírito, na qual o direito, moralidade e eticidade representam a exteriorização, caracterizando-se como Espírito objetivo].

*Destino e Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*¹⁰. Contudo, foi apenas neste último livro que a abordagem se deu de forma mais aprofundada¹¹.

Foi através da análise da vontade e da liberdade – e de suas correlações e desdobramentos – que Hegel desenvolveu o tema e a filosofia do “direito”. Vale lembrar que para o *velho filósofo*¹² a filosofia é uma ciência, tendo por objeto o conceito. Logo, uma filosofia do Direito não se preocupa com sua forma contingente ou empírica – é importante destacar que não se debruça sequer sobre a exaustiva análise histórica das instituições e por chegar ao ponto de explicar como era uma instituição qualquer no momento de seu surgimento, acredita conhecer sua essência, mas, em verdade, não se aproxima de fazê-lo¹³.

Então, para demonstrar qual é a função ou finalidade da pena em Hegel, faz-se necessária uma reflexão sobre como o filósofo estrutura o Direito. Para isso, o presente trabalho optou pelo trajeto realizado por Hegel em seu célebre livro *Filosofia do Direito*. O estudo se projeta sobre a primeira seção intitulada *Direito Abstrato*, na qual se encontram as explicações hegelianas sobre crime e punição.

2 DIREITO E SUA ESTRUTURA EM HEGEL

Para melhor apresentar o que Hegel entende por Direito (fugindo-se das reduções teóricas encontradas em diversos manuais), optou-se por oferecer pontos gerais da estrutura deste e suas relações com moral. Aludir essas relações é demonstrar o lugar em que o peculiar pensamento do professor de Jena se encontra na História.

Sabe-se que, na tradição alemã, *Recht* era usado para “designar regras e instituições legais, em contraste com moralidade e vida ética”¹⁴. Faz parte do desenvolvimento do Direito contrastar estes três campos para, no final, admitir pontos tangíveis entre eles. O curioso é que à época de Hegel os juristas expoentes admitiam (Fries, por exemplo)¹⁵

¹⁰ INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997, p. 264.

¹¹ *Ibid.*, Op. cit., p. 265. [Foi no estudo feito no livro *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito* que Hegel se preocupou com correlacionar crime e pena, seus caracteres estruturais e suas relações com o Sistema de Direito].

¹² MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leandro de Deus. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. [Neste livro, Marx se refere a Hegel como o *velho filósofo*].

¹³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 6.

¹⁴ INWOOD, Michael. Op. cit., p.104.

¹⁵ *Ibid.*

que a ideia de *Recht* só se referisse a condutas externas, enquanto moralidade era algo estritamente subjetivo¹⁶.

Porém, o filósofo não se apegou à posição dos juristas e preferiu estratificar estes três conceitos (direito, moralidade e vida ética) sob a mesma denominação: *Direito*. Então, no livro base para esse trabalho, Hegel usou *Recht* em um sentido mais amplo¹⁷. Não que isso signifique uma imprecisão terminológica. Pelo contrário. Trata-se do *modos operandi* que Hegel encontrou para expressar suas ideias. Como explica Michael Inwood, o fato de se cogitar um possível conflito entre direito e moral se deve ao fato de que o legalmente exigido pode ser imoral. Contudo, para Hegel, não pode haver essa hipótese, pois o Direito, além de ser moral, não representa a consciência subjetiva de seus cidadãos. O direito¹⁸ que aparece pode ter defeitos. Entretanto, “esses defeitos são percebidos, não pela consciência moral individual, mas por um exame da racionalidade inerente no próprio direito”¹⁹.

Sendo Direito um conceito que engloba moralidade e vida ética, pergunta-se: qual é a definição de *Direito*? Em específico, o que Hegel quer dizer com “direito abstrato”?

De acordo com Hegel, Direito é o campo onde se realiza a liberdade na história. De modo mais simples, o Direito, para o filósofo, reflete como a liberdade é representada na história²⁰. É importante saber que a liberdade começa com o pensamento livre e que para Hegel não representa um livre-arbítrio de fazer o que o *Eu* quer, mas sim exige uma correlação de reconhecimento entre sujeitos que se tornam pessoas²¹. Logo, Direito não é uma restrição, mas sim a mais alta, racional e sistêmica realização da liberdade.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p.105.

¹⁸ Explica-se que o termo nessa passagem se refere ao direito contingente e não ao campo do saber, por isso a primeira letra está minúscula. As diferentes formas de rubrica no texto seguem essa diferenciação aqui explicada.

¹⁹ INWOOD, Michael. Op. cit., grifo nosso.

²⁰ “o direito é, ao mesmo tempo, o veículo de construção social – a estruturação da solução de conflitos – e o artefato por meio do qual a humanidade da racionalidade moderna se expressa. [...] A história é o progresso da consciência humana à medida que esta trava as lutas dialéticas de seu tempo” (MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: M. Fontes, 2006, p. 211).

²¹ Acompanhando essa linha de raciocínio, Vladimir Safatle afirma que para Hegel “a vontade livre que delibera não delibera sob a forma do arbítrio. Pois quem diz arbítrio diz escolha tendo em vista o conteúdo mais adequado para a forma da vontade. Eu escolho entre possíveis que aparecem para mim como realizações possíveis da minha vontade. No entanto, isso pressupõe que a autodeterminação da forma da minha vontade livre não porta, em si, o conteúdo no qual ela se realiza, o modo de sua efetivação. Por isso Hegel deve dizer que somente o elemento formal da autodeterminação livre é imanente ao arbítrio, e o outro elemento, em contrapartida, lhe é algo dado, o arbítrio, se é que ele de ser a liberdade, pode com certeza ser chamado uma ilusão” (SAFATLE, Vladimir. **Grande Hotel Abismo**: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 71).

Como afirma Joaquim Carlos Salgado, analisando o pensamento hegeliano, a ideia do Direito é “vontade (razão prática que age) existente (no indivíduo – pessoa que age) livre (que tem como conteúdo a liberdade) e consciente de si”²². Então, cada tempo tem seu direito e é, precisamente, esse direito que será analisado pela filosofia do Direito.

E o direito abstrato é, longe de ser algo relacionado ao direito natural ou ao jusnaturalismo (Hegel tece duras críticas a ambos²³), a forma imediata como a vontade se realiza. Diz Hegel:

33 – Segundo as fases do desenvolvimento da ideia da vontade livre em si e para si, a vontade é:

a) Imediata. O seu conceito é portanto abstrato: a personalidade; e a sua existência empírica é uma coisa exterior e imediata, é o domínio do direito abstrato ou formal.²⁴

É neste aparecer e exteriorizar da vontade que o sujeito se torna pessoa – talvez seja aqui, em uma leitura jurídica de Hegel, que o sujeito adquire personalidade jurídica. Vale lembrar que a personalidade só tem início com o sujeito que é consciente de si²⁵ e é nessa cadeia que há o reconhecimento entre sujeitos (agora pessoas) como seres iguais e livres, ou seja, “liberdade e igualdade são, pois, o resultado da realização do direito nos seus titulares”²⁶.

Em uma análise resumida, “o direito filosófico de Hegel pretende ser uma justificação ideal do direito positivo, isto é, uma expressão racional do direito que é a forma objetiva histórica do aparecer da liberdade”²⁷.

²² SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.329.

²³ Hegel constrói sua ideia de direito demonstrando, inclusive por citações, o motivo pelo qual discorda de algumas correntes da Ciência do Direito. Recomenda-se ler a análise de Joaquim Carlos Salgado, no livro *A Ideia de Justiça em Hegel*.

²⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 35. [Aforisma 33]. Sobre o assunto, esclarece João Gilberto Egelmann que: “O sujeito, que ainda é indeterminado, é o ‘todos iguais perante a lei’, se faz como personalidade, identidade jurídica como condição de fazer parte de um Estado, pré-figuração no texto legal. Aparece como disposição que ainda não está enquadrada neste ou naquele sujeito. Não há, assim, sujeito, mas tão somente personalidade” (ENGELMANN, João Gilberto. O itinerário das categorias que formam o Estado na Filosofia do Direito de Hegel. **Enciclopédia**, Pelotas, v. 03, inverno 2015, p. 22).

²⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. C40. [O próprio Hegel ao realizar essa afirmação na página 40 dos *Princípios* remete o leitor à *Fenomenologia do Espírito*. O faz com o intuito de relembrar o leitor de que ser consciente de si é ter-se como objeto e saber disso, ou seja, na guinada da consciência de si, Hegel supera o paradigma sujeito-objeto, constatando que as contradições do objeto são similares as do ser (sujeito) e que, portanto, refletir sobre o sujeito é refletir sobre o objeto].

²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p. 336.

²⁷ *Ibid.*, p. 348. “O direito representa nada mais nada menos que uma manifestação do Espírito objetivo, uma manifestação que consiste na liberdade em grau máximo da capacidade volitiva humana. E se se identifica na noção de direito à ideia de liberdade” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244).

3 CONCEITO DE CRIME EM HEGEL

Compreendendo, a partir do pensamento hegeliano, que o direito se baseia na vontade livre; todo ato realizado neste sistema tem de ser relacionado com a vontade. Hegel assim acredita, pois reconhece o criminoso como racional, ou seja, o agente do crime hegeliano não está à margem da sociedade. Ao contrário, é consciente de si e realizou o processo de reconhecimento com outras pessoas. Talvez, o que leva ao cometimento do crime seja a manifestação da vontade particular²⁸ confrontado a vontade livre em si e para si.

No entanto, qual é o significado de crime para Hegel? Em síntese, crime é uma manifestação por meio da vontade de um ser racional e livre que lesa a liberdade de outro ser livre. Importante lembrar que quem realiza esta liberdade é o próprio Direito e ela assume várias formas (v.g. propriedade, contrato etc.). Nas palavras de Hegel:

95- A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o *que há de universal e infinito no predicado do que me pertence* – a capacidade jurídica-, e isso sem que haja a mediação da minha opinião. É o domínio do Direito penal²⁹.

Esse é o conceito de crime. Mas, como a vontade livre exteriorizada (direito) toma várias formas, assim o faz também a coação que busca ofendê-la (crime). É por isso que Hegel alude sobre crimes que violam a propriedade, a vontade (pessoa), o contrato etc. Neste ponto, o filósofo demonstra o que o crime é (no sentido da forma em que aparece, não da vontade particular que é seu conteúdo) em face da vontade exteriorizada da vítima. Em uma leitura jurídica atual, pode-se comparar a proposta original hegeliana com os descumprimentos dos preceitos normativos direcionados à proteção dos bens jurídicos reconhecidos como merecedores de tutela penal (funcionalismo teleológico) ou a própria preservação do sistema normativo (funcionalismo sistêmico).

²⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 13-43. [Hegel não esclarece se essa vontade particular que se manifesta tão desproporcionalmente seja condicionada por determinações sociais ou algo do gênero; reconhece apenas que uma vontade particular em frente à vontade livre em si e para si – algo que lembra a contradição própria da lógica aristotélica, por ele mesmo mencionada].

²⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 85 [Aforisma 95], sem grifos no original.

4 CONCEITO DE PUNIÇÃO/PENA EM HEGEL

Diferente do que possa ser esperado, Hegel não escreve especificamente o que é o conceito de pena (como fez, por exemplo, com o crime). Antes, ele condiciona a existência desta àquele. Como o crime é para Hegel uma manifestação contrária ao Direito (vontade livre), tem de existir uma resposta sistêmica para isso, ou seja, a pena não é exterior ao sistema da realização da liberdade. É, ao contrário, algo intrínseco.

Portanto, eis aí o problema que faz surgir a pena: “o crime considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito *tem de suprimir-se*, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem de suprimir-se?”³⁰. Dessa pergunta resultam duas observações: 1) Hegel rompe com a tradição inaugurada por Kant, que via o crime como um mal ético. O professor de Jena prefere dizer que o crime é um *Unrecht*, um não direito,³¹ que em última análise resulta em uma não liberdade³²; 2) sendo o crime uma vontade que se realiza por sua negatividade (de ser uma não liberdade) contém em si e é contido pela pena. É como se houvesse uma transubstanciação constante entre o conceito de crime e pena.

Hegel assim o faz para evitar uma tautologia (o conceito de tautologia é usado como aquele que decorre de uma aporia. Em *Fenomenologia do Espírito*, em específico no primeiro capítulo, denominado *Certeza Sensível*, Hegel explica que a verdade não pode esbarrar na linguagem/ter ela como obstáculo³³, pois “Toda verdade pode e deve ser expressa por palavras”³⁴). Resta assim estruturada a formulação dialética de Hegel de que a “pena é a negação da negação do direito. É, pois, a alternativa a cumprir um papel restaurador da ordem atingida”³⁵. Em outras palavras, ocorrendo a negação do direito, este deve responder na mesma intensidade.

³⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p. 89, sem grifos no original.

³¹ INWOOD, Michael. Op. cit. p. 264-265. Destaca-se que o termo *Unrech* nos dias atuais é utilizado no sentido de injusto, isto é, uma conduta típica antijurídica. Daí a compreensão adequada da proposta hegeliana de definir o delito como um não direito (injusto) e, portanto, merecedor de resposta sancionatória penal (*Strafe*).

³² Hegel alude, na nota que faz ao parágrafo 99, que “na moderna ciência positiva do direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte tiveram[...]”, pois ao tratarem de penas, as teorias buscaram respaldo na análise psicológica e empírica, recorrendo inclusive a análise historicista.

³³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito...** Op. cit., p. 83-92.

³⁴ KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 43.

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

Nesse ponto do pensamento de Hegel é que se torna bastante visível a sua concepção de Estado e da finalidade a ele atribuída. Para ele, o Estado é um “estágio evolutivo das corporações humanas que oferece aos cidadãos a ordem e o império da razão. O Estado é o racional em si e para si, e agrupa sob seu manto toda a pujança de ser o guardião da liberdade, como valor supremo de toda constituição”³⁶ ao mesmo tempo em que deve ser o “guardião das liberdades individuais, que se encontram fragilizadas frente à pulverização caótica do poder”³⁷. Evidentemente, em decorrência da definição de Espírito traçada por Hegel, para que esse Estado se estruture enquanto instituição, ele deve compactuar em si as demais instituições normativas, tais como a família e a sociedade civil. Consequentemente, além dessa perspectiva comprovar que a relação entre indivíduo e Estado se constitui como uma “relação da individualidade para consigo mesmo, uma relação interna que ganha exterioridade”³⁸, há um reforço de que a sanção penal deve ser aplicada como última opção.

Em outras palavras, por deterem o “momento da substancialidade em seu interior, os indivíduos realizam algo fundamental de sua vontade através da produção de instituições e leis”³⁹, as quais decorrem naturalmente das relações históricas construídas pelas demais instituições normativas extrajurídico-estatais, como a família, a religião etc.

Assim, o Estado acaba assumindo uma “dupla função aparentemente contraditória: “Ele deve acolher a experiência de indeterminação que habita as individualidades e deve fornecer as determinações necessárias para a efetivação da autonomia através da constituição de um conjunto de leis positivas universalizáveis”⁴⁰. Com isso, Hegel defende que o Estado deve realizar o que a sociedade civil não é capaz ao mesmo tempo que retire os cidadãos individualizados de suas imersões em sistemas particulares de interesses⁴¹. Somente assim a liberdade (Direito) será alcançada.

Aceitando tamanha função ao Estado, fica fácil compreender que somente ele deverá deter o poderio de aplicação da norma sancionatória penal, pois se o Estado nasce, para Hegel, com a tentativa de “criação de um modo de instrumentalização de conflitos sobre valores”⁴² não haverá melhor exemplo de tais conflitos do que a prática de um delito. Daí, então, decorre a necessidade de se compreender a pena e o sistema do Direito para este filósofo.

³⁶ BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 353.

³⁷ Ibid.

³⁸ SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 88.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid, p. 86.

⁴¹ Ibid., p. 87.

⁴² Ibid, p. 89.

5 PENA E SISTEMA DO DIREITO EM HEGEL

Como já visto, a pena é sistêmica. Então é no próprio sistema que a pena desempenha/trabalha seu conceito. Realizar tal afirmação é admitir algumas consequências que Hegel coadunou. A começar que, frente a um crime, a inteligência faz um juízo qualitativo e quantitativo para sopesar a gravidade do crime com a da pena. Nesse sentido, Hegel afirma: “a diferença entre banditismo e o roubo reside numa diferença qualitativa.”⁴³.

Se essa afirmativa é levada às últimas consequências, chega-se a outra – o crime é algo que pode ser valorado: quanto maior o desvalor, pior é o crime. A medida é a capacidade do ato criminoso de ofender a vontade livre em si (aqui, a pessoa). Portanto, para Hegel, a ofensa à propriedade, por mais que essa represente uma exteriorização da vontade, não justifica a morte do criminoso⁴⁴, sendo suficiente a restituição da posse. Há, portanto, uma noção de proporcionalidade.

Com relação à medida, Hegel afirma que “o crime que mais perigoso se apresentar nas suas características imediatas, esse é o que constitui a violação mais grave do ponto de vista da quantidade e da qualidade”⁴⁵. E, seguindo essa ótica sistêmica, reconhecendo o criminoso como racional e livre, Hegel tende a discordar, também, da teoria da dissuasão apresentada por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, na qual a pena representa uma coerção psicológica por meio de uma ameaça⁴⁶. Hegel argumenta que considerar a pena

⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 86. Destaca-se que é nesse nível qualitativo que se apresentam os nivelamentos de injusto, tornando uma conduta merecedora, ou não, de resposta sancionatória penal. Porém, atualmente, esse nivelamento pode se dar não apenas da ofensa ao campo da liberdade ou do preceito normativo (como defende o modelo funcionalista de Gunther Jakobs), mas, de forma melhorada, pelos graus de ofensividade ao bem jurídico respaldado no nivelamento dos mecanismos de controle social em conformidade com o princípio da intervenção mínima, consoante se apresenta em: DAVID, Décio Franco. **Delitos de acumulação e proteção ambiental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 269-292.

⁴⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 89-90. Hegel tende a discordar de Locke. O inglês acreditava ser a propriedade uma extensão do corpo da pessoa, portanto, uma extensão da vontade livre em si. Discorda também de Beccaria [nota ao parágrafo 100 nos *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*], pois esse contestou a pena de morte, afirmando que não podia se admitir que o contrato social, que é aceito por todos os indivíduos, tenha como cláusula essa pena. Porém, para Hegel, a essência do Estado não é contratual.

⁴⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 86.

⁴⁶ INWOOD, Michael. Op. cit., p.265. Sobre o tema, Inwood afirma que ameaçar o criminoso, para Hegel, é esquecer que ele é livre e capaz de agir a despeito de uma ameaça. Feuerbach, por sua vez, entende que a pena se justifica “pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou a execução concretas possam produzir no seio da comunidade” (DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 434). Em outras palavras, a forma tradicional de intimidação penal implica na conclusão de que o Estado, por meio da coação psicológica exercida pela pena, espera que as pessoas não cometam atividades delituosas. Ainda sobre a teoria de Feuerbach, são válidas as considerações aprofundadas de Bernado Feijóo Sanchez (Id. **Retribución y**

uma ameaça tendo como fim uma coerção é reconhecer o criminoso como um animal, em sentido irracional. Sendo assim, o *velho filósofo* alude:

100-A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.⁴⁷

Por conseguinte, o criminoso *quer* a pena e sabe ser ela justa, pois, intimamente, *sabe* que o crime é sua vontade particular que, em verdade, nada representa perante a vontade livre em si e para si. Deste modo, o criminoso é ser racional e o crime não o preenche. Somente por intermédio da sua punição é que ocorrerá uma espécie de “reenquadramento” da sua vontade no Direito.

A pena em Hegel não desempenha caráter de coerção (ameaça); mas, ao contrário, é meio pelo qual o criminoso se reconhece como um ser racional e deseja sua liberdade. Isto é, como a pena está dentro do sistema do Direito (e, sendo esse responsável pela realização da liberdade na história), ser punido é se reconhecer e ser reconhecido como livre: “O princípio da realização da liberdade e racionalidade do direito faz com que Hegel dê à pena um caráter eminentemente ético”⁴⁸.

Todavia, o caráter da pena não é o mesmo que sua finalidade. A pena tem caráter de coerção e sua função pode ser de ressocialização do criminoso. Conquanto, dizer que a pena tem caráter ético não reflete na ideia de tornar o criminoso ético. Logo, caráter e finalidade não se confundem em Hegel.

6 A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL

Como já foi explicado, Hegel trabalha a relação entre crime e punição dentro de uma ordem sistêmica. Explica, de forma dialética, como um está contido em outro⁴⁹. O

prevenção general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B.deF., 2007, p. 127 e ss).

⁴⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 89. [Aforisma 100]

⁴⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p. 356.

⁴⁹ É importante conhecer o método hegeliano. A dialética, chamada por Hegel de *motor da história*, não é a famosa tríade tese-antítese-síntese. Esse método é próprio de Fichte. A dialética hegeliana é intrínseca, ou seja, nada exterior ao objeto de análise condiciona seu vir-a-ser. Portanto, a contradição não se dá entre

crime visa, em sua última finalidade, ofender a própria liberdade, que, para Hegel, tem uma das formas de sua realização no direito⁵⁰. Neste sentido, o direito é o desempenhar do conceito no contingente.

A pena, por sua vez, nega o crime. Como afirma Hegel: “A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a *restauração do direito*”⁵¹.

A finalidade da pena não é, em última análise, retribuir um mal, pois o crime para Hegel não é um mal *kantiano*, como já foi explicado. A pena funciona como um método próprio do direito de se reafirmar enquanto estrutura e sistema frente ao não direito (crime). Somente assim que se justifica a justiça da pena em Hegel. É assim que o criminoso quer a pena. É assim que a “pena é, a um só tempo, um direito da sociedade e um direito do indivíduo”⁵².

Igualmente, Hegel está preocupado como isso se dá no caso concreto, por ele chamado de *domínio do direito imediato*. Porém, ele nega que a pena tenha como conteúdo aquilo que aparece como vingança, como justiça contingente; apesar de admitir que seja assim que a pena aparece no campo do imediato. Em suas palavras: “Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se *constituir uma compensação*”⁵³.

A tradição jurídica acabou lendo a pena em Hegel como retribuição, pois não compreendeu o *todo* do sistema. Hegel admite que no caso concreto a pena seja só *compensação* e, com isso, faça-se justiça, pois aparece como vingança proporcional. Porém, a função última da pena é afirmar e reafirmar a estrutura do ordenamento do direito como

dois objetos, mas apenas em um. Hegel explica seu método, de forma bem detalhada, na *Fenomenologia do Espírito*.

⁵⁰ Embora existam críticas distintas e contundentes ao fato de que a proposta de Jakobs se aproxime de Hegel (por todos: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 153 e ss), verifica-se que é nessa concepção da relação do crime com o Direito que o pensamento Hegeliano está afastado da proposta de Jakobs. Para Hegel, a fundamentação da pena é o conceito de Direito, enquanto que, para Jakobs, o sistema de referência para definição delitiva se encontra nas condições de estabilidade da sociedade, conforme explicação do próprio Jakobs (JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 38).

⁵¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p.87-88, aforisma 99, sem grifos no original.

⁵² SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 356. A mesma interpretação é apresentada por BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 139.

⁵³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p. 92, sem destaques no original.

um sistema. E é, portanto, afirmar a própria realização da liberdade. Apesar de ser vingança, a pena é diferente da vingança privada, pois o “exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente [...], pois faz parte da formação dos Estados”⁵⁴.

Obviamente, a proposta hegeliana é objeto de inúmeras críticas. Sérgio Salomão Shecaira, por exemplo, afirma que “se o objetivo da pena é o restabelecimento da ordem jurídica atingida, a pena não pode deixar de ter um sentido construtivo, o que obviamente não se busca com a teoria absoluta da retribuição”⁵⁵. Essa crítica não corresponde à proposta de Hegel, pois ele não a resume em uma reestruturação argumentativa, mas essencialmente sistêmica pela forma como ele entende ser o Estado e o Direito construídos. Por outro lado, a crítica de Shecaira se mostra perfeita ao modelo jakobsiano de pena, reiterando que as duas propostas não possuam o mesmo ponto de partida, embora cheguem a um local comum⁵⁶.

Além disso, poder-se-ia afirmar que a teoria de Hegel sobre a punição se baseia, estruturalmente, em aspectos formais (descumprimento normativos) – o que o aproximaria de Jakobs. Contudo, tal argumentação não respeitaria a finalidade estrutural da proposta do autor. Veja-se, se para ele a construção do Estado e do Direito correspondem às expressões de liberdade com determinado recorte evolutivo histórico, há um conteúdo material de pano de fundo à delimitação das instituições normativas. O preceito avaliativo do conteúdo material do injusto por intermédio da ofensa a bens jurídicos também depende, na interpretação atual do Direito penal, de uma vinculação das instituições normativas à definição da ofensa. Isso se expressa não apenas pela impossibilidade do legislador “criar” ou “inventar” bens jurídicos⁵⁷, mas, principalmente, pela unificação dos aspectos material e formal da antijuridicidade. Logo, a própria definição do *Unrecht* hegeliano que exige conteúdos valorativo e qualitativo para definição da ocorrência do não direito, se aproxima do conceito de injusto penal da adotado na atualidade.

Embora a filosofia hegeliana sofra inúmeras críticas, verifica-se que, em relação à finalidade da pena, tais críticas são, muitas das vezes, incompletas. Deve-se atentar que, ao menos, Hegel foi sincero e harmônico em suas proposições⁵⁸. A punição no caso concreto

⁵⁴ Ibid., p. 93, grifo nosso.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 21.

⁵⁶ Conforme rodapé nº 50.

⁵⁷ Conforme D’ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009, p. 21.

⁵⁸ Outra característica de seus trabalhos que o difere da proposta de Jakobs.

representa uma vingança que pode acontecer por ser institucionalizada e tarefa do Estado (em Hegel, a punição também é um dever/direito). Sua finalidade última é meramente sistêmica, porém respeita a limitação do indivíduo pela sua humanidade, racionalidade e, sob o auspício da atribuição do Direito e do Estado, a proporcionalidade da ofensa praticada⁵⁹. É difícil tentar compreender isto com uma lógica formal. Hegel é um filósofo do fluir, tudo representa um mero momento do devir.

7 HEGEL HOJE?

Longe de ser uma leitura desnecessária, Hegel continua sendo atual e importante. O seu projeto de Estado ainda ocupa muitas páginas de livros e reflete sobre a empreitada de vários filósofos. A iniciativa do professor de Jena é diferenciada. Ao invés de tentar justificar o Direito através de uma boa vontade que se aferiu da lei universal, tentou justificá-lo como sistema racional e representação da liberdade na história.

Utilizar Hegel para fazer uma leitura do Estado hoje é possível. Porém, os resultados dessa análise seriam negativos, para não se dizer pessimistas. Longe de ser o auge da racionalidade e da liberdade, o Estado é antes uma demonstração do fracasso das suas instituições⁶⁰. O absurdo sistema penitenciário instituído no Brasil é a comprovação material dessa constatação. Afinal, o sistema carcerário brasileiro é o retrato do suplício humano e do total abandono estatal aos seus cidadãos. Principalmente, diante da tradicional “clientela” carcerária. Logo, as demais atribuições apresentadas a pena como ressocialização ou prevenção especial, não conseguem ser efetivadas nesse modelo falido⁶¹.

⁵⁹ Como bem anota Busato: “Hegel dizia que as penas não deviam ter nenhuma finalidade porque se *degrada a personalidade* de quem a recebe. [...] Hegel outorga à pena um limite como *expressão de justiça*. Daí que a pena não pode desvincular-se quanto ao seu conteúdo nem acima nem abaixo da magnitude da *culpabilidade* que lhe corresponde” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 752).

⁶⁰ Aqui vale a observação nietzschianiana de que o “novo ídolo” (Estado) é o mais frio de todos os monstros frios (Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zarathustra**. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 68).

⁶¹ “Todas estas tentativas de perspectivar a prisão como um meio de reeducação para proporcionar a reinserção social do condenado constituem a busca de conciliação entre o dever de tutelar e resguardar o respeito à dignidade da pessoa humana e a imposição de medida draconiana de privação da liberdade. Força é reconhecer, contudo, que essas tentativas são em larga medida frustrantes, pois a prisão revelou-se, com todos os esforços e toda a boa vontade dos penitenciaristas e penalistas, absolutamente imprópria para preparar o apenado para o mundo livre. É que o cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um mundo próprio, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária e sim pelo poder real da cadeia, exercido pelos líderes deste universo isolado,

Além disso, a confusão doutrinária da proposta hegeliana poderia, aos olhos da atual falência estatal, resultar em uma punição por si só, desvencilhando a proposta teórica da aplicabilidade prática e banalizando o pensamento de Hegel (ou convertê-lo em fundamento teórico de inimagináveis práticas totalitárias). Essa confusão, inclusive, é feita por Günther Jakobs ao afirmar que para Hegel a relação entre sujeito e pena se dá por intermédio de um processo comunicativo (sujeito e norma estatal)⁶². Obviamente, tal constatação não reflete a realidade do pensamento de Hegel por dois motivos: 1) Sua proposta de dialética não possui a mesma matriz comunicativa que Jakobs sugere; 2) todo o pensamento hegeliano (especificamente em sua *Filosofia*) quer provar que o ser humano tem um valor infinito. Logo, a postura reducionista de identificar o indivíduo por uma “garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”⁶³ distorce profundamente a proposta hegeliana. Em outras palavras, se a vontade singular é o oposto do direito, ela não é nada mais que a manifestação desse próprio direito (liberdade na história), assim o crime não pode ser exterior ao sistema. Dessa forma, a oposição ainda é em si – isso quer dizer que a vontade singular se “extrusa” – o crime se realiza efetivamente, mas assim, *opõe-se-a-si-mesmo*, na lógica da infinidade, e torna-se novamente universal, ou seja, a Liberdade consciente de si, o Direito. De outra forma, o crime suprassume o direito, mas apenas por um momento. A pena suprassume o crime e reestabiliza o Direito – que é lei, crime, punição e liberdade. O criminoso não é insignificante – é uma consciência de si, que por ser essa consciência de si é a consciência de si Universal – que é por é através da consciência de si do criminoso. O que resulta que o criminoso também tem um valor infinito e também justifica a opção de Hegel em ser contrário à pena de morte⁶⁴.

Ocorre que uma interpretação equivocada de qualquer preceito teórico pode resultar em um efeito cascata de inadequações e imprecisões doutrinárias. Talvez essa seja uma das razões pelas quais o sistema jurídico pátrio não assuma verdadeiramente a forma da liberdade racional e sucumba dentro das suas próprias contradições⁶⁵.

composto por pessoas estigmatizadas em face dos ‘homens bons’ que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas” (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 330-331).

⁶² JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**: significado y finalidad. Navarra: Civitas, 2006, p. 132-133.

⁶³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

⁶⁴ Em idêntica conclusão: WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**: cinco conferências seguidas de Marx e a Filosofia do Direito. Tradução de Calos Nogue. São Paulo: É realizações, 2011.

⁶⁵ Um bom exemplo dessa afirmação são as constantes polêmicas ocorridas nos posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, convertendo uma corte coletiva em 11 tribunais individuais. Sobre o assunto:

A soma desses fatores resulta em uma estrutura sistemática esquizofrênica, ou, como Décio Franco David sugere: uma escolha por falsetes desafinados ao invés de uma música harmonizada e coerente⁶⁶. Na realidade, a sistemática jurídica não consegue ser *realizável*. Hegel diria que há uma estrutura sem sistema ou, ainda, um sistema que não é respeitado.

Seguindo esse raciocínio, o sistema do Direito está prejudicado na sua essência. As instituições não estão refletindo a liberdade racional, mas sim realizando um processo de seleção da vontade de certos setores da sociedade e os universalizando. Curioso é que Hegel já tinha receio que instituições do Estado poderiam se tornar propriedade de alguns indivíduos, inclusive aludindo à hipótese dos epígonos (burocratas, funcionários do poder do Estado) aparecerem como uma classe dentro do próprio ente estatal. A solução para isso, em teoria, seria o poder que as corporações e as funções do próprio Estado exerceriam na formação de sua estrutura.

O grande problema é que há um momento em que as próprias funções do Estado ficam comprometidas pela influência e pressão que esses setores exercem. Chegando-se a um ponto, inclusive não previsto por Hegel, em que Estado como um todo – suas funções, sua estrutura, suas instituições – torna-se propriedade, ou seja, não reflete a vontade universal e racional, e sim parcial e contingente de certos setores da sociedade⁶⁷.

Porém, nem tudo são lástimas. Notadamente ao se verificar que a proposta hegeliana encontra pontos de proximidade com respeitados autores contemporâneos. Winfried Hassemer, ao traçar críticas ao discurso preventivo, reconhece que a pena é um mal em si e uma resposta ao delito praticado. Ao ver do eterno mestre de Frankfurt, a pena não deve ser

uma ideia do sentido da pena que compreende e trata o homem não como fonte de conflitos, não como objeto de uma condicionante violenta, não como criminoso potencial, mas sim como cidadão: como alguém, que tenha afinal participado do processo democrático de elaboração das leis penais e que, por isso, deve ser responsabilizado; essas são “suas” leis. De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 113 e ss.

⁶⁶ DAVID, Décio Franco. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. **Justificando**, mar. 2016. Disponível em: <www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo>. Acesso: 18 jun. 2018.

⁶⁷ MARX, Karl. Op. cit., p. 66-78. [Recomenda-se a leitura dessas páginas da *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Marx analisa, detalhadamente, o modo de operação do Estado desenvolvido por Hegel. A grande preocupação é o caráter pessoal que as atividades e funções do Estado podem adquirir ao serem executadas.].

uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa. Visto dessa forma, a pena estatal poderia hoje recuperar um antigo sentido: ser a negação da negação do direito, mas não apenas no papel ou no âmbito acadêmico, mas sim no discurso público sobre as normas, que nos são indeclináveis, e sobre as reais possibilidades de que elas sejam mantidas⁶⁸.

A observação de Hassemer é demasiadamente pontual. Uma visão realista do discurso punitivo compreende que a própria preservação do sistema jurídico exige, em si, um aspecto retributivo e que projeções argumentativas retóricas não são suficientes para afastar tal característica.

Em solo nacional, Dotti afirma que a pena “deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente”⁶⁹, pois “em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator”⁷⁰. Não obstante a previsão expressa do artigo 59 do Código Penal pátrio, a “retribuição, de imemoriais fontes, é uma exigência jurídica que para cumprir os objetivos propostos pelo Direito penal deve tender a compensar adequadamente a ofensa. Se assim não fosse, haveria injustiça para mais ou para menos da medida da culpa e do crime”⁷¹. Eis, aqui, o acerto da teoria hegeliana, estruturar a pena sob o alicerce da proporcionalidade. É a proporcionalidade o elemento que tornará um equilíbrio possível.

Pela proporcionalidade é que a retribuição encontra o fundamento adequado e que, pelo exposto, pauta-se na proposta de Hegel. Evidentemente, afirmar que uma punição deve ser proporcional não implica em anuir com uma ampliação do sistema punitivo ou com o gravame de seus métodos⁷². Pelo contrário, é a partir da proporcionalidade que se busca uma justa compreensão do sistema e das regras a ele inerentes, dentre as quais, o preceito secundário dos tipos penais é elemento ínsito.

⁶⁸ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 344.

⁶⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. Curitiba: Saraiva, 1980, p. 155.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid., p. 157.

⁷² Nessa linha argumentativa com nivelamentos de punições em medidas de proporcionalidade: HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trota, 1998, p. 71 e ss.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado no presente trabalho, há que se reconhecer que a pena possui em si uma característica ínsita à própria ideia de punir correspondente à retribuição. Reconhecer tal aspecto não é tarefa fácil a um modelo democrático de Direito penal, havendo várias correntes doutrinárias contrárias, porém, como bem ressalva Hassemer, o “sentido da pena estatal jamais será ‘esclarecido’ de forma simplista e, como problema, jamais será ‘resolvido’”⁷³. Não se trata de uma discussão fadada ao fracasso, mas de realmente buscar fundamentos que justifiquem e tornam, além de mais humana, mais compreensível o fenômeno de punir e sua própria existência. Por isso, esse assunto “ocupará a ciência do Direito penal e também a reflexão dos práticos sobre o sentido e a correção de sua atuação à medida que a pena estatal exista”⁷⁴.

As conhecidas críticas doutrinárias à teoria retributivista de Hegel possuem méritos, entretanto não nos parece que a recusa da proposta hegeliana possa ser dada de forma simplista. Principalmente, pelo fato de que, além da incorreta compreensão da proposta hegeliana, o espetáculo da punição está imbricado no senso comum dos clamores sociais (os quais têm recebido uma enorme atenção do Poder Judiciário nos últimos anos). Por outro lado, há que destacar que o presente estudo não busca justificar a tese hegeliana, mas apenas explicitar que o modo de pensar do *velho filósofo* talvez não esteja tão distante da realidade jurídica cotidiana. Igualmente, verifica-se que agregado ao fator retributivo, coexiste a proporcionalidade da resposta estatal, a qual se converte no verdadeiro filtro de limites da atividade punitiva, projetando um novo espaço para debate sobre a finalidade da pena, ainda que se admitisse um viés exclusivamente retributivo.

Por isso, longe de se fechar o debate, é preciso lembrar uma advertência de outro grande filósofo: o pensamento (e, no caso do objeto de estudo do presente artigo, a aplicabilidade diária do Direito penal por meio das penas) exige que “os construtores devem, às vezes, voltar para os trechos já edificadas ou até mesmo para antes deles”⁷⁵. Somente assim será possível uma compreensão adequada do fenômeno sancionatório penal e, ao mesmo tempo, uma melhor compreensão da proposta hegeliana para, então, superá-la de forma crítica e coerente.

⁷³ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 336.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 5. ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011, p. 89.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 511-523.

_____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, n. 80, p. 7-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009.

DAVID, Décio Franco. **Delitos de acumulação e proteção ambiental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do Direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 115, p.17-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015.

_____. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. **Justificando**, mar. 2016. Disponível em: <www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo>. Acesso: 18 jun. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. Curitiba: Saraiva, 1980.

_____. **Curso de Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELMANN, João Gilberto. O itinerário das categorias que formam o Estado na Filosofia do Direito de Hegel. **Enciclopédia**, Pelotas, v. 03, p. 18-42, inverno 2015.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoria de la pena y las funciones del Derecho Penal. Buenos Aires: B.de F., 2007.

HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: M. Pons, 2012. p. 335-344.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- _____. **Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino São Paulo: M. Fontes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011.
- HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trota, 1998.
- INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. **La pena estatal: significado y finalidad**. Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.
- MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leandro de Deus. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zarathustra**. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2007.
- _____. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SAFATLE, Vladimir. **Grande Hotel Abismo: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**: cinco conferências seguidas de Marx e a Filosofia do Direito. Tradução: Calos Nogue. São Paulo: É Realizações, 2011.

ADEQUAÇÃO SOCIAL: AINDA UM CRITÉRIO ÚTIL PARA A LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL? EXAME DO ART. 229, CP

SOCIAL ADEQUACY: STILL AN USEFUL CRITERIA FOR THE LIMITATION OF THE CRIMINAL LAW? AN EXAM OF THE ARTICLE 229 OF THE PENAL CODE

Gustavo Britta Scandelari¹

RESUMO

O texto busca resgatar a essência do critério welzeliano da adequação social, que tem sofrido críticas especialmente diante de sua vagueza. Sua feição originária é a de um método de interpretação geral do Direito penal que cobra uma verificação teórica do nível de tolerância coletiva a respeito das condutas incriminadas. A descrição típica da conduta “manter casa de prostituição” expressa um conteúdo de proibição que já não é mais apoiado por uma carga de rejeição social que lhe legitime. O exemplo concreto desse tipo penal (CP, art. 229) permite a proposição de que a adequação social exige aproximação dos tipos com a realidade social. Apesar de precedente a crítica em geral, a adequação social ainda se apresenta útil para tornar presente a ideia de que é possível e necessário um controle público a respeito da eventual defasagem de normas penais em relação com a pauta de (in)tolerância da sociedade.

Palavras-chave: Adequação Social; Interpretação; Realidade Social; CP, Art. 229; limitação do Direito penal.

ABSTRACT

The text seeks to rescue the essence of the Welzel’s criterion of adequacy, which has suffered criticism especially due to its vagueness. Its original feature is that of a criminal law general interpretation method, which demands a theoretical verification of the collective tolerance levels regarding the conduct in question. The typical description of “maintaining

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Penal no UNICURITIBA e em cursos de pós-graduação em Direito. Advogado. *E-mail*: gustavo@dotti.adv.br

a prostitution establishment” expresses a prohibition content that is no longer supported by the amount of social rejection required to legitimate it. The concrete example of this criminal conduct (Penal Code, art. 229) allows to further conclude that the social adequacy method requires bringing the criminal law closer to the social reality. Despite well-founded criticism in general, the social adequacy method still presents itself useful to divulge the idea that some public control regarding possible criminal standards lag in relation to the agenda of social (in)tolerance is possible and necessary.

Keywords: Social Adequacy; Interpretation; Social Reality; Penal Code, Art. 229; Criminal Law Limitation.

INTRODUÇÃO

Adequação social é o nome que se deu a uma fórmula quase centenária de Hans Welzel segundo a qual uma atividade humana poderia constituir crime em todos os seus aspectos formais e legais, mas, ainda assim, dispensaria punição por se encontrar dentro de uma esfera de tolerância social – fenômeno que prescindiria de previsão legal específica. A aceitação de dita fórmula nunca foi pacífica na literatura especializada, muito porque seus contornos básicos, bem como suas possibilidades de rendimento teórico seriam nebulosos, conforme os críticos. Mas se trata de um assunto que ainda suscita muito interesse².

Em que pese haver resistência científica, a maioria dos autores que trata da adequação social acaba reconhecendo que haveria algum *mérito* seu como mecanismo com um bom poder, ainda, de limitação do aparato penal. Isso reforça, apesar das dúvidas sobre sua natureza, seu pioneirismo garantista na ciência penal. Permanece então, ao menos em princípio, a possibilidade de obtenção de algum rendimento teórico do seu estudo para a contribuição com o desenvolvimento de um *método de* contenção de eventuais abusos do aparato penal, que é o que motiva o presente resgate de sua essência para que se debata a sua utilidade ainda hoje. E isso, aqui, é testado pelo exame de um tipo penal ainda em vigor: o do art. 229, CP – *manter casa de prostituição*³.

Pretende-se verificar se a clássica teoria penal da adequação social pode, de alguma forma, ser novamente pensada e aplicada para o Direito penal contemporâneo. Para tanto, serão vistos, nesta ordem: a essência da adequação social; as principais críticas que lhe são feitas; sua utilidade na avaliação da aplicabilidade do tipo do art. 229, CP; a possível utilização atual do critério de adequação social como exigência de respeito à realidade.

² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 293; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 16-17.

³ A ideia de redigir artigo sobre a presente temática surgiu justamente quando se tratou brevemente do tipo penal do art. 229, CP, durante o curso da disciplina de Crítica do Direito Criminal, ministrada pelo Prof. Dr. Paulo César Busato no Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. O texto foi, então, apresentado como parte da avaliação na disciplina. Aproveito para agradecer ao Prof. Busato a gentileza das indicações bibliográficas e a sua costumeira disponibilidade para uma sempre rica troca de ideias.

1 ADEQUAÇÃO SOCIAL: UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO

Hans Welzel é o artífice da ideia – teoria, critério ou princípio – da adequação social no Direito penal, desenvolvida a partir da década de 30 do século XX. Em que pese pesquisadores ainda discutam a sua natureza (mormente se é princípio ou não), tal questão restará prejudicada pela conclusão alcançada no presente texto. Inicialmente, é necessário resgatar o significado primordial de adequação social de acordo com Welzel e, também, conforme alguns de seus intérpretes.

Em Welzel, a adequação social de uma conduta decorre de sua teoria do significado social da ação⁴, mas também se relaciona intimamente com a sua teoria do tipo e seu método para melhor interpretá-lo em vista de casos reais – daí a opção por incluir, neste breve texto, a avaliação de um tipo legal. Para ele, na função dos tipos de representar um modelo de conduta proibida está claro que todas as condutas selecionadas e neles descritas possuem uma carga, de intensidade variável, de *inadequação social*. “Nos tipos está patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito penal: indicam as formas de conduta que se distanciam profundamente das ordens históricas da vida social”⁵.

Essa ideia impacta a compreensão mais adequada dos tipos, demandando que se procure verificar não apenas a relação formal de subsunção, mas também, e sempre, se a descrição legal é ou não a de uma conduta que está verdadeiramente fora “do marco da ordem social, histórica, normal, da vida”, para que se possa considerá-la uma “ação típica de lesão”⁶.

Além do clássico exemplo do sobrinho que convence o tio, de quem é herdeiro, a utilizar com frequência um meio de transporte, desejando firmemente que morra em um acidente (o que vem a ocorrer), Welzel cita outros exemplos de ações que, embora pareçam formalmente típicas, deixam, quando corretamente interpretadas, entrever uma carência de tipicidade material por impossibilidade de imputação do resultado (o que ocorre no exemplo do sobrinho herdeiro⁷) ou por carência de ofensa suficiente ao bem jurídico tutelado: lesões corporais insignificantes; privações de liberdade irrelevantes; entrega habitual de presentes de ínfimo valor, em datas festivas, para servidores públicos; condutas meramente indecorosas ou impertinentes etc.

⁴ Como ele indica em seus comentários sobre a fundamentação da “ação social” (WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 15-35).

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 4. ed. Trad. da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 66.

⁶ Idem, p. 66.

⁷ A literatura também utiliza (com apoio em Welzel) o critério da adequação social para discutir a criação de um risco e a sua realização no âmbito da imputação objetiva.

Como explica o penalista, as condutas socialmente adequadas são aquelas que, independentemente de previsão típica (mas inclusive quando típicas), podem ocorrer dentro dos marcos da liberdade de ação conferida pela sociedade⁸. São as condutas *aceitas* e as *toleradas* pela sociedade⁹, sendo que “é a postura da sociedade diante do caso concreto” que definirá “a aceitação (postura consensual) ou tolerância (postura indiferente)” em relação ao fato concreto¹⁰.

Por isso, restam excluídas dos tipos penais (isto é, do ponto de vista material) as ações consideradas socialmente adequadas, mesmo quando correspondam perfeitamente (isto é, formalmente) à descrição típica. As ações socialmente adequadas são materialmente atípicas¹¹. Ou seja, a concepção sistemática do delito welzeliana, como lembra Gracia Martín, era caracterizada como um “*todo ôntico-axiológico*”, em que a ação representa o âmbito ôntico e os “juízos essencialmente normativos” da adequação social, sua componente axiológica¹².

A adequação social de uma conduta a insere no âmbito das formas de conduta normais de liberdade social de ação¹³ e corresponde, também, a um *princípio interpretativo geral* de correspondência típica e do Direito penal como um todo. Essa concepção corresponde à última versão da noção de adequação social de Welzel, segundo notícia Roxin¹⁴: “os tipos devem *interpretar-se* de tal modo que somente se lhes encaixem condutas socialmente inadequadas”.¹⁵

Em linhas gerais, Prado e Carvalho lembram que

a adequação social surgiu como um instituto que buscava afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade.¹⁶

⁸ Idem, p. 67.

⁹ RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no Direito penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 47.

¹⁰ Idem, p. 48.

¹¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, v. 16/2012, jan./jun. 2012, p. 9.

¹² GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)**. Barcelona: J. M. Bosch, 2001, p. 25. Itálicos originais. Tradução livre.

¹³ RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 68.

¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 294, nota de rodapé 68.

¹⁵ Ibid., p. 295. Itálicos nossos. A adequação social corresponde hoje mesmo, genericamente, a um “princípio geral de hermenêutica” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 13).

¹⁶ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, v. 844, fev. 2006, p. 1.

Uma de suas utilidades seria funcionar como um “critério externo de interpretação”¹⁷, reconhecendo a ausência de resultado socialmente danoso de determinadas condutas. Ou, ainda, ela age como um “filtro normativo – a saber, como um critério hermenêutico extra-sistemático – que exclui do âmbito do desvalor do resultado determinadas condutas valoradas, do ponto de vista social, como adequadas”.¹⁸

De acordo com Vico Mañas, trata-se de uma ferramenta de hermenêutica que permite excluir “da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social”.¹⁹ A importância dessa regra decorre da inevitabilidade de que as descrições típicas – embora na grande maioria dos casos representem crimes perfeitos – venham a abarcar também condutas com baixíssimo nível desvalor social, ou seja, condutas aceitas ou toleradas socialmente e, portanto, lícitas²⁰. E condutas lícitas não podem ser, ao mesmo tempo, ilícitas (como o são, geralmente, as condutas típicas).

A adequação social foi proposta como uma via de escape para situações de engessamento legislativo, quando as soluções positivadas se tornam, pela passagem do tempo e com a mudança de pautas morais, incompatíveis com os instrumentos jurídico-penais positivados disponíveis e com a realidade econômico-social em dada comunidade²¹. “É o caso hoje no Brasil”, como percebe Vico Mañas, “da exploração de motéis, que, em tese, configuraria o delito previsto no art. 229 do Código Penal”.²²

2 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS

Ocorre que tal construção teórica, na obra do próprio Welzel, passou por diversas mutações²³. Primeiramente, era o “significado social” de uma conduta humana, a qual

¹⁷ Ibid., p. 3.

¹⁸ Ibid., p. 4.

¹⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

²⁰ Ibid., p. 32.

²¹ Ou, no conceito de Renato de Mello Jorge Silveira, adequação social é “o instituto que pugna pelo afastamento da incidência do Direito penal de certas condutas, tidas como aceitáveis dentro de uma perspectiva histórico-social” (**Fundamentos...** Op. cit., p. 24).

²² Ibid.

²³ Roxin relata que, por conta de mudanças de concepção de seu criador, a teoria da adequação social sofreu alterações: foi de causa de justificação de Direito consuetudinário a critério de interpretação restritiva do tipo, e, hoje, a literatura a classifica como causa de exclusão do tipo, de justificação, de exculpação ou

somente poderia ser considerada crime se fosse inadequada socialmente. Para isso, concorriam o grau de ofensa ao bem jurídico e a aceitação ou rejeição social da conduta. A adequação social era uma questão de tipo; já que a ação em questão era, em princípio, uma ação típica.

Após, Welzel passou a situá-la no âmbito da antijuridicidade, assumindo a função de “justificação consuetudinária”. Welzel chegou a admitir essas alterações em sua teoria da adequação social. Ao longo do tempo, foi apontando a “insuficiente distinção entre a adequação social e as causas de justificação”²⁴, o que havia “desde as suas origens”. Por fim, o autor devolveu a adequação social aos limites do tipo, mas, agora, como um “princípio geral de interpretação”²⁵, que não tem relação com a vigência das leis, mas com o seu entendimento e com sua (in)adaptação à realidade.

Em virtude de tais inseguranças provocadas pelas mudanças de opinião de seu próprio artífice, a teoria da adequação social perdeu campo de aplicação e passou a sofrer severas críticas²⁶. Roxin considera tal teoria supérflua, porque “reconhecer que a conduta socialmente adequada é atípica não tem substancialmente alcance maior do que a perspectiva de que o tipo deve ser entendido como tipo de injusto; unicamente supõe uma remissão ao desvalor social”, que é seu fundamento material de reprovação²⁷.

Busato classifica a adequação social como “uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico”²⁸ que Welzel inseriu em sua teoria do delito para oferecer alguma limitação ao aspecto formal do tipo. Mas vê em tal filtro algo etéreo, que migrou dentro do injusto “entre a tipicidade e a antijuridicidade, sem encontrar lugar de pouso”²⁹. Percebe ser

como princípio interpretativo geral, enquanto que alguns simplesmente a rejeitam (ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 293).

²⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2. ed. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, set./out. 2014, p. 9.

²⁶ “As principais críticas são: imprecisão, incerteza, amplitude, relatividade, insegurança jurídica, impossibilidade de revogação de lei pelos costumes, suprallegalidade, violação da separação dos poderes e ausência de critérios limitadores” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 52). Gracia Martín debita a proliferação de tais críticas não a algum problema da adequação social, mas a uma falha de organização dos finalistas, que, ao se concentrarem na defesa do aspecto ontológico do sistema (a ação), deixaram de lado seu aspecto axiológico (a adequação social), “quase o deixando morrer” – o que, segundo o autor, não poderia ter ocorrido dada a importância central de tal categoria para a teoria do crime (GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo... Op. cit., p. 26).

²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 295.

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 291.

²⁹ *Ibid.*, p. 293.

“bem verdade que a vagueza da concepção welzeliana de *adequação social* em muito contribuiu para essa situação de instabilidade”³⁰. Todavia, ainda assim o autor reconhece o mérito e a importância histórica da criação de Welzel para o estudo da teoria do delito:

Welzel, dentro da construção finalista, ao propor a adição de um recorte da imputação com sua fórmula da adequação social, foi quem, pela primeira vez, trouxe, ainda que de modo impreciso, pois que pairando sem lugar específico na estrutura de teoria do delito, um perfil material à imputação relacionando a estrutura punitiva ao objeto afligido pela conduta delitiva. [...] O raciocínio de Welzel era de que se o tipo é um tipo de injusto, ou seja, se indica descritivamente a prática de um injusto penal, não pode, obviamente, descrever uma ação que seja considerada socialmente adequada.³¹

E Roxin, embora afirmando que há critérios de interpretação mais precisos do que a adequação social, reconhece que ela “certamente persegue o objetivo, em si mesmo correto, de eliminar do tipo condutas não correspondentes ao tipo (classe) de injusto”³². Nessa altura, considerando-se o mesmo objetivo identificado por Roxin e como se trata de um debate com potencial de prover resultados práticos, convém a análise do desempenho teórico da adequação social junto a um tipo penal específico, inclusive com o apoio de comentários acadêmicos em relação a um acórdão do STF.

3 EXAME DO ART. 229, CP

A questão é a seguinte: o art. 229, CP³³ (manter casa de prostituição), que tem sido muito pouco aplicado pelos tribunais nos últimos anos na sociedade brasileira, deve ser revogado por descrever conduta que se tornou adequada socialmente? A discussão é mais profunda do que essa indagação dá a entender. Porém, para o objetivo do presente texto, ela cumpre seu papel satisfatoriamente.

Greco, em comentários a um acórdão do STF (HC 104467) que, tratando especificamente do art. 229, CP, concluiu que a adequação social seria inaplicável nesse debate porque não tem o condão de revogar tipos penais e que, por isso, esse tipo deveria

³⁰ Ibid., p. 293.

³¹ Idem, p. 330.

³² ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 297.

³³ “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa”.

continuar em vigor, concorda com tal decisão. Aduz que, diferentemente do que alguns autores afirmam, a adequação social não seria um princípio, mas uma simples indicação ao legislador.³⁴ Propõe, como solução, a preservação do tipo penal no ordenamento, porém ajustado com a *interpretação teleológica*, caso a caso, do seu elemento “exploração sexual”, para que se puna unicamente as condutas que violem a autodeterminação sexual de outrem.³⁵ As outras condutas que se poderiam amoldar ao tipo, mas que não implicam tal violação não demandariam punição por simples atipicidade.

Já Martinelli, discorrendo sobre o mesmo acórdão do STF, discorda. Isso porque, segundo explica, embora a adequação social realmente não tenha por objetivo revogar leis expressamente, isso não é suficiente para se afastar seu propósito nesse debate. A adequação social pode servir como critério de interpretação de normas penais em casos concretos, tornando-as inaplicáveis sem necessariamente expurgá-las formalmente do ordenamento.³⁶ Prossegue o autor:

Atribui-se a Hans Welzel a construção da adequação social como critério de interpretação do tipo penal. [...] No Direito penal, a interpretação possui importância fundamental para verificar a tipicidade material, uma vez que a tipicidade formal não é suficiente para confirmar o injusto penal. Diferente é a revogação, que consiste na perda da vigência de uma norma. Quer dizer, a revogação possui efeito erga omnes, pois é característica da norma jurídico-penal sua generalidade. A interpretação da norma penal é, sobretudo, o exercício de determinar sua força e seu alcance, conforme os dados atuais de um problema, pois a intenção do jurista é conhecer a norma – enquanto diretivo para o comportamento – tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos.³⁷

Entende, com isso, que

desprezar a adequação social simplesmente porque “apenas uma norma pode revogar outra norma” é não compreender o conteúdo dogmático do risco juridicamente proibido no âmbito da imputação objetiva. Aplicar a adequação ao caso concreto – casa de prostituição – é *verificar se o agente praticou comportamento que está além do socialmente aceitável* e, com isso, foi além do risco permitido.³⁸

³⁴ GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 92, set./out. 2011, p. 7.

³⁵ Ibid., p. 12-13.

³⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, set./out. 2014, p. 8.

³⁷ Ibid., p. 9.

³⁸ Ibid., p. 10. Itálicos não originais.

Conclui que a adequação social não pode ser desprezada em Direito penal na análise da aceitação ou não de tipos penais, pois ela cumpre papel de “delimitar o poder punitivo do Estado e ampliar a liberdade de comportamento pela não configuração da tipicidade material”³⁹ e, então, “seria socialmente aceitável – e, por isso, dentro do juridicamente permitido – a manutenção da casa de prostituição em que não houvesse exploração, mas apenas livre exercício da atividade sexual”.⁴⁰

A rigor, tanto Greco quanto Martinelli alcançam conclusões muito parecidas – entendem que é necessário limitar o alcance da norma incriminadora – embora por caminhos distintos. Não parece, efetivamente, que a adequação social seja um obstáculo para o teste da aceitabilidade social da conduta descrita nesse tipo penal.

Em outras palavras e de forma mais objetiva: “por vezes, busca-se enfraquecer o princípio da adequação social sob o argumento de que o costume não tem força para revogar a lei penal, argumento que não deve ser acatado”. Isso porque desde Welzel estava claro que a adequação social não busca a revogação de leis, mas a “interpretação dos tipos penais, auxiliando o legislador a reavaliar uma série de tipos penais ultrapassados, e o próprio magistrado, no momento de não enquadrar no rigor da lei penal certas condutas que gozam de aceitação pacífica pela sociedade”.⁴¹

Para Rodrigues, comentando o art. 229, CP, “difícil é visualizar como uma conduta amplamente aceita pela sociedade é, nos dias atuais, legalmente criminosa”.⁴² Continua:

Ademais, não há como ignorar que as casas de prostituições, anunciadas com diversos nomes, são amplamente divulgadas em notas de jornais e, ainda, que é autorizado por meio de alvarás das prefeituras seu funcionamento, sem que haja qualquer reação social negativa. Ao contrário, elas são altamente frequentadas.⁴³

Explicitamente tratando da adequação social como princípio de Direito penal, Bitencourt dá ênfase ao aspecto da tipicidade material ínsito na construção welzeliana. Concorde que “o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica”.⁴⁴ Embora reconheça que “Welzel vacilou

³⁹ Ibid., *ibidem*.

⁴⁰ Ibid., p. 11.

⁴¹ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 183.

⁴² RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 86.

⁴³ Idem, p. 87.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 59-60. Itálicos originais.

sobre seus efeitos”, percebe que ele acabou aceitando a adequação social “somente como *princípio geral de interpretação*, entendimento até hoje seguido por vários penalistas”⁴⁵.

O fato é que o aparato público de investigação faz vista grossa à existência de estabelecimentos em que se pratica sexo com fins econômicos. Suas localizações frequentemente não são ignoradas, mas a atuação repressiva o é. Simplesmente não se repreende; sequer se fiscaliza. E não é como se os proprietários desses estabelecimentos levassem vida de fugitivos do sistema. O que se dá é, na verdade, – ao menos na maioria dos casos – uma ausência de rejeição, tanto pela sociedade, quanto pelas próprias autoridades constituídas. Trata-se de uma conduta vista com inegável indulgência pelo povo e pelo poder público – afinal, uma coisa leva à outra.

O argumento segundo o qual a conduta ainda seria rejeitada pela sociedade porque ninguém se gaba de ser dono de um prostíbulo não procede. O art. 229, CP, não deve permanecer sendo aplicado apenas por isso. Tanto é assim que o adultério deixou de ser crime há poucos anos⁴⁶ (em 2005), mas, da mesma forma, os adúlteros não costumam divulgar sua infidelidade ao público ou familiares, tampouco a sociedade atual vê nisso algum mérito. Ainda se consideram as traições conjugais em geral algo errado⁴⁷, indicativo de falha de caráter ou algo do gênero, mas nem tudo que é errado necessita ser crime⁴⁸, pois o direito não resume ao Direito penal, assim como a imoralidade nem sempre é assunto do Estado.

Também não vinga o argumento de que o crime de manter casa de prostituição proíbe a violação da dignidade sexual ou a sua exploração abusiva e por isso mereceria continuar sendo aplicado. Ocorre que tais violações já são criminalizadas em vários tipos penais (CP, arts. 213 a 228) e, no que tange ao proveito econômico, há o crime de rufianismo (CP, art. 230). É dizer: além de o art. 229, CP, seguir pauta social defasada de reprovabilidade, há outros tipos penais que dão conta de proibir as condutas que lhe são próximas, mas permanecem efetivamente rejeitadas pela sociedade.

⁴⁵ Idem, p. 60.

⁴⁶ “No entanto, mesmo antes de sua revogação, a sociedade não mais considerava criminoso a conduta de adultério, que é tolerada e até aceita” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 51).

⁴⁷ Não se trata de simples avaliação do certo ou errado, moral ou imoral. O “princípio da adequação social não se refere apenas às condutas aceitas ou corretas, e sim também àquelas toleradas, não sendo necessário que a postura social seja de aprovação da conduta, sendo suficiente a postura indiferente da sociedade diante da mesma” (Idem, p. 88).

⁴⁸ “Importante ressaltar ainda que o princípio da adequação social abrange também aquelas condutas toleradas pela sociedade, que não quer dizer que sejam socialmente corretas, mas que se encontram dentro da liberdade da vida social” (Ibid.).

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao PL 117/2003 (que se converteu na Lei 11.106/05, a qual revogou o crime de adultério), constou que o adultério traz implicações somente ao direito privado (danos morais podem ser pleiteados no âmbito cível, p.ex.) e que seria “hipocrisia” manter tal conduta criminalizada⁴⁹. Não é determinante a (in)adequação social para a (des)criminalização. Mas certamente também não é irrelevante.

A questão do tipo do art. 229, CP, portanto, parece ser anterior à análise técnico-dogmática de adequação típica nos casos concretos: trata-se da legitimidade da criminalização do conteúdo material que a descrição formal quer abarcar. O seu sentido é o da proibição de que alguém mantenha estabelecimento em cujo interior se pratiquem relações sexuais mediante contraprestação patrimonial. E esse sentido é, já há algum tempo, o de uma conduta aceita socialmente. Doravante, por adequação social, a descrição típica não mais encontra respaldo social de incriminação. Há, aí, um exercício de interpretação que não é meramente jurídico-litera, mas social, de se verificar se determinado tipo penal descreve uma conduta que ainda seja realmente rejeitada pela coletividade.

4 ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO EXIGÊNCIA DE RESPEITO À REALIDADE

A situação concreta do art. 229, CP, é uma evidência prática da repercussão da noção jurídico-penal da adequação social: na medida em que a sociedade não mais reprova veementemente a conduta de gerir estabelecimento dessa natureza ou simplesmente se torna indiferente a ela, as autoridades – que, é claro, integram a mesma sociedade – simplesmente desconsideram, na prática, a vigência normativa do dispositivo legal. É a superação, por força da aceitação social – isto é, da *realidade*, de uma norma penal incriminadora em pleno vigor. Nada disso está regulado em lei – até porque, esse tipo penal ainda vige. Manter casa de prostituição, para todos os efeitos, é crime – ao menos em tese. A sociedade carece, logo, de uma “válvula emergencial do sistema penal como um todo” e é a isso que a adequação social pode se prestar⁵⁰.

O que está em jogo é o grau de rejeição social, a intensidade de intolerância que a sociedade atribui a uma descrição típica; tais fenômenos correspondem a juízos axiológicos que sempre devem ter garantidos os seus espaços na teoria do crime, ao invés de serem

⁴⁹ Parecer apresentado em 24 fev. 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=275541&filename=PSS+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003>. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 401.

relegados ao esquecimento. É precisamente nesse ponto em que a adequação social, em sua essência, ainda pode, aparentemente, representar um critério válido de definição pela aplicação ou não de determinada norma incriminadora e, até mesmo, como uma das referências – nunca a única – para atualização do ordenamento positivo conforme os ditames ético-morais de cada sociedade – claro, de forma lenta, gradual e razoavelmente controlável, de preferência mediante o filtro do Judiciário. Nesse sentido, a adequação social é um instituto que, desde a sua formulação, deveria ter a mesma importância “essencial e constitutiva” ao sistema jurídico-penal do que a teoria da ação em si⁵¹.

No fundo, essa é uma questão de legitimidade da atuação do estado ao incriminar, por lei, condutas. É claro que não se espera chegue o dia em que todos (ou a grande maioria) deixarão de considerar intolerável o homicídio, o roubo, o estupro etc. Não é aí, já advertia (com evidente razão) Welzel, que a adequação social cobra sua importância, mas nos âmbitos mais dinâmicos da moralidade coletiva, tais como aqueles relacionados à exploração econômica do sexo, dos jogos de azar, da comercialização de determinados produtos e à regulação dos relacionamentos afetivos. Como explica Brodt, “o respeito à realidade, parece-nos, deve ser o primeiro compromisso de um Direito penal que se pretenda minimamente garantista. A liberdade do legislador restringe-se à seleção dos dados da realidade de acordo com as suas necessidades. Não tem, contudo, a prerrogativa de afrontá-los”. “Para não cair na perversidade”, continua, o Direito penal “deve iludir a tendência a inventar o que no mundo não existe”.⁵²

Hoje, a adequação social é vista por vários juristas como um critério ou princípio de interpretação⁵³. Quanto às críticas, embora procedentes em boa medida, não parecem fortes o suficiente para se dispensar por completo tal regra “que, afinal, nada mais faz do que reproduzir no campo jurídico os valores vigentes na sociedade, tornando mais atual e compatível com a realidade o Direito penal a ser aplicado ao caso concreto”⁵⁴. Ademais, em que pese a imputação objetiva avalie suficientemente o risco permitido dentro da tipicidade, “há de serem consideradas algumas situações, quer pelo seu caráter histórico, quer pela sua compreensão social, que acabam por se revelar inaceitáveis antes mesmo de uma consideração ou avaliação da tipicidade penal”, razões pelas quais se pode considerar

⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo... Op. cit., p. 26.

⁵² BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, v. 16/2012, jan./jun. 2012, p. 7. Itálicos nossos.

⁵³ Esse estado da literatura também é assim noticiado por BUSATO, Paulo César. **Direito penal**... Op. cit., p. 332. Consoante se percebe da obra de Welzel, acima retratada, ele mesmo tratava da adequação social como critério de interpretação.

⁵⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio**... Op. cit., p. 34. Itálicos nossos.

“válida” ainda hoje a adequação social⁵⁵. Apesar de não ser aceita de modo pacífico, “é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal”⁵⁶. Afinal, se a missão do Direito penal é o controle social do intolerável⁵⁷, então, aquilo que se torna tolerável não mais merece tutela penal – e a adequação social como critério de interpretação da realidade da rejeição pode contribuir nesse desiderato.

O legislador, quando define crimes, não realiza, como regra, uma valoração de qual o grau de ofensa ao bem jurídico que se admite, em cada caso concreto, como legitimador da intervenção penal. Em princípio, sempre que a conduta se amolda ao tipo, estará configurado o crime. Tudo o que impede a aplicação da lei penal, aí, pode ser visto com uma exceção. É o que se dá no caso das ofensas irrelevantes, insignificantes, com o furto de uma caneta Bic ou o xingamento muito leve (p.ex.: João chama José de “bobo”).⁵⁸

A adequação social guarda relação com o chamado *princípio da insignificância*, mas ambos não se confundem. Consoante, explica Vico Mañas, “a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, enquanto o princípio da insignificância leva em conta a tolerância do grupo em relação a determinada conduta de escassa gravidade”⁵⁹. Pelo princípio da insignificância, não se deve punir qualquer lesão de um bem jurídico penalmente tutelado, mas somente ofensas de alguma gravidade, tendo em vista que o Direito penal se constitui na forma mais violenta de atuação do direito. A consideração da insignificância se volta mais ao aplicador da lei, como um critério de interpretação da lei escrita – evitando sua leitura exclusivamente literal.

Assim, sempre que uma conduta se amoldar a um tipo penal, mas a ofensa concreta ao bem jurídico for ínfima, essa norma penal – o tipo em si – terá sido afastado pelo princípio da insignificância. Isso não quer dizer que o tipo penal foi revogado no caso concreto ou

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit.

⁵⁶ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal...** Op. cit., p. 15-17.

⁵⁸ Silveira lembra vários outros exemplos de condutas que podem vir a ser aceitas socialmente, embora típicas, nos seguintes contextos: intervenções médico-cirúrgicas; acidentes de trânsito; lesões ocorridas no esporte; atividades sexuais; crimes ambientais; *jus corrigendi* doméstico; uso de drogas etc. (Id. **Fundamentos...** Op. cit., p. 354-387).

⁵⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio...** Op. cit., p. 33. No mesmo sentido: BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124; PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, v. 844, fev., 2006, p. 7; RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 61-62.

para futuros casos. É claro que, se for constatado que aquele tipo carece de correspondência com a realidade social, aí sim, então, ele poderá vir a ser declarado inconstitucional (ou não) – quando se poderá cogitar da adequação social da conduta concreta.

Apesar das comuns críticas ao uso da adequação social hoje no Direito penal, não se nega que é um instrumento pioneiro e que traz em seu próprio nome a importância do apego à realidade de uma dada sociedade. A continuidade de seu uso (claro, em conjunto com a intervenção mínima⁶⁰) expressa de maneira mais clara e segura a necessária legitimidade das leis, que não deveriam ser feitas senão para o povo e conforme sua realidade.

Welzel defendia que “as condutas socialmente adequadas, ainda que silogisticamente fossem adequadas à previsão legal, não poderiam representar um tipo penal”⁶¹. Daí ser a adequação social, em princípio, excludente do tipo. O fato é que, como registra Busato, “Welzel certamente percebeu o ganho de rendimento que a ideia de *relevância social* oferecia para a teoria do delito, ao reduzir o âmbito de intervenção”.⁶² É a isso que, como se pode perceber, ela ainda pode se prestar.

CONCLUSÃO

Depender basicamente de um raciocínio por simples subsunção, especialmente no Direito penal, pode não representar o modo mais seguro de se começar a decidir aplicar ou não a norma incriminadora ao caso concreto. O emprego da adequação social como técnica de verificação do nível de rejeição social de condutas tipificadas não é algo frequente ou comum. Pelo contrário: esse tipo de defasagem é algo excepcional, que não se espera, mas que é natural e, por isso, inevitável que ocorra. Ou seja, não se trata de bizantinismo: a adequação social pode se traduzir em resultados práticos de justa limitação do Direito penal – independentemente da sua falta sofisticação sistemática apontada pela doutrina.

Vê-se estar equivocada a orientação do STF no HC 104467; ou seja, a adequação social tem força mais que suficiente para promover a revogação – não de direito, mas de fato – de tipos penais, precisamente porque trata do fundamento de legitimidade da incriminação (a eventual ausência de rejeição social). Com isso, a declaração legislativa

⁶⁰ “[...] o princípio da adequação social encontra-se em harmonia com o princípio da intervenção mínima” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 89).

⁶¹ Ibid., p. 331.

⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito penal...** Op. cit., p. 331.

da revogação passa a ser mera formalidade que vem apenas a confirmar a alteração do nível de rejeição social no mundo dos fatos.

Ademais, há evidentes aspectos de rendimento da adequação social. Confira-se: a) admite a permanência da norma afastada no ordenamento, para o caso de haver alguma variação daquela mesma descrição de conduta que ainda desperte rejeição; b) definida como método de interpretação, não exige disciplina legal própria; c) a ideia de seu uso tende a produzir permanente preocupação social com a produção legislativa, que deverá prezar, especialmente na área penal, pela maior proximidade possível com a realidade.

A adequação social permite a fundamentação teórica de uma maneira de afastar, com facilidade e aceitação pública, dada a simplicidade do funcionamento de sua ideia essencial, a intervenção penal nos casos em que evidentemente não é necessária – e seria, a rigor, contrária ao interesse coletivo. Se forem as normas penais incriminadoras consideradas superáveis ante a possibilidade de sua adequação social – como algo futuramente institucionalizado na literatura e jurisprudência – poderá haver licença tanto para que deixe de haver novas incriminações, sempre que derivarem de políticas de momento ou de pressões de grupos de interesses, quanto para que se retirem do ordenamento, oficialmente (ainda que não formalmente), normas que, embora em vigor, não contem mais com o necessário apoio legitimador da intensa rejeição social que o Direito penal demanda.

Portanto, a adequação social ainda parece um critério válido para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de limitar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos (ainda que em um momento “pré-típico”⁶³). Uma norma penal pode efetivamente restar afastada quando for possível constatar publicamente que a repercussão da conduta que ela regula é praticamente nula no mundo dos fatos (como ocorre com o art. 229, CP) – e essa intelecção aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo, conseqüentemente, abusos.

⁶³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 401.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 16, n. 9, p. 177-203, jan./jun. 2012.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)**. Barcelona: J. M. Bosch, 2001. p. 7-33.
- GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 92, p. 431-456, set./out. 2011.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 110, p. 457-472, set./out. 2014.
- PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 844, p. 435-451, fev. 2006.
- RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no Direito penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 4. ed. Tradução da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1997.
- _____. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B.deF., 2007.
- _____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POLÍTICA CRIMINAL E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA¹

CRIMINAL POLICY AND CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSON

André Luis Pontarolli²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise de fundamentos de política criminal de justificação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em virtude da amplitude temática, a delimitação da abordagem circunscreve o problema de se saber se a responsabilidade penal da pessoa jurídica está de acordo com o fundamento penal de tutela de bem jurídico relevante, nos limites do princípio da intervenção mínima. A partir do problema proposto será desenvolvida a hipótese de que realizações de pessoas jurídicas podem ser lesivas a bens jurídicos relevantes, sendo que a responsabilização penal por tais lesões não se afasta do caráter mínimo do Direito penal, ao contrário, pode contribuir para a redução da seletividade.

Palavras chave: Responsabilidade Penal; Pessoa Jurídica; Política Criminal.

ABSTRACT

The research object of this article is to analyze some fundamentals of criminal policy to justify the criminal liability of legal persons. Due to the thematic scope, the delimitation of the approach involves the problem of knowing whether the criminal liability of the legal person is in accordance with the criminal basics of protection of relevant legal good, within the limits of the principle of minimum intervention. From the proposed problem will be developed the hypothesis that achievements of legal entities can be harmful to relevant legal goods, and the criminal responsibility for such injuries does not deviate from the minimum character of Criminal Law, on the contrary, can contribute to the reduction of selectivity.

Keywords: Criminal Liability; Legal Persons; Criminal Policy.

¹ Artigo entregue à disciplina de Problemas Atuais do Direito Penal Econômico I: A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR), ministrada pelo Professor Paulo César Busato.

² Mestrando em Direito pela Uninter. Pesquisador da linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. *E-mail*: andre_pontarolli@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui objeto de análise em diversos campos de estudo (dogmático, criminológico, constitucional, político-criminal). Assim, antes de se iniciar a abordagem sobre o tema, faz-se necessária a realização do devido recorte, no intuito de que a pesquisa não se perca em amplitude e multiplicidade dialética. Esclarece-se, portanto, que o presente artigo tem por escopo a análise de fundamentos político-criminais justificantes da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

É fato que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já encontra previsão normativa no ordenamento brasileiro, ao menos com relação aos crimes ambientais, o que poderia indicar a superação do debate político-criminal e/ou criminológico, transferindo a atenção exclusivamente para o campo dogmático.

Contudo, as inúmeras críticas lançadas por parcela da doutrina à legislação ambiental, bem como a possibilidade de ampliação da responsabilidade penal dos entes coletivos, inserida no Projeto de Novo Código Penal, mantêm a relevância do debate político-criminal.

Impende obtemperar, igualmente, que o tema permite variadas abordagens no campo da própria política criminal, razão pela qual parece adequado que se faça delimitação ainda mais restritiva. Desta forma, para o fim específico de estruturação do presente artigo, a delimitação se prende à proposição da seguinte questão (problema):

A responsabilidade penal da pessoa jurídica está de acordo com o fundamento penal de tutela de bem jurídico relevante, nos limites do princípio da intervenção mínima?

A proposição deste problema de pesquisa encontra justificativa no fato de que a grande maioria dos penalistas contemporâneos são concordes em afirmar que o Direito penal tem a missão (função) – entre outras variavelmente elencadas – de proteger subsidiariamente (intervenção mínima) os bens jurídicos mais relevantes.

Assim, relevante verificar a adequação (ou não) da responsabilidade penal da pessoa jurídica a esta missão do Direito penal.

A partir do problema proposto desenvolver-se-á a hipótese de que realizações de pessoas jurídicas podem ser tão – ou mais – lesivas a bens jurídicos relevantes, sendo que a responsabilização penal por tais lesões não se afasta do caráter mínimo (fragmentário) do Direito penal, ao contrário, pode contribuir para a redução – ao menos primária – da seletividade.

1 PESSOA JURÍDICA E LESÃO A BEM JURÍDICO RELEVANTE

Bem se sabe que diversos são os autores que tecem críticas, pelo viés dogmático, à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Muito embora se reconheça a importância do debate sobre aspectos dogmáticos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, incluindo os obstáculos tradicionalmente lançados contra a responsabilização, consistentes na falta de capacidade de ação e de culpabilidade; em verdade tais pontos não compõem o objeto do presente trabalho, circunscrito este a questões político-criminais.

É de se acreditar que o debate no campo dogmático deve ser precedido pelo debate político-criminal. Isto porque a constatação positiva de razões político-criminais para a responsabilização dos entes coletivos pode justificar a revisão paradigmática das barreiras dogmáticas. Afinal, diante das transformações sociais: é o Direito que deve se adaptar à realidade e não a realidade ao Direito. Por indiscutível importância, os fundamentos criminológicos justificantes do implemento de uma política criminal de inclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica constaram, inclusive, da exposição de motivos do Projeto de Novo Código Penal brasileiro.³

É evidente que os limites dogmáticos penais são extremamente relevantes, mas não podem se sobrepor às transformações políticos-criminais e aos fundamentos criminológicos. Enfim, se a responsabilidade penal dos entes coletivos se mostra como necessidade para a realização dos “objetivos” do Direito penal, dentro dos contornos essenciais da “missão” deste, a dogmática não deve servir como entrave, mas sim como instrumento de viabilização.

A questão central posta, portanto, é a de saber se as realizações das pessoas jurídicas lesivas a bens jurídicos relevantes devem constituir objeto de reprovação penal, dentro dos limites do princípio da intervenção mínima. Assim, em primeiro lugar, parece ter bom lugar a análise de aspectos relacionados à missão do Direito penal.

³ Paulo César Busato trata sobre a tensão que antecedeu a inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Projeto de Novo Código Penal. Em artigo escrito para a revista “Liberdades”, o autor fez referência à exposição de motivos: “na abertura do texto da Exposição de Motivos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica se procura deixar sentado claro que o modelo dogmático não é uma construção intelectual autojustificável, o que remeteria, imagina-se, ao afastamento de modelos parnasianos voltados unicamente a proporcionar a estabilidade do conjunto normativo. Em seguida, o texto reconhece a realidade criminológica de realização de condutas socialmente danosas, gerenciadas, custeadas ou determinadas por pessoas jurídicas, o que faz entrever um desprendimento em relação às condicionantes ontológicas impostas pelo finalismo, que importam neste caso, especialmente no que refere à teoria da ação, já que parece afirmar o domínio da vontade da pessoa jurídica” (BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal... Op. cit.).

1.1 DIREITO PENAL E TUTELA DE BEM JURÍDICO RELEVANTE

O Direito penal – a se guiar pelo princípio da intervenção mínima e por perspectiva funcionalista teleológica – tem por função a tutela de bens jurídicos relevantes contra agressões perpetradas por terceiros. É fato que a estruturação conceitual do Direito penal não é tarefa simples, muito menos pacífica. Contudo, boa parte da doutrina contemporânea se vale da “figura” do bem jurídico relevante como elemento essencial para delimitar a amplitude da tutela penal. Enfim, o bem jurídico ou constitui fundamento penal, ou ao menos representa interessante barreira de limitação do poder punitivo.

Luigi Ferrajoli afirma que a lesão a um bem jurídico⁴ “condiciona toda justificação utilitarista do Direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo”. Ainda de acordo com o autor, deve haver separação axiológica entre direito e moral, sendo que “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições”⁵.

Claus Roxin leciona no sentido de que as proibições estabelecidas no âmbito penal não se dão por escolha livre do legislador, de forma que não se justificam previsões repressivas para comportamentos meramente imorais ou indesejados (críticas políticas, uso de drogas etc.). A previsão de tipos penais deve se ater a limites, os quais devem ser deduzidos das finalidades do Direito penal. O referido autor considera que o Direito penal tem a finalidade de “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”. Com base neste raciocínio, os limites penais ficam atrelados à característica de “proteção subsidiária de bens jurídicos”⁶.

Juarez Tavares considera o bem jurídico como elemento essencial limitador da estruturação normativa. De acordo com o autor: “o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha

⁴ Ferrajoli posiciona o bem jurídico enquanto essência do Direito penal: “sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do Direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do Direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 374).

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo...** Op. cit., p. 372; 374.

⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-35.

sido lesado ou posto em perigo”. Desta forma, eventuais normas incriminadoras que não guardem relação com a proteção clara de determinado bem jurídico são inválidas. Existência e lesividade ao bem jurídico são, portanto, “pressupostos indeclináveis do injusto penal”⁷.

Paulo César Busato discorre sobre as vantagens de se ter o bem jurídico como missão do Direito penal, sustentando, entre outras razões, que “a identificação com a proteção de bens jurídicos filtra a atuação seletiva do legislador penal, com isso coibindo os desvios do arcabouço de princípios que lhe deve servir de base, e oferece, ao mesmo tempo, um ponto de referência através da ilicitude material”⁸.

É efetivo que existe significativa controvérsia sobre a conceituação de bem jurídico, seja pela confusão entre bem jurídico e objeto material do crime, seja pela abstração conceitual.

Contudo, não se pretende adentrar no presente artigo, sobretudo para não se afastar do objeto da pesquisa, às minúcias conceituais de bem jurídico. Isto porque, o que se quer analisar é a hipótese de que a pessoa jurídica pode (*ou não*) lesionar bem jurídico, constatação independente da adoção de conceito amplo ou restritivo de bem jurídico⁹.

Impende esclarecer que a análise preliminar da missão do Direito penal, atrelada à tutela de bem jurídico relevante, tem papel essencial no presente artigo, pois é preciso conhecer previamente as delimitações decorrentes dos “objetivos” penais, para se saber se a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode estar de acordo com tais “objetivos”.

1.2 ENTES COLETIVOS E AGRESSÃO A BENS JURÍDICOS

Seguindo a perspectiva de tutela de bem jurídico relevante – ainda que se fique com a mais restritiva das acepções – enquanto função precípua do Direito penal, é preciso considerar que a agressão a estes bens jurídicos pode ser perpetrada tanto por pessoas físicas, quanto por pessoas jurídicas.

Decisões tomadas no âmbito de uma determinada pessoa jurídica podem gerar resultados lesivos a bens jurídicos, por vezes com amplitude maior do que condutas praticadas por pessoas físicas. Neste sentido, Paulo Cesar Busato esclarece que “especialmente as lesões

⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2002, p. 199.

⁸ Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro. **Liberdades**, Ed. esp., 2012b. p. 113-114. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

⁹ Explica-se: as realizações de pessoas jurídicas não atingem apenas direitos difusos ou coletivos, o que tornaria necessário maior aprofundamento na conceituação de bem jurídico, mas também aqueles direitos individuais mais básicos, tal qual a vida e a integridade física.

voltadas a bens jurídicos transindividuais como a saúde pública, a fazenda pública ou o ambiente, têm sido, com frequência, perpetradas por sujeitos coletivos”¹⁰.

Seguindo na mesma linha, Fábio Guaragni e Andressa Chiamulera¹¹ inserem, entre os fundamentos político-criminais justificantes da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, o atingimento de bens supraindividuais decorrentes de atividades empresárias impactantes.

É perceptível, portanto, que sujeitos coletivos podem lesionar bens jurídicos relevantes, subsidiariamente protegidos pelo Direito penal.

Vale ressaltar outrossim que, muito embora a pessoa jurídica exista em virtude de ficção legal, tal “existência” é distinta da de seus fundadores, administradores, sócios, investidores, funcionários. Algumas pessoas jurídicas sobrevivem por séculos, superando a incapacidade biológica de pessoas físicas, outras se inserem no cenário econômico global de maneira impensável para pessoas físicas.

Desta forma, boa parte das decisões tomadas pelas pessoas jurídicas são tão plurais e autorreferentes que se torna impossível identificar comportamentos e interesses individuais. O que se quer dizer é que tais decisões representam interesses exclusivos do ente coletivo.

Modernamente a pessoa jurídica tem ocupado amplos espaços de poder, o que lhe garante potencial criativo, mas também destrutivo, forças que não podem ser ignoradas pelo Direito que lhe dá “vida”. Afinal, ao criar um ente ficcional o Direito deve ter instrumentos para contê-lo.

Muitos pensadores sustentam, inclusive, que as grandes corporações se encontram hoje na posição de um novo “Leviatã”. Neste sentido¹² se desenvolve a obra “*The*

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

¹¹ “Acima sugeridos, os fundamentos político-criminais da responsabilidade penal do ente coletivo radicam, dentre outros, na: a) hipertrofia dos riscos derivados dos processos fabris e da necessidade de controle do grande produtor deles, modo geral, o ente coletivo empresário; b) na necessidade de contenção do ente coletivo como agência de poder ocupante de espaços deixados pelo Estado (reconhecendo-se este como estrutura de poder declinante, sobretudo porque “na realidade de nossos dias, a maior parte dos delitos de negócios ou delitos econômicos são cometidos com ajuda de uma empresa, e o crime organizado se serve da maior parte das instituições da vida econômica: estabelecimentos financeiros, sociedades de exportação ou de importação, etc.”⁵ (TIEDEMANN); c) na percepção de que a atividade empresária, quando produz impactos negativos, atinge bens supraindividuais, coincidindo com o reconhecimento de direitos de segunda e, principalmente, terceira dimensão, afirmados constitucionalmente como destinatários de proteção eficiente, inclusive através do Direito penal” (CHIAMULERA, Andressa; GUARAGNI, Fábio André. Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: aspectos práticos da atuação do Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 21., 2015, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2015. p. 95-104. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/congressos_nacionais/Livro_de_Teses_do_XXI_Congresso_Nacional_do_MP.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018).

¹² Sobre o poder contemporâneo exercido por grandes corporações é interessante transcrever trecho da obra de Bakan: “*Over the last 150 years the Corporation has risen from relative obscurity to become the world’s dominant economic institution. Today, corporations govern our lives. They determine what we eat,*

Corporation: the pathological pursuit of profit and power” de Joel Bakan¹³, a qual serviu como inspiração para o famoso documentário de mesmo nome.

Seguindo nesta linha, Paulo César Busato alerta sobre a necessidade contemporânea de que os seres humanos se defendam não só contra os abusos do Estado, enquanto “Leviatã”, mas também “contra o monstro muito maior e muito mais hediondo e insaciável que comanda os cordéis que o movimentam: a pessoa jurídica”¹⁴.

Certas empresas se revelam como verdadeiras estruturas imperiais, com capacidade econômica e força política superiores às de algumas nações. A refletir: será que é possível medir a influência que empresas como Google e Facebook exercem na vida diária de bilhões de pessoas? Convém ressaltar, não obstante, que tal poderio “imperialista” é mais antigo do que se costuma imaginar. Já no século XVII, empresas como a holandesa Vereenigde Oostindische Compagnie¹⁵ (VOC) chegaram a atuar como potências colonizadoras. A empresa mencionada “governou” grande parte da Indonésia por quase 200 anos.¹⁶

what we watch, what we wear, where we work, and what we do. We are inescapably surrounded by their culture, iconography, and ideology. And, like the church and the monarchy in other times, they posture as infallible and omnipotent, glorifying themselves in imposing buildings and elaborate displays. Increasingly, corporations dictate the decisions of their supposed overseers in government and control domains of society once firmly embedded within the public sphere” (“Nos últimos 150 anos, a Corporação saiu da relativa obscuridade para se tornar a instituição econômica dominante no mundo. Hoje as corporações governam nossas vidas. Elas determinam o que comemos, o que assistimos, o que vestimos, onde trabalhamos e o que fazemos. Estamos inescapavelmente cercados por sua cultura, iconografia e ideologia. E, como a igreja e a monarquia em outros tempos, elas se posicionam como infalíveis e onipotentes, glorificando-se em edifícios imponentes e exposições elaboradas. Cada vez mais, as corporações ditam as decisões de seus supostos supervisores nos domínios de governo e controle da sociedade, uma vez firmemente incorporados na esfera pública” (Tradução livre de BAKAN, Joel. **The corporation: the pathological pursuit of profit and power**. Nova York: Free Press, 2005, p. 05).

¹³ Ibid, p. 5.

¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito penal brasileiro**. Curitiba: Edição do Autor, 2012, p. 30.

¹⁵ “Quando os comerciantes da VOC chegaram à Indonésia pela primeira vez em 1603, seu objetivo era estritamente comercial. No entanto, para garantir seus interesses comerciais e maximizar os lucros dos acionistas, os comerciantes da VOC começaram a lutar contra potentados locais que cobravam tarifas infladas, bem como contra concorrentes europeus. A VOC armou seus navios mercantes com canhões; recrutou mercenários europeus, japoneses, indianos e indonésios; e construiu fortes e conduziu batalhas e cercos em grande escala. [...] Uma ilha atrás da outra caiu diante da VOC e uma grande parte da Indonésia se tornou uma colônia da empresa. A VOC governou a Indonésia por quase 200 anos. Foi só em 1800 que o Estado holandês assumiu o controle da Indonésia, tornando-a uma colônia nacional holandesa pelos próximos 150 anos. Hoje, algumas pessoas alertam que as corporações do século XXI estão acumulando muito poder. A história do início da era moderna nos mostra a que ponto isso pode chegar se permitirmos que os negócios persigam seus próprios interesses sem controle algum” (HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução: Janaína Marcoantonio. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 332).

¹⁶ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens...** Op. cit.

É evidente que ainda hoje as empresas possuem significativo enraizamento nas estruturas do Estado, o que pode afetar, inclusive a qualidade da democracia. No Brasil, tal hipótese restou “escancarada” recentemente com a “Operação Lava Jato”. Esta operação acabou por expor manipulações governamentais realizadas por empresas privadas.

Os exemplos poderiam ser os mais variados possíveis, mas a referência específica ao Caso Odebrecht parece ser suficiente para demonstrar o quanto a corrupção perpetrada por empresas privadas é capaz de afetar a igualdade, enquanto essência do princípio democrático, e por consequência a qualidade da democracia.

Os diversos depoimentos prestados pelos executivos da empresa Odebrecht, no bojo de procedimento judicial de colaboração premiada, encontram-se públicos, por decisão do Supremo Tribunal Federal, e já foram amplamente divulgados pelos canais de comunicação.

A partir dos depoimentos, verifica-se a existência de um complexo esquema de corrupção, envolvendo dezenas de políticos (ministros, governadores, senadores, deputados). A Odebrecht, de acordo com as informações divulgadas, teria criado um departamento específico para repassar propinas, buscando: (a) favorecimentos em contratações com o Executivo; (b) liberações de financiamentos estatais; (c) propostas e aprovações de medidas provisórias e de emendas parlamentares; entre outros atos de ofício. O dinheiro era repassado aos políticos por doações oficiais, entregas em espécie e depósitos em contas estrangeiras.¹⁷

É fato, portanto, que grandes empresas exercem inegável poder em sociedade e, dessa maneira, podem perpetrar graves agressões a bens jurídicos individuais, coletivos e difusos.

De toda forma, a fim de ilustrar como decisões tomadas no âmbito de uma pessoa jurídica podem resultar em graves lesões a bens jurídicos, faz-se referência derradeira ao case do veículo Ford Pinto¹⁸.

¹⁷ Informações extraídas de notícia jornalística disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-veja-as-suspeitas-levantadas-sobre-os-principais-politicos.ghtml>

¹⁸ O caso do Ford Pinto é narrado em diversas obras literárias e jurídicas. A extração de referência parte da narrativa de Michael Sandel, em seu curso “Justice”: “Durante os anos 1970, o Ford Pinto era um dos carros compactos mais vendidos nos Estados Unidos. Infelizmente seu tanque de combustível estava sujeito a explodir quando outro carro colidia com ele pela traseira. Mais de quinhentas pessoas morreram quando seus automóveis Pinto pegaram fogo e muitas mais sofreram sérias queimaduras. Quando uma das vítimas processou a Ford Motor Company pelo erro de projeto, veio a público que os engenheiros da Ford sabiam do perigo representado pelo tanque de gasolina. Mas os executivos da companhia haviam realizado uma análise de custo e benefício que os levava a concluir que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam os 11 dólares por carro que custaria

Em síntese, o Ford Pinto, famoso nos EUA na década 1970, acabou sendo comercializado com um grave problema estrutural: o tanque de combustível explodia em colisões traseiras, causando mortes e lesões. Ciente do problema, a Ford tinha dois caminhos a seguir: de um lado, fazer os reparos em todos os veículos; de outro lado, deixar os veículos circulando e arcar com as indenizações decorrentes das explosões.

A Ford fez alguns cálculos e chegou à conclusão de que sairia mais barato pagar as eventuais indenizações do que realizar os reparos. A escolha foi feita pela empresa em prejuízo deliberado dos consumidores, tendo resultado na morte de várias pessoas. O caso Ford Pinto bem evidencia como a tomada de decisões no âmbito de pessoas jurídicas pode ser amplamente lesiva a bens jurídicos essenciais (vida e integridade física).

Bem se percebe, portanto, que a agressão perpetrada por pessoas jurídicas contra bens jurídicos relevantes é uma realidade que se evidencia. Assim, se a missão do Direito penal recai sobre a tutela destes mesmos bens jurídicos relevantes, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se reveste de pleno sentido político-criminal.

Claro que isso resulta na mudança de concepções dogmáticas. Contudo, não se pode ignorar que a transformação da realidade importa na necessária superação de paradigmas¹⁹.

para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro. Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria de segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim, a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro. O júri ficou revoltado quando tomou conhecimento do estudo e determinou que fosse paga ao autor da ação uma indenização de 2,5 milhões de dólares pelos prejuízos e 125 milhões de dólares por danos morais (total reduzido mais tarde para 3,5 milhões)” (SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é a coisa certa a fazer. Tradução: Heloisa Matias e Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 57-58).

¹⁹ Fala-se aqui em paradigma a partir da construção teórica elaborada por Thomas Kuhn: “A ciência normal não se propõe a descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem-sucedida, não as encontra. Entretanto, fenômenos novos e insuspeitados são periodicamente descobertos pela pesquisa científica; cientistas têm constantemente inventado teorias radicalmente novas. O exame histórico nos sugere que o empreendimento científico desenvolveu uma técnica particularmente eficiente na produção de surpresas dessa natureza. Se queremos conciliar essa característica da ciência normal com o que afirmamos anteriormente, é preciso que a pesquisa orientada por um paradigma seja um meio particularmente eficaz de induzir a mudanças nesses mesmos paradigmas que a orientam” (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 78).

2 EXPANSÃO DESARRAZOADA OU REDUÇÃO DA SELETIVIDADE

Com base na premissa de que o Direito penal tem por missão a tutela subsidiária de bens jurídicos relevantes, concluiu-se que pessoas jurídicas podem lesionar de forma significativa bens jurídicos relevantes, justificando-se, por consequência, a intervenção penal. Contudo, neste ponto, surge nova questão a ser analisada:

A responsabilização do ente coletivo situa-se dentro dos limites da intervenção mínima ou se revela como “expansionismo” desarrazoado?

A hipótese – em continuidade – sustentada no presente artigo é a de que tal forma de responsabilidade – por si²⁰ – não se distancia do caráter penal de *ultima ratio*, diferente disso, pode funcionar como elemento primário de redução da seletividade.

2.1 INTERVENÇÃO MÍNIMA E EXPANSÃO PENAL

O Direito penal tem experimentado historicamente a tensão dialética entre correntes redutoras (Direito penal mínimo, garantismo, abolicionismo), de um lado, e ampliativas, de outro lado.

Silva Sánchez²¹ discorre com profundidade sobre a expansão penal como marca das legislações contemporâneas. O termo expansão é amplo, não sendo possível estabelecer uma conceituação unívoca, da mesma forma que não se pode precisar matematicamente o que é Direito penal mínimo. Assim, parece mais adequado se referir a tendências expansionistas, de um lado, e minimalistas, de outro.

Silva Sánchez²² inclui, entre as tendências expansionistas: a ampliação de tipos penais, a restrição de garantias e a “criação” de novos bens jurídicos.

²⁰ Usa-se a expressão “por si” como espécie de ressalva, pois a deturpação do modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica pode caminhar para eventual expansão desarrazoada, o que se verifica já em hipóteses de responsabilização de pessoas físicas. É importante frisar que expansões desarrazoadas constituem problemas maiores e independentes da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

²¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²² De acordo com o autor: “não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido de introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a ‘reinterpretação’ das garantias clássicas do Direito penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos ‘bens jurídicos-penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito penal**... Op. cit., p. 28).

Faz-se este introito sobre a expansão penal, pois um dos argumentos contrários – pelo viés político-criminal – à responsabilidade penal da pessoa jurídica relaciona-se ao suposto potencial “expansionista” de tal hipótese de responsabilização, o que marca presença, inclusive, na reflexão do próprio Silva Sánchez.

Contudo, é preciso analisar tal crítica pela perspectiva de ampliação (ou não) do espectro de proteção de bens jurídicos, a fim de se saber se a punição da pessoa jurídica por seus crimes representa afastamento do princípio da intervenção mínima.

Para se concluir pela expansão é preciso saber se a responsabilidade penal da pessoa jurídica importa, obrigatoriamente, na criação de novos tipos penais, na criação de outros bens jurídicos, na redução de garantias ou na ampliação da criminalização de riscos abstratos. Não parece ser o caso.

Ademais, a simples referência à expansão não tem conotação necessariamente negativa, pois, conforme ponderação do próprio Silva Sánchez, a expansão pode ser razoável ou desarrazoada. É preciso ressaltar, portanto, que nem toda ampliação do Direito penal é injustificada e/ou atentatória ao seu caráter de *ultima ratio*.²³

Conforme mencionado, o fenômeno da “*expansão penal*” tem múltiplas dimensões, tais como a criação de novos tipos penais, a criminalização do risco e a administrativização do Direito penal. Interessante é que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não importa necessariamente na criação de novos tipos penais, na criminalização do risco ou na administrativização penal.

Em verdade, a responsabilidade penal da pessoa jurídica importa tão somente no reconhecimento normativo de mais um sujeito ativo que pode lesionar bens jurídicos relevantes. Ou seja, criminalizar a pessoa jurídica não significa expandir o espectro de bens jurídicos tutelados pelo Direito penal, nem na redução de garantias ou na criminalização de novos riscos.

Proposições voltadas para a transformação do Direito penal nestas outras perspectivas ampliativas constituem problemas político-criminais diversos do circunscrito a incluir a pessoa jurídica como potencial responsável por crimes já previstos no ordenamento jurídico-penal.

Convém ressaltar que a afirmação político-criminal de que o ente coletivo deve ser responsabilizado não implica na aceitação automática de que tal responsabilidade deve ser ampla e irrestrita.

²³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito penal...** Op. cit., p. 2019.

Enfim, a conclusão a que se chega é a de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por si só, não importa em expansão penal desarrazoada, sobretudo porque não depende da ampliação de bens jurídicos tutelados, nem da criação de novos tipos penais, mantendo-se incólumes, portanto, a fragmentariedade e a utilização subsidiária do Direito penal. Ou seja, a responsabilidade criminal dos entes coletivos não contraria o princípio da intervenção mínima.

Não se ignora, por evidente, que a ideia de expansão penal também se relaciona à criminalização secundária, sendo que é possível vislumbrar quadro “expansionista” – matematicamente falando – quando a norma penal permite um atingimento maior de sujeitos ativos. Por este cariz, é inegável que a possibilidade de se responsabilizar mais sujeitos ativos (incluindo pessoas jurídicas) representa a possibilidade de maior incidência penal.

Contudo, neste ponto é necessário questionar, como contraponto: (a) a busca do atingimento igualitário de sujeitos que lesionam bens jurídicos relevantes não é necessária à redução da seletividade penal? (b) se uma pessoa jurídica agride um bem jurídico penal não deve receber tratamento jurídico igualitário ao recebido por uma pessoa física que agride o mesmo bem jurídico?

2.2 PESSOA JURÍDICA E SELETIVIDADE PENAL

É necessário ponderar que a redução da seletividade penal, reclame legítimo da criminologia crítica, acaba resultando na ampliação numérica da criminalização secundária, mas sem importar na expansão da dimensão penal primária. Contudo, é de se crer que a diminuição da seletividade não importa em afronta ao princípio da intervenção mínima, ao contrário, serve como redutor da desestabilidade igualitária do sistema punitivo.

Uma pessoa física que comete um crime de homicídio pode ter contra si responsabilizações nas esferas cível, administrativa e penal. Por outro, o mesmo ato, quando praticado por pessoa jurídica, só enseja as hipóteses cível e administrativa. Este tratamento distintivo constitui importante questão a ser enfrentada, pois, se a missão penal está atrelada à tutela de bem jurídico, não se mostra razoável a existência de respostas desiguais diante de um mesmo tipo de agressão.

Desta forma, ponderação deve ser feita quanto à necessária efetivação de tratamento igualitário entre pessoas físicas e jurídicas.

Nesta linha, Paulo César Busato afirma não ser razoável que a pessoa jurídica exerça plenamente a condição de sujeito de direitos, mas não possa ser “sujeito de deveres com

relação à contenção de condutas de agressão intolerável a bens jurídicos essenciais”²⁴. O autor, ao firmar a sua posição, analisa detidamente a forma como a responsabilidade penal da pessoa jurídica acabou sendo indevidamente excluída no âmbito do *Civil Law*, pregando um necessário resgate histórico daquilo que teria sido uma verdadeira fraude²⁵.

A seletividade é um dos graves problemas do Direito penal, notadamente porque rompe com toda e qualquer expectativa de efetivação do princípio da igualdade. É claro que as agências punitivas não possuem instrumentos para atingir a totalidade de pessoas que delinquem, o que gera a inevitável tensão entre inação e seletividade.²⁶

Contudo, a insídia da seletividade reside no direcionamento²⁷ sistêmico do aparato punitivo contra alguns, enquanto outros são deliberadamente poupados. Tudo de acordo com os rótulos e perfis preconcebidos.

Assim sendo, não é minimamente razoável que alguns sujeitos ativos sejam poupados deliberadamente pela norma penal. Ainda mais desarrazoado parece ser o ato de exclusão de sujeitos ativos, que podem lesionar o bem jurídico tutelado, já no processo de criminalização primária. Afinal, conforme leciona Zaffaroni, a criminalização primária encerra uma espécie de seletividade, mas esta deve “permanecer em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam”.²⁸

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** Op. cit., p. 22.

²⁵ “Na penumbra, porém, organizava-se um arsenal de direitos a serem afirmados em favor das corporações, sempre e progressivamente tendo reconhecidos direitos e garantias, mas nunca se submetendo ao controle social ingente do sistema punitivo. Estas e não outras razões deram azo ao afastamento da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no âmbito do *Civil Law*. A partir daí o desenvolvimento de toda a teoria do delito, que surge a posteriori, toma por dogma as bases de exclusão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Daí que a opção de criminalização das pessoas jurídicas corresponda, na verdade, ao resgate histórico de uma fraude, da qual os homens foram vítimas há centenas de anos. Trata-se não de uma necessidade dos tempos modernos, mas de um ajuste de contas ancestral” (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...** Op. cit., p. 29).

²⁶ SLOKAR, Alejandro W.; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1: Teoria Geral do Direito penal. p. 42.

²⁷ “A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por consequência, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorrealiza)” (SLOKAR, Alejandro W.; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro...** Op. cit., p. 47).

²⁸ SLOKAR, Alejandro W.; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro...** Op. cit., p. 42.

Desta forma é possível concluir que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é instrumento de redução da seletividade sistêmica, vez que viabiliza um tratamento igualitário – ao menos no âmbito de criminalização primária – a todos os sujeitos de direitos e de deveres responsáveis por agressões contra bens jurídicos relevantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de se analisar a viabilidade político-criminal da responsabilidade penal da pessoa jurídica, partiu-se no presente artigo da premissa de que o Direito penal – a se guiar pelo princípio da intervenção mínima e por perspectiva funcionalista teleológica – tem por função (missão) a tutela de bens jurídicos relevantes contra agressões perpetradas por terceiros.

Com base nesta missão do Direito penal restou estruturado o problema central de estudo, proposto nos seguintes termos: a responsabilidade penal da pessoa jurídica está de acordo com o fundamento penal de tutela de bem jurídico relevante, nos limites do princípio da intervenção mínima?

Com base neste problema central, buscou-se verificar: (a) se agressões a bens jurídicos relevantes podem ser perpetradas por pessoas jurídicas; (b) se a eventual responsabilização das pessoas jurídicas estaria de acordo com o princípio da intervenção mínima; (c) se a responsabilidade dos sujeitos coletivos poderia se revelar como instrumento de redução da seletividade.

Eis as conclusões:

A uma, a agressão perpetrada por pessoas jurídicas contra bens jurídicos relevantes é uma realidade – empiricamente demonstrável – que se evidencia. Assim, se a missão do Direito penal recai sobre a tutela destes mesmos bens jurídicos relevantes, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se reveste de pleno sentido político-criminal.

A duas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por si só, não importa em expansão penal desarrazoada, sobretudo porque não depende da ampliação de bens jurídicos tutelados, nem da criação de novos tipos penais, mantendo-se incólumes, portanto, a fragmentariedade e a utilização subsidiária do Direito penal. Ou seja, a responsabilidade criminal dos entes coletivos não contraria o princípio da intervenção mínima.

A três, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é instrumento de redução da seletividade sistêmica, vez que viabiliza um tratamento igualitário – ao menos no âmbito de criminalização primária – a todos os sujeitos de direitos e de deveres responsáveis por agressões contra bens jurídicos relevantes.

REFERÊNCIAS

- BAKAN, Joel. **The corporation: the pathological pursuit of profit and power**. Nova York: Free Press, 2005.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito penal brasileiro**. Curitiba: Edição do Autor, 2012a. _____ . Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro. **Liberdades**, São Paulo, Ed. esp., p. 98-128, set. 2012b. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.
- CHIAMULERA, Andressa; GUARAGNI, Fábio André. Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: aspectos práticos da atuação do ministério público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 21., 2015, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2015. p. 95-104. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/congressos_nacionais/Livro_de_Teses_do_XXI_Congresso_Nacional_do_MP.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.
- GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução: Janaína Marcoantonio. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é a coisa certa a fazer**. Tradução: Heloisa Matias e Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SLOKAR, Alejandro W.; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1: Teoria Geral do Direito penal.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL: UMA ABORDAGEM PARA UMA POSSÍVEL SANÇÃO PENAL ÓTIMA PARA OS DELITOS COMETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS

CRIMINAL LAW AND ECONOMICS: AN APPROACH TO A POSSIBLE OPTIMAL PENALTY FOR THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

Samuel Ebel Braga Ramos¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo apresentar um contorno inicial sobre análise econômica do Direito penal, com a aproximação do direito e da economia. Desse modo – e através de um olhar a partir das teorias econômicas – propõe uma abordagem sobre uma possível sanção penal para os delitos cometidos pelas pessoas jurídicas, minimizando o custo marginal da aplicação da penalidade, elevando a eficácia da pena e sua capacidade de dissuasão, em combate a latente criminalidade corporativa.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito penal; Sanção Penal; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

ABSTRACT

The present article aims to put an initial view on economic analysis of criminal law, with the approach of Law and eEconomics. Through the economic theories, – and through a deep look from the economic theories – propose an approach on a possible optimal penal sanction for crimes committed by legal entities, minimizing the marginal cost of applying the penalty, increasing the effectiveness of the penalty against corporate crimes.

Keywords: Criminal Law and Economics; Penalties; Corporate Criminal Liability.

¹ Mestrando em Direito pelo PPGD/UNINTER. Pós-Graduado em Direito Tributário. Pesquisador do Núcleo Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: samuel@ebelbattu.adv.br

INTRODUÇÃO

Os juristas e economistas partilham de um senso comum: a lei é um mecanismo para orientação do comportamento social e os incentivos e recompensas (*pay-offs*, em uma linguagem da teoria econômica) são centro da análise primária em qualquer caso a ser analisado.

A abordagem econômica do crime baseia-se no pressuposto de que os criminosos, as vítimas e os responsáveis pela lei são racionais e tomam decisões racionais. A decisão de se envolver na prática de um crime é vista como não diferente em termos de escolha de um emprego lícito. Um indivíduo participa de atividades criminosas porque oferece um fluxo de benefícios maior que o uso legítimo de seu tempo e esforço.

Se pensarmos que criminosos podem ser dissuadidos pelas penas e consequências jurídicas previstas pela lei, a sociedade – através de seus legisladores – deve decidir o tipo e o tamanho das penalidades pelos crimes. Tais questões serão determinadas pela medida em que diferentes tipos de consequência jurídica pela prática de crime (multas, prisões, serviços comunitários, medidas de segurança etc.) dissuadir o crime, em comparação com os respectivos custos de cada sanção.

Partindo dessa premissa, os custos da aplicação de consequências jurídicas pela prática de delitos é o ponto aqui apresentado da aproximação entre Direito penal e Economia. Dessa forma, como pensar em uma resposta penal ótima para as pessoas jurídicas, equilibrando seus custos com a eficiência de sua aplicação?

Para a resposta do problema apresentado, o artigo utiliza do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica. O tema tem seu recorte nos tópicos que apresentam um olhar inicial sobre a Análise Econômica do Direito, da aproximação entre o Direito penal e a Economia para, ao final, pensar na possibilidade das medidas de segurança se apresentarem como uma sanção penal para os delitos praticados pelas pessoas jurídicas.

O objetivo aqui buscado é, portanto, apresentar fundamentos da teoria econômica para se pensar em uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas, constituindo bases para o equilíbrio dos custos da aplicação da consequência jurídica pela prática do delito e a dissuasão do agente criminoso na prática do ilícito penal.

1 APONTAMENTOS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A interação² entre Direito e Economia pode parecer uma interdisciplinaridade estranha aos juristas. Enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas. Entretanto, mostrou-se prudente a aglutinação destes campos de estudo diante a análise das interações humanas e a busca do aperfeiçoamento do direito, com a aplicação de suas normas e suas devidas consequências. É que aqui assume-se a expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*³.

Na visão de Talia Fischer⁴, Economia é a ciência social que analisa a escolha e o comportamento racional dos indivíduos na produção e consumo de bens econômicos, ou seja, bens que são escassos. A suposição subjacente da análise econômica é que, em condições de escassez, os agentes – *sejam eles indivíduos, empresas, o Estado* – atuem como maximizadores racionais e voltados para o futuro de seus utilitários.

Fischer assenta que a análise econômica baseia-se na afirmação de que os agentes estão bem conscientes de suas preferências e operam de forma racional para promovê-los. A partir dessa suposição de maximização racional deriva princípios econômicos centrais – estes incluem a proposição de que os indivíduos não agirão, a menos que o benefício esperado da ação supera seu custo esperado.

² Neste sentido: “Disso decorre que a Ciência Econômica, responsável pelo estudo da relação entre a escassez dos recursos versus as necessidades humanas ilimitadas, entrelaça-se com a Ciência Jurídica, cujo escopo é o enquadramento das mencionadas relações nas normas jurídicas. Não houvesse escassez ou a necessidade de repartir os bens entre os homens, não existiriam sistemas econômicos, tampouco a própria Economia – que é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes para satisfazer a necessidade humana” (GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016, p. 79).

³ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, “*Economic Analysis of Law*”. Da mesma forma, em Portugal adotou-se “Análise Económica do Direito”. Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*). Ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita; EVG, 2017, p. 17.

⁴ FISCHER, Talia. Economic analysis of criminal law. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Handbook of criminal law**. Oxford: Oxford University, 2014, p. 38.

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia⁵ como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”. Para Nicholas Mercuro e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”⁶.

A Economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso. Mais ainda, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. *As leis não são apenas argumentos técnicos; elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes*⁷.

A *Análise Econômica do Direito*, segundo Javier Jiménez⁸, constitui uma das modalidades de exame substantivo e substancial do fenômeno jurídico. Dito exame, segundo o autor, concentra-se na construção, concepção, conceituação e qualificação, crítica e renovação das instituições jurídicas e dos atos da vida, a partir de um método jurídico; não se pode negar a correlação entre as instituições e métodos jurídicos e as instituições sociais, em particular, as de natureza econômica.

Pierluigi Chiassoni⁹ apresenta três fases da Análise Econômica do Direito¹⁰: As origens nos anos 60, com trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Armen Archer; a

⁵ Bruno Salama, na obra aqui citada, aduz que “A disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do temário da disciplina de Direito e Economia. Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite”.

⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit., p. 15

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 26.

⁸ IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011, p. 23.

⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra, 2013, p. 48-49.

¹⁰ Conforme Cento Veljanovski: “*The economics of law can be defined rather crudely as the application of economic theory, mostly price theory, and statistical methods to examine the formation, structure, processes and impact of the law and legal institutions. No consensus has yet emerged, nor do economists possess a unified theory of law*”. In: VELJANOVSKI, Cento. **The Economics of Law...** Op. cit.

fase de expansão, nos anos 70, na obra de Richard Posner e investigações subsequentes de Calabresi; a fase de consolidação nos anos 80, na denominada *Escola de Chicago*.

Ivo Gico Jr.¹¹ apresenta um conceito para a *Análise Econômica do Direito*. Trata-se do campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Um ramo da *Economics of Law*, conforme Cento Veljanovski¹², diz respeito a leis que regulam a atividade econômica. Esse ramo examina as leis que afetam mercados, indústrias e empresas e variáveis econômicas, tais como preços, investimentos, lucros, distribuição de renda e alocação de recursos em geral. Além disso, inclui legislação em matéria de concorrência (antitruste), indústria ou regulamentação de serviços públicos (regulamentação das empresas de serviços públicos privatizados e estatais), empresas, valores mobiliários, impostos, comércio, investidores e leis de defesa do consumidor.

Assim, assumindo que o Direito visa regulamentar o comportamento humano e que a Economia se apresenta como a ciência que se encarrega de analisar estes comportamentos e suas consequências na conjuntura onde os recursos são escassos, a Análise Econômica do Direito surge com o objetivo de prover aos juristas escolhas racionais, visando a máxima eficiência e vindo à tona a aplicação dessas análises no Direito penal.

¹¹ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010, p. 8. E continua o autor: “A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas”. Op. cit., p. 18.

¹² VELJANOVSKI, Cento. Op. cit., p. 25. Segundo o Autor: “*The application of economics to the law is not confined to those areas of law that directly affect markets or economic activity. It goes well beyond these to examine fundamental legal institutions. The more innovative extension of economics is the so-called economics of law or law-and-economics, which takes as its subject matter the entire legal and regulatory systems irrespective of whether or not the law controls economic relationships. It looks in detail at the effects and the structure of the legal doctrines and remedies that make up existing laws. This branch of the economic approach to the law is often seen as synonymous with the analysis of the common law – judge-made law on contract, property and tort (the area of the common law that deals with unintentional harms such as accidents and nuisance) – and family and criminal laws, and many other areas such as legal procedure.*”

2 UMA ECONOMIA DO CRIME

As relações entre Direito e Economia, muito embora tenham se firmado no campo dos contratos, atualmente tem se voltado para outros planos jurídicos – *no caso, o Direito penal* –, descortinando novas abordagens e formas de pensamento sobretudo para entender o comportamento criminoso e seu custo. Mais a frente, pode-se pensar em penas com alto grau de eficácia e eficiência sob o viés econômico, equilibrando os custos com a justa punição estatal pelo cometimento de delitos.

A *Análise Econômica do Direito* proporcionou uma nova perspectiva no enfrentamento de fatores sociais através do prisma da Economia, na latente união com a ótica jurídica. Com isto, a *Análise Econômica do Direito penal (Economia do Crime, Análise Econômica do Crime, Criminal Law and Economics – assumindo terminologias diversas)* apresentou novas leituras dos fenômenos sociais criminais a partir de fundamentos da Economia.

O Direito penal se conceitua como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como penas ou as medidas de segurança¹³.

Nesse sentido, através dos crimes econômicos, o Direito penal pode proteger, com dimensão variável em cada ordenamento jurídico, segmentos específicos dessas estratégias (política econômica *stricto sensu*, política monetária, política fiscal, política financeira e política cambial). Sob esta ótica, pudemos certificar que o Direito penal econômico possui um objeto de ilícito com características muito especiais (bem jurídico supraindividual, polissêmico, promocional, mutável e instrumental)¹⁴.

Na concepção de Steven Shavell, a Economia trata o Direito penal como uma das formas de controle das atividades que se apresentam como nocivas e contrárias às normas. O Direito penal concorre com outros campos do direito, tais como o administrativo e o tributário, como forma de cooperação na prevenção de atividades que imponham custos sociais que excedam os seus benefícios sociais¹⁵.

Dada a estrutura dos custos e benefícios, *o Direito penal é usado se permitir que a sociedade se aproxime de um nível socialmente equilibrado de atividade prejudicial. O domínio adequado para o uso do Direito penal é assim determinado de forma pragmática*

¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 01.

¹⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 121.

¹⁵ SHAVELL, Steven. The Optimal Structure of Law Enforcement. **Journal of Law and Economics**, v. 6, n. 1, Part 2 (Apr., 1993), p. 255-287.

pelos custos e benefícios do uso de ferramentas de Direito penal em relação ao uso de instrumentos não criminais¹⁶.

Uma parte da literatura oriunda da *Law and Economics* levanta o questionamento se os comportamentos potencialmente criminosos se afligem diante o Direito penal. Surge a pergunta: *os criminosos em potencial mudam seu comportamento em resposta às diferentes propostas de uma política criminal*¹⁷?

Na busca pelo equilíbrio econômico, Vilfredo Pareto¹⁸ apresentou o que ficou conhecido como o Ótimo de Pareto (também chamado de *Pareto Eficiente* ou *Melhoria de Pareto*). Em suma, o Ótimo de Pareto é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Em um mundo onde os recursos são escassos e limitados, para alguém ganhar, outra pessoa não precisa perder. O ponto ótimo é o exato momento desse equilíbrio¹⁹.

O Ótimo de Pareto e o Direito se encontram quando se assume que os agentes econômicos ao agirem de forma racional adotam um ponto ótimo quando tem essa possibilidade, ou seja, se uma mudança de condição beneficia uma pessoa sem prejudicar ninguém, tal alteração deve ser realizada. Dessa forma, emerge a possibilidade do Direito penal buscar formas de sanções penais ótimas, com gastos mínimos aos Estado e alto grau de eficiência.

Assim, buscou-se a escolha ótima entre a execução pública e privada. A caracterização econômica da escolha entre confiar em processos essencialmente privados, tais como responsabilidades extracontratuais e contratuais, ou em processos públicos, como as responsabilidades e processos criminais – podendo ser incluído o direito administrativo – não restou plenamente satisfatório.

¹⁶ BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. **Journal of Law and Society**, v. 35, n. 3, p. 389-416, Sep. 2008, p. 11.

¹⁷ Esse é o objetivo da literatura sobre a melhor aplicação da lei. A partir de Gary Becker (1968), centrou-se no equilíbrio entre a probabilidade e a gravidade da punição como meio de conseguir uma aplicação da lei eficiente. A principal contribuição desta literatura é fornecer uma teoria do comportamento criminal e como os criminosos reagem aos incentivos. Mais em: BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, n. 76, 1968. p. 169-217. Novas pesquisas atualizadas recentes incluem N. Garoupa, "The Theory of Optimal Law Enforcement" (1997) 11 *Journal of Economic Surveys*, 267-296; Polinsky e S. Shavell, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law" (2000) 38 *Journal of Economic Literature*, 45-76; e A.M. Polinsky e S. Shavell, "Aplicação Pública de Direito, incluindo Direito penal", *Manual de Direito e Economia* (Amsterdã: Elsevier, 2007). Quanto ao apoio empírico para a hipótese de dissuasão, ver em S. Levitt e T. Miles, "Estudo empírico de punição criminal", *Manual de Direito e Economia* (Amsterdã: Elsevier, 2007).

¹⁸ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

¹⁹ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40

Provavelmente, a mais abrangente e ambiciosa teoria econômica existente de “por que o Direito penal?” é proposta por Richard Posner²⁰. Ele argumenta que a diferença fundamental entre danos e crimes (*torts and crimes*) é que ambos punem o comportamento que ultrapassa os mercados existentes, entretanto, enquanto os crimes são puramente transferências coercitivas, danos são acidentes de atividades produtivas.

Essencialmente, as explicações econômicas para o “*why criminal law?*” apontam que os atos contrários às leis serão caracterizados como crimes se o indivíduo tentar estabelecer condições sob as quais uma transferência de direitos ocorrerá se essas condições não estão em conformidade com as que a sociedade estipulou. A sociedade se recusa a aceitar os esforços do indivíduo para redefinir os termos de transferência²¹ – no Direito penal, aproxima-se esta ideia à reprovabilidade da conduta.

Tem-se que a *Análise Econômica do Crime* foi primordialmente abordada por Gary Becker, em seu ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, no qual o autor associou a prática de crimes com fundamentos da Economia. Em seu escrito, Becker parte da premissa de que há uma escolha racional efetuada pelos indivíduos, partindo do pressuposto de que os agentes criminosos em suas ações estão munidos de grande racionalidade, a qual se baseia na aferição do equilíbrio entre os custos e benefícios da atividade criminosa.

Becker ainda indaga o que define a quantidade e a espécie dos recursos e sanções de que o Estado se vale para colocar em prática a legislação penal, assim como reflete acerca da razão pela qual existem diferenças tão acentuadas na forma como cada lei é executada. Considerados esses questionamentos, bem como influxos econômicos e jurídicos, o autor avalia a quantidade de recursos e a extensão da punição necessárias à eficiência das diversas leis penais. A partir disso, também pretende aferir quantas e quais ofensas devem ser punidas e quantos infratores devem ficar impunes. Dessa forma, o autor conclui que a eficiência da legislação criminal vincula-se ao custo de detecção das atividades criminosas e de condenação dos infratores, bem como da resposta dos criminosos ao avanço da lei e da natureza das sanções²².

De fato, Becker busca demonstrar que os indivíduos, ao agirem racionalmente e perpetrarem um ilícito penal, equacionam os custos e benefícios decorrentes da atividade ilegal. Assume-se, assim, de acordo com a *Análise Econômica do Crime*, que um sujeito

²⁰ POSNER, Richard. An economic theory of criminal law. **Columbia Law Review**, n. 85, 1985, p. 1193-1231.

²¹ KLEBORICK, Alvin K. Legal theory and the economic analysis of torts and crimes. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 5, June 1985, p. 907.

²² GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Op. cit., p. 90.

cometerá um delito se a utilidade esperada exceder a utilidade que se poderia obter mediante o dispêndio de tempo e outros recursos em outras atividades²³.

A incursão de um sujeito na atividade criminosa, assim, não decorre de divergências entre as suas motivações e as dos demais, mas do fato de que os custos e benefícios de suas atividades – delitivas ou não – diferem. A assertiva se resume na afirmação de Becker, que *aquele que decide sempre deseja aumentar o que foi conseguido para um plano mais elevado, denominado benefício marginal, que, por sua vez, leva ao incremento do obstáculo (denominado custo marginal)*²⁴.

Em uma análise comportamental, o agente criminoso promove o equilíbrio dos benefícios esperados com os ganhos derivados da sua atividade criminosa – seja tangível (crimes patrimoniais) ou intangível (a dor e o sofrimento da vítima, em alusão aos crimes contra a pessoa).

Os custos do ato criminal incluem os recursos gastos para cometer o crime (por exemplo, ferramentas de roubo, confecção de documentos falsos), os custos de se evitar a captura (destruição de evidências, pequenas corrupções), os custos de oportunidade e, o mais importante, *os custos esperados da punição criminal*.

A *Análise Econômica do Direito penal* refere-se à aplicação do raciocínio econômico às regras e instituições criminais. De acordo com os contornos gerais da análise econômica e com o princípio da maximização racional, *a abordagem econômica do Direito penal pressupõe que os criminosos são agentes racionais que procuram maximizar seus serviços públicos no contexto criminal*. Eles comparam os custos esperados da atividade criminal com seus benefícios esperados e se envolvem na atividade criminosa quando este supera o primeiro²⁵.

Assim, os crimes econômicos e principalmente os oriundos de pessoas jurídicas, podem ser analisados através de uma ótica econômica, assumindo posicionamento acerca destes delitos no Brasil.

3 A PESSOA JURÍDICA E SUA RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma discussão que adquiriu grandes contornos e relevância no Brasil, pelo viés das políticas criminais para prevenir e reprimir o injusto praticado pela empresa, bem como sob o viés da dogmática penal.

²³ Ibid., p. 87.

²⁴ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economic of crime and punishment**. 1974, p. 20.

²⁵ FISCHER, Talia. Op. cit., p. 39.

Dessa forma, tem-se que o aumento da criminalidade empresarial – *com envolvimento direto da pessoa jurídica* – levantou a discussão sobre uma regulação da criminalidade oriunda das pessoas jurídicas e enfrentamento da problemática dos delitos cometidos por entes empresariais, os quais tem desempenhado fundamental papel na prática de crime.

De forma a iniciar o estudo, apresenta-se a criminalidade envolvendo a empresa em três grandes espécies: a criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, a criminalidade que se desenvolve dentro da empresa contra a própria empresa e a criminalidade que se projeta a partir da empresa²⁶.

Entender a natureza da pessoa jurídica sempre foi a problemática inicial de toda discussão que envolve o tema. Pode-se delimitar em duas vertentes²⁷: na primeira, construção de Friedrich Carl von Savigny, este considerou que as pessoas jurídicas são ficções legais oriundas de criações da lei, ou seja, *meras ficções*; a segunda, proposta por Otto Gierke, entende que as pessoas jurídicas são organismos sociais assemelhados às pessoas naturais, *inclusive com vontade própria*.

Em uma análise inicial, a grande barreira para a discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil está diretamente associada à dogmática penal desenvolvida pela escola finalista²⁸ do Direito penal: *capacidade de ação e culpabilidade*.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XLI, fasc. 1, p. 529-558, enero/abr. 1988, p. 529-531.

²⁷ Na atualidade, destaca-se e predomina a teoria segundo a qual a pessoa jurídica não se trata de uma mera ficção (como nas linhas escritas por Savigny), o certo é que também se aceita amplamente que a realidade da pessoa jurídica é inteiramente diversa da realidade da pessoa física. Trazendo como exemplo o direito civil, Washington de Barros Monteiro, “a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1). A pessoa jurídica, no dizer de Miguel Reale, “não é algo de físico e de tangível como é o homem, pessoa natural” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991).

²⁸ A Escola Finalista, desenvolvida fundamentalmente por Hans Welzel, pode ser considerada a principal escola de Direito penal no século XX. Para tal escola, que encontra grande aceitação até os dias de hoje, trata-se de perceber que a regulação jurídica da vida em sociedade está determinada por categorias a priori, isto é, que determinadas estruturas humanas são necessariamente a forma pela qual uma conduta poderá ser juridicamente avaliada e regulada. Assim, exemplarmente, Hans Welzel vai afirmar que o conceito jurídico-penal de Ação não pode prescindir do fato de que todo agir humano é um agir orientado finalisticamente, ou seja, um comportamento dotado de sentido e de uma orientação final. Quando se transpõe esta premissa para a análise da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, torna-se necessário, segundo os finalistas, “perceber que os modos de organização e o processo de atividades reais das pessoas jurídicas constituem para a regulação jurídica dados previamente estabelecidos [...], no sentido de que os elementos estruturais de tal realidade previamente dada traçam, por si só, limites à possibilidade de sua valoração e, portanto, ao estabelecimento de possíveis consequências jurídicas” (MARTÍN, Luis Garcia. La cuestión

A ação, é entendida – ontologicamente – como a alteração do mundo exterior, condicionada pela vontade de um ser consciente e direcionada a um determinado fim²⁹. A *culpa*, em seu turno, através de bases psicológicas, delimita-se como uma objeção levantada a uma pessoa que voluntariamente decidiu-se por um comportamento ilícito, apesar de ter o dever de se comportar conforme o Direito³⁰.

Nesta linha de raciocínio e em termos de teoria geral do crime, as vozes contrárias à responsabilização penal dos entes morais³¹ levantam a bandeira do princípio *societas delinquere non potest*³², o qual dispõe que a pessoa jurídica não detém a capacidade de delinquir e cometer injustos penais. Nesse sentido, de acordo com Juarez Cirino:

a pessoa jurídica não tem capacidade penal (ou capacidade de culpabilidade), porque os requisitos de maturidade e sanidade mental que fundamentam a capacidade penal de seres humanos são inaplicáveis à entidade incorpórea da pessoa jurídica³³

Os pesquisadores favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam que a necessidade de castigar os delitos socioeconômicos e financeiros (delinquência de colarinho branco) e a urgência de buscar novas vias de luta contra a criminalidade organizada³⁴, bem como a (clara) perversão de proteger o capital mediante a impunidade do ente coletivo, é assegurada por um discurso jurídico com um correlato e imenso custo social³⁵.

de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: _____. **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. Barcelona: J. Bosch, 1996, p. 38).

²⁹ WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. 11. Berlim: Walter de Gruyter, 1969, p. 33.

³⁰ MARTIN, Luis Garcia. Op. cit., p. 66.

³¹ Na França, a pessoa jurídica é denominada como “*Les personnes morales*”, conforme Art. 121-2 do Código Penal Francês. O Código Penal Suíço também denomina a empresa como “*Le personnes morales*”, conforme Art. 102, a-b.

³² Com efeito, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é negada em três grandes argumentos: as sociedades não possuem capacidade de ação; tampouco capacidade de culpabilidade; e, igualmente, carecem de capacidade de sofrer penas. Daí que os sistemas clássicos castigavam como autores de delitos as pessoas físicas (CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, n. 25. p. 39-60, São Paulo: RT, jun. 2017).

³³ Em *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 287.

³⁴ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 43.

³⁵ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012. p. 01.

Sobre a superação do aludido princípio, Francisco Muños Conde³⁶ define que:

O princípio do *societas delinquere non potest* só tem razão de ser em uma sociedade na qual realmente as pessoas jurídicas não tinham a importância que tem hoje em dia. Que uma pessoa jurídica, sobretudo na forma de sociedade anônima, com uma capital social e uma atividade econômica de bilhões de reais ou dólares, possa ficar isenta de pena, é algo que hoje em dia, produziria hilaridade, ou melhor, a irritação de qualquer cidadão comum.

Bernd Schünemann, um dos autores que defendem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, aponta que insistir em uma estrutura individual de imputação para tratar da responsabilidade por infrações realizadas no âmbito de pessoas jurídicas nos levaria a um estado de “irresponsabilidade organizada” (*organisierte Unverantwortlichkeit*)³⁷.

Um novo referencial que milita favorável para a imputação das pessoas jurídicas na contemporaneidade se amolda a partir da *filosofia da linguagem*. Deste modo, com a teoria da comunicação (produto da filosofia da linguagem) são obtidas novas ferramentas para compor uma teoria base mais adequada aos avanços que a esfera econômica projeta sobre o Direito penal. O *sistema significativo* corresponde a esta teoria³⁸.

No modelo significativo, é adotada uma concepção significativa de ação, por meio da qual se modificam as bases demarcadoras dos elementos da teoria do delito (tradicionalmente organizados em conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sistematizando-se o delito em: 1) *Pretensão de relevância* (tipo de ação); 2) *Pretensão da ilicitude*; 3) *Pretensão da reprovabilidade* (culpabilidade); e 4) *Pretensão da punibilidade*³⁹.

Com o modelo significativo, a atenção deixa ser sobre o aspecto subjetivo residente na mente do homem para se projetar especificamente sobre a dimensão social da atuação humana. Os fundamentos da concepção significativa da ação estão na “*ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado*”⁴⁰.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. A delinquência econômica e o provérbio *societas delinquere non potest*. Tradução de Rodrigo Sánchez Rios. **Jornal do Estado do Paraná**, abr. 1993. Caderno Direito e Justiça, p. 26.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplante Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht**. Munique: C. Heymanns, 1979, p. 30 e seguintes.

³⁸ BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n.16, jan./jun. 2017, p. 222.

³⁹ *Ibid.*, p. 222. Para aprofundar a temática, ver: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁰ BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. *Op. cit.* p. 223.

Neste fluxo analítico, através da concepção significativa de ação, – *compreendendo ação como expressão de sentido* – surge a possibilidade para um novo pensar sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em superação à clássica baliza do *societas delinquere non potest*, adotado às claras no Brasil atualmente.

Adiante, a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica avança em embates constitucionais no Brasil. Nesta seara, a argumentação pauta-se em: a) se as assertivas dos arts. 173, §5º, e 225, § 3º, da CF seriam compatíveis com os demais princípios constitucionais, e b) se, as preposições da Lei de Crimes Ambientais seriam maculadas de inconstitucionalidade e, portanto, deveriam ser tidas como inválidas.

Não se nega que o Direito é mutável e necessita de novas formas de interpretação, adequando-se à realidade no cenário atual. Se a criminalidade oriunda das pessoas jurídicas é fato a ser enfrentado, devendo haver a devida resposta ao injusto penal, deve-se assumir o enfrentamento ao surgimento de novos riscos e sua devida consequência jurídica.

Jesús-María Silva Sánchez⁴¹ aborda algumas razões que motivaram uma possível expansão do Direito penal. Uma delas é o aparecimento de novos bens jurídicos especialmente importantes, causado pelo surgimento de novos interesses ou de novas valorações acerca de interesses preexistentes da expansão do Direito penal: a criação de novos bens jurídicos motiva o surgimento de novos riscos.

Com isto, se em um primeiro momento, quando da Lei de Crimes Ambientais, o legislador brasileiro parecia pouco à vontade com a ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em um segundo instante, no momento da elaboração do novo projeto do novo Código Penal – art. 41⁴² –, parece estar mais habituado com a possibilidade de se condenar penalmente um ente moral⁴³.

No campo do Direito penal pátrio, temos, de um lado, um sistema fundamentalmente baseado na imputação individual, que carece de clareza relativas à individualização de responsabilidades no âmbito da empresa. De outro vértice, a introdução em nosso ordenamento do instituto da responsabilidade penal de pessoas jurídicas também vem tendo aplicação insatisfatória e sofre grande resistência na doutrina nacional.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

⁴² A redação do referido artigo se apresenta desta forma: “[...] as pessoas jurídicas de Direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente”.

⁴³ REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: iEA Academia, 2014, p. 61.

O modelo de responsabilidade penal brasileiro tem suas bases em um sistema de culpa própria e de imputação individualizada disposto na Parte Geral do Código Penal. Assim, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica responderá criminalmente apenas em razão de sua ação ou omissão (quando a omissão for imputável) em condutas ilícitas e na medida da sua culpabilidade. Isto é, como regra central, imputa-se responsabilidade àquele que com sua ação ou omissão deu causa ao resultado, na medida de sua culpabilidade (CP, arts. 13 e 29).

No âmbito do processo penal esta regra se desdobra na necessidade de que as condutas sejam pormenorizadas no momento da formulação da peça acusatória (CPP, art. 41) e que a condenação seja expressão da verificação da culpa individual do acusado, recebendo este também uma pena determinada a partir de circunstâncias judiciais individualizadoras (CP, art. 59).

Assim, pensar em uma consequência jurídica pela prática do delito praticado pela pessoa jurídica se mostra importante para a construção de medidas eficazes para a dissuasão do crime, em conjunto com a maximização de sua finalidade e redução de seus custos. Com isto, a aproximação entre Direito penal e Economia apresenta-se como fundamental para o desenvolvimento eficiente de uma possível consequência jurídica pela prática de delitos cometidos pela pessoa jurídica.

4 FUNDAMENTOS DA TEORIA ECONÔMICA PARA UMA SANÇÃO PENAL ÓTIMA

A teoria econômica das penalidades criminais foi estabelecida principalmente em Gary Becker (1968) e Richard Posner (1985)⁴⁴. Estes estudos promoveram o referencial teórico para todas pesquisas posteriores. No presente artigo, não se pretende apresentar uma nova teoria econômica, mas sim demonstrar que pode-se buscar na teoria econômica parâmetros para uma sanção penal ótima.

Gary Becker desenvolve o uso de penalidades criminais para internalizar o dano social da conduta criminal. Richard Posner, em contraste, argumenta que as penalidades criminais devem ser definidas para deter completamente o crime, eliminando a perspectiva de ganho por parte do agressor⁴⁵.

⁴⁴ O artigo de Becker fornece o quadro central para a análise moderna de penalidades. O artigo de Posner introduz os custos de transação como fator na análise de penalidades. Muito antes da literatura moderna, temos Beccaria (1764) e Bentham (1781).

⁴⁵ HYLTON, Keith N. The theory of penalties and the economics of criminal law. **Review of Law & Economics**, Boston, v. 1, n. 02, Jan. 2005, p. 177.

Robert Cooter e Thomas Ulen trazem às claras que a economia proporcionou uma teoria científica para prever as sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positivada⁴⁶. Assim, se os preços afetam o comportamento do indivíduo, logo, na visão econômica, a pena⁴⁷ afetará o comportamento de um indivíduo ante a provável e firme penalidade.

Os economistas e juristas da corrente analítica do *law and economics*⁴⁸ estão interessados em achar uma “*combinação ótima*” de punições que minimize o custo do crime e de sua punição: eles tendem a escolher o uso mais amplo das multas, em parte porque elas são mais baratas que outras formas de punição, e alguns autores recomendam que as multas levam em conta as posses do infrator⁴⁹ – *o que se amolda, em uma análise primária, com uma possível sanção penal em face dos crimes cometidos pelas pessoas jurídicas*.

A conclusão dos economistas é latente: o criminoso se engajará no crime se o ganho esperado superar a punição correspondente. Gary Becker⁵⁰ levanta o argumento que as multas não impõem nenhum custo social, de forma que para minimizar o custo combinado do crime, da investigação criminal e da punição, dever-se-ia aumentar o valor da multa e, ao mesmo tempo, reduzir os montantes destinados à investigação criminal.

No âmbito empresarial, por exemplo, o criminoso possui alto grau de racionalidade e calcula a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado. O custo

⁴⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 25.

⁴⁷ A pena, para Kant, detém uma função retributiva com caráter marcadamente ético. Kant qualificava a pena como um imperativo categórico, cuja incidência é a pena justa, tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pela fato realizado. Para Hegel, a pena tem um papel restaurador ou retributivo, assim, segundo seja o *quantum* ou a intensidade da negação do direito também será o *quantum* ou intensidade da pena; representa o restabelecimento da ordem jurídica perturbada (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216-217).

⁴⁸ “*The task of law and economics is to determine the implications of such rational maximizing behavior in and out of markets, and its legal implications for markets and other institutions. Although some of Becker’s particular applications of the economic approach might be thought of as contentious, that general approach underlies a wide range of work in the economic analysis of law*” (SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998, p. 1476.

⁴⁹ PYLE, David J. **Cortando os custos do crime**: a economia do crime e da justiça criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000, p. 37.

⁵⁰ BECKER, Gary S. Op. cit, p. 76.

marginal⁵¹ muitas vezes é internalizado pela empresa, exercendo suas funções de maneira a incorporar o possível custo da pena a ser aplicada.

De outro turno, uma pena para os crimes patrimoniais e as pessoas jurídicas – *em um olhar econômico* – também deve levar em consideração seu caráter inibidor. Deve uma punição estar relacionada ao prejuízo causado pelo cometimento do crime e pelo prejuízo causado.

Nesse sentido, Jesus-Maria Silva Sánchez também percebeu que seria necessário tornar os custos da penalização inferiores aos custos da tolerância do delito. Segundo ele, os custos do delito para o delinquente não são dados diretamente pela gravidade da pena. Se assim fosse, o único elemento de controle das taxas do delito seria o aumento ou diminuição dessa gravidade⁵².

Os economistas sugerem que uma sanção penal deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. Não se nega que os crimes praticados pela pessoa jurídica possuem contornos de um crime racional, ou seja, o *decisor racional*⁵³ leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato criminoso⁵⁴.

Busca-se, então, uma forma de sanção penal que se apresente como eficiente na reprimenda penal, em atenção ao custo/benefício nela empregados.

5 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA COMO POSSÍVEL SANÇÃO PENAL ÓTIMA PARA DELITOS COMETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS

A *Análise Econômica do Direito penal*, nos delitos praticados por pessoas jurídicas, sugere a pena de multa e as medidas de segurança como possíveis consequências jurídicas pelo cometimento do crime, com custos baixos na sua aplicação. Os teóricos da *Criminal*

⁵¹ O criminoso racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro líquido, que é o retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 478), apresentam a seguinte função: $\max y(x) - p(x)f(x)$.

$y(x)$ = retorno esperado com o cometimento do injusto penal

$p(x)f(x)$ = pena esperada

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39.

⁵³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 476.

⁵⁴ Sob o vies econômico, pode-se pensar na associação entre crimes e danos: “*Since almost all crimes are also torts, there is really no such thing as a boundary between tort law and criminal law. The correct description of the separation between doctrines is that the categories of socially undesirable and market-bypassing conduct describe areas in which tort and criminal law co-exist, while the category of potentially socially desirable conduct is one to which tort law alone applies*” (HYLTON, Keith N. Op. cit., p. 184).

Law and Economics fundamentam suas propostas com base na questão da efetividade do uso do aparato de responsabilização penal e na eficiência da sanção penal.

Os doutrinadores da *Criminal Law and Economics* que estudam o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica preocupam-se em examinar em que medida sua aplicação satisfaz os pressupostos indicados para a responsabilização pela via penal.⁵⁵ Uma vez presentes tais pressupostos, a ordem seguinte de questionamentos dá-se em torno de avaliar se o nível de punição imposto pela sanção é adequado ou não a padrões ótimos.

Deve-se, também, pensar nas consequências de penalidades em desconformidade com a realidade do infrator. O resultado provável da punição excessiva é a diminuição na quantidade de produtos e serviços oferecidos à sociedade, com a conseqüente elevação de preços e incapacidade de atender a uma parcela da demanda existente. Dessa forma, as multas podem impor um custo indesejado para a atividade econômica da pessoa jurídica, à margem da possibilidade de uma sanção penal eficaz na dissuasão da atividade criminosa.

Neste passo, as *medidas de segurança*⁵⁶ se amoldam como sanção penal possível para as pessoas jurídicas. Sob o viés econômico, as medidas de segurança não possuem custos elevados, ou seja, não dependem de dotação orçamentária ou custos marginais, como a construção de presídios e ônus com guarda de presos.

As medidas de segurança têm sido utilizadas em vários ordenamentos jurídicos⁵⁷ como forma de sanção penal para as pessoas jurídicas. As medidas com maior frequência

⁵⁵ Em linhas gerais, a justificação para que uma conduta deva ser reputada como ilícito penal pela *Law and Economics* constrói-se sobre os seguintes pressupostos, que devem estar presentes de modo cumulativo na maior parte dos casos: (i) a conduta praticada é acompanhada de intenção de produzir benefícios para o agente, obtidos mediante a imposição de danos à sociedade. O elemento intencional associado ao aspecto da imposição de danos apenas à sociedade justifica que a conduta seja proibida; (ii) o dano concreto ou potencial (caso dos crimes de perigo) resultante da conduta não é passível de reparação seja pela incomensurabilidade da natureza do dano (como o crime contra a vida), seja pela dificuldade de identificar o conjunto de vítimas afetadas pela conduta e, portanto titulares do direito de reparação; (iii) a probabilidade de identificação e/ou captura do agente é maior que zero; (iv) a probabilidade de que as vítimas não ajuizarão uma ação judicial contra o agente é maior que zero seja pela dificuldade de se organizarem, como também pela dificuldade de reunirem provas contra o agente. É importante notar que no sistema jurídico dos EUA, tanto as sanções penais quanto as civis podem assumir a função punitiva. Esta caracteriza a figura dos *punitive damages* impostas por via das ações judiciais de natureza civil. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil punitiva, desenvolvida pela jurisprudência, limita-se à responsabilidade por danos morais, sendo possível afirmar-se ainda hoje que a punição é função desempenhada primordialmente pela sanção penal (ULEN, Thomas S. The economics of corporate criminal liability. **Managerial and Decision Economics**, v. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, p. 351-362, 1996, p. 13. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁵⁶ “O fundamento da aplicação de pena é a culpabilidade; a medida de segurança tem natureza eminentemente preventiva e fundamenta-se na periculosidade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 703. v. 1).

⁵⁷ Medidas de segurança para delitos praticados por pessoas jurídicas: *Código Penal Turco*, Art. 60; *República de Montenegro* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 28; *República Sérvia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 23; *República da Croácia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 15.

utilizadas são confisco de ativos, cancelamento de licença de funcionamento, publicidade de sentenças judiciais, impedimento de financiamentos e contratos com a administração pública.

Sendo a sanção penal como a resposta estatal à prática delitiva que visa reprimir aquele que praticou um delito e a prevenir a ocorrência de novas infrações penais, as medidas de segurança se apresentam como eficientes neste quesito, pois impõem a devida resposta estatal com a utilização de menos recursos – pessoal, financeiro, estrutural.

Tendo como pressupostos ou requisitos para a aplicação de medidas de segurança a prática de um fato típico punível e a periculosidade do agente, tem-se que tais medidas se apresentam viáveis como consequência jurídica pela prática de delitos cometidos por pessoas jurídicas.

Ou seja, a finalidade da Medida de Segurança é exclusivamente preventiva⁵⁸, com o fim de impor “tratamento especial” para a pessoa jurídica que cometeu o fato típico penal. Demonstrada a sua periculosidade, a sanção penal emerge no intuito de serem evitadas⁵⁹ novas ações ilícitas praticadas pelas corporações.

Em termos práticos, o confisco de bens de uma pessoa jurídica, a publicidade de uma sentença criminal ou a cassação da licença de funcionamento de uma pessoa jurídica condenada criminalmente não impõem ao Estado custos exagerados na aplicação da sanção penal.

Assim como os indivíduos procuram maximizar seus resultados, sujeitos às restrições que lhes são impostas, o Estado procura maximizar sua utilidade. E à luz dos custos associados à aplicação da lei, a função de utilidade do Estado pode ser formulada de forma a minimizar os custos globais esperados de crime e sua prevenção (ao conseguir uma dissuasão ótima em vez de máxima).

Mais uma vez, vem à tona as *medidas de segurança* como sanção penal ótima para os delitos praticados por pessoas jurídicas. Se o intuito da aproximação entre o Direito penal e a Economia é elevar o resultado da prevenção do crime através da análise do comportamento do agente criminoso, tem-se que estas medidas se mostram possíveis como forma de dissuadir a empresa da prática delituosa, pela certeza da aplicação da sanção.

Assim, as *medidas de segurança* possuem custo baixo para o Estado quando da aplicação de sanção penal para pessoas jurídicas, em convergência com a máxima efetividade dos recursos empregados.

⁵⁸ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 702 e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 653.

⁵⁹ “[...] e a medida de segurança, associada à periculosidade e *voltada para o futuro*”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 813.

Com efeito, de acordo com a *Análise Econômica do Direito penal*, o objeto do aparelho de Direito penal não é eliminar completamente o crime – não é para dissuadir completamente pessoas jurídicas de se dedicarem a atividades criminosas –, mas, em vez disso, *alcançar uma solução ótima a nível de crime e dissuasão, bem como aumentar o custo esperado para a prática da atividade ilícita, através da certeza da aplicação da pena.*

Portanto, somente está legitimado o emprego de penas que servem à efetiva preservação da convivência social; que respeitem a dignidade da pessoa humana; que são aplicadas atendendo a critérios de igualdade; que resultam proporcionais à gravidade das agressões; que são estabelecidas atendendo critérios de merecimento, proporcionalidade etc⁶⁰.

Ao estabelecer uma sanção penal em um nível ótimo, de acordo com a gravidade e o potencial financeiro do agente criminoso, por conseguinte, estará se buscando o equilíbrio entre o custo marginal da aplicação da pena e a eficácia na dissuasão da prática criminosa – *premissa da Análise Econômica do Direito penal: maximização dos resultados com redução de custos para o Estado e dissuasão da vontade do agente na incursão na atividade criminosa das pessoas jurídicas.*

CONCLUSÕES

O presente artigo buscou apresentar a aproximação do Direito penal e da Economia, em busca de uma possível sanção penal ótima para os delitos praticados por pessoas jurídicas.

É fato que o Direito penal possui papel de destaque na sociedade moderna, a qual busca a plena efetivação da justiça como forma de promoção da segurança de seus cidadãos, em atenção à visibilidade que as decisões emanadas da jurisdição criminal têm na atualidade. Neste prisma, busca-se levantar a hipótese de como maximizar a efetividade e eficácia da pena, em atenção ao baixo orçamento disposto pelo Estado.

Inicialmente, apresentou-se uma introdução sobre a Análise Econômica do Direito, com o intuito de demonstração da união do Direito e da Economia, como forma de entendimento das interações humanas.

No tópico seguinte, a Economia se mostra como uma ciência útil para os juristas, quando da análise do Direito penal e o estudo das consequências jurídicas aplicadas aos infratores. Nesse tocante, tem-se a obra de Gary Becker como marco teórico, onde se

⁶⁰ Ibid., p. 04.

assume que o agente criminoso é dotado de racionalidade e toma decisões baseado nas informações e no sistema de custos/benefícios.

As medidas de segurança surgem como uma sanção penal ótima, apresentada através das teorias econômicas, discorrendo por autores da *law and economics*, os quais assumem que as sanções penais devem ter o seu custo marginal mensurado quando da aplicação de reprimendas penais.

Assim, a efetividade da medida de segurança emerge quando estas não impõem custos elevados na sua aplicação, sendo possíveis quando dos delitos praticados por pessoas jurídicas.

Em resposta ao problema apresentado, evidencia-se que uma sanção penal ótima se apresenta possível, quando da redução dos custos para o Estado e no aumento da dissuasão do indivíduo na atividade criminosa, através da certeza da punição. A Análise Econômica do Direito penal é a ferramenta propulsora para o estudo, demonstrando-se eficiente na presente investigação.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economic of crime and punishment**. Chicago: Chicago University, 1974.
- BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. **Journal of Law and Society**, v. 35, n. 3, p. 389-416, Sept. 2008
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Projeto de Código Penal em debate: imputação da pessoa jurídica no projeto do novo CP. **Boletim IBCCRIM**, n. 269, abr. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5401-Projeto-de-Codigo-Penal-em-Debate-Imputacao-da-pessoa-juridica-no-projeto-do-novo-CP>. Acesso em: 18 dez. 2017.
- _____; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma Proposta de Discussão sobre a Capacidade de Rendimento da Concepção Significativa da Ação no Direito Penal Empresarial. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.
- _____; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**. Brasília: FGV; PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.
- CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 132, n. 25, p. 39-60, jun. 2017.
- DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.
- FISCHER, Talia. Economic analysis of criminal law. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Handbook of criminal law**. Oxford: Oxford University, 2014. p. 38-58.
- FREITAS, Gilberto Passos de Freitas. **Crimes contra a natureza**: (De acordo com a Lei 9.605/98). 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Análise Econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 77-98, jul./dez. 2016.

HYLTON, Keith N. The theory of penalties and the economics of criminal law. **Review of Law & Economics**, Boston, v. 1, n. 2, Jan. 2005.

IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011.

KLEVORICK, Alvin K. legal theory and the economic analysis of torts and crimes. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 5, p. 905-920, June 1985.

MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTIN, Luis Garcia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: _____. **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. Barcelona: J. Bosch, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. A delinquência econômica e o provérbio *societas delinquere non potest*. Tradução: Rodrigo Sánchez Rios. **Jornal do Estado do Paraná**, p. 26, abr. 1993. (Caderno Direito e Justiça).

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

POSNER, Richard. An Economic Theory of Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1193-1231, Oct. 1985.

PYLE, David J. **Cortando os custos do crime**: a economia do crime e da justiça criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: IEA Academia, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: EVG, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. _____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XLI, fasc. 1, p. 529-58, enero/abr. 1988.

_____. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht**. Munique: C. Heymanns, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Eficiência e Direito penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998.

ULEN, Thomas S. The economics of corporate criminal liability. **Managerial and Decision Economics**, v. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, p. 351-362, 1996.

VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969.

OS REFLEXOS DO ESQUECIMENTO SOCIAL BRASILEIRO NO PROCESSO DE INVISIBILIDADE DE TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

THE REFLEXES OF BRAZILIAN SOCIAL FORGETFULNESS IN THE INVISIBILITY PROCESS OF TRANSEXUAL VICTIMS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE

Margareth Diniz¹

Fabiane Barbosa Marra²

RESUMO

Este artigo versa sobre os reflexos do esquecimento social brasileiro no processo de invisibilidade de transexuais vítimas de violência doméstica e familiar. A relevância do artigo, ao sugerir que os padrões hegemônicos da modernidade são determinantes para a exclusão dos sujeitos transexuais do âmbito familiar, escolar e profissional formal, deve-se exatamente este esquecimento social que sustenta a violência simbólica consubstanciada na invisibilidade, subalternização e marginalização social e legislativa dos/das transexuais. Após aludida constatação, propõem-se novas perspectivas interpretativas do Direito, em especial da Lei 11.340/2006, para que a legislação especializada abranja sujeitos transexuais em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Modernidade; Esquecimento Social; Transexualidade; Violência Doméstica.

¹ Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Psicanalista. Professora Adjunta de Psicologia da UFOP. Diretora do Instituto de Ciências Humanas e Sociais ICHS. Coordenadora do Observatório de Pesquisa Educacional CAPES/FAPEMIG e Líder do Grupo de pesquisa Caleidoscópio/ UFOP/CNPQ. Coordenadora do Programa de Pesquisa/extensão Caleidoscópio. *E-mail:* dinizmargareth@gmail.com

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP-2017/2019). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Membro do Programa de Pesquisa/Extensão Caleidoscópio sobre Diversidade de Gênero e Sexualidade desenvolvido pela UFOP/ICHS (2018/1). Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com a Universidade FUMEC (2016/2017). Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (2016/2017). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2011/2015). Advogada, com atuação profissional em casos de Violência Doméstica e Familiar. *E-mail:* fabianemarra@hotmail.com

ABSTRACT

This article deals with the reflexes of Brazilian social forgetfulness in the invisibility process of transsexual victims of domestic and family violence. The relevance of the article, by suggesting that the hegemonic patterns of modernity are decisive for the exclusion of transsexual subjects from the family, school and formal professional context, is because it is precisely this social oblivion that sustains symbolic violence embodied in invisibility, subalternization and marginalization social and legislative rights of transsexuals. After this finding, new interpretive perspectives of the Law are proposed, in particular Law 11404/2006, so that the specialized legislation covers transsexual subjects in situations of vulnerability.

Keywords: Modernity; Social Forgetfulness; Transsexuality; Domestic Violence.

INTRODUÇÃO

A dominação social e a confirmação da desigualdade são legitimadas por uma racionalidade oriunda do pensamento supostamente universal moderno. A existência de um modo de pensar, agir e viver correto e padronizado torna invisível, para a sociedade e para o Estado, aqueles que escapam aos modelos jurídicos e sociais já estabelecidos. Certo é que, se o Direito é uma construção humana e social, os aspectos culturais, morais e então aceitáveis dentro da comunidade vão influenciar na formação do ordenamento jurídico. Nesse contexto, como superar a exclusão e a subalternização dos sujeitos transexuais de forma que eles possam ser, de fato, sujeitos de direitos e, assim, gozarem de proteção específica contra a violência doméstica e familiar?

Inicialmente, é necessário desenvolver a questão do esquecimento social e como ele, nos dias de hoje, de forma intensa, constante e, por vezes, velada, açoita minorias e impede que elas efetivamente progridam. O desconsiderar do apoio familiar e dos ensinamentos éticos e afetivos transmitidos nos lares, bem como o desconsiderar da estrutura substancial para uma educação e formação profissional de qualidade, em prol de uma ideologia meritocrática, isto é, individualista, deve ser esclarecido e superado, pois do contrário, continuarão a impor, àqueles que não tiveram referidas oportunidades e incentivos, um destino praticamente traçado ao fracasso. Assim, constata-se, na realidade de sujeitos transexuais, a lógica complexa e cruel de, por não se enquadrarem em modelos hegemônicos, serem rechaçados das próprias famílias, das escolas e também do ambiente de trabalho formal, ou serem impedidos de buscar a profissão a qual, de fato, sonhavam em perseguir.

O objetivo central do artigo é demonstrar que as oportunidades iniciais entre os sujeitos funcionam como um verdadeiro divisor de águas em suas vidas. Além disso, embora o Direito brasileiro preconize preceitos fundamentais de igualdade e liberdade, por exemplo, o aparato normativo é genuinamente pautado em pressupostos da modernidade, o que o torna altamente excludente. Logo, é preciso pensar em novas perspectivas para o Direito e, neste artigo, o que se propõe é um novo viés interpretativo especificamente para a Lei 11.340/06, para que ela seja capaz de abarcar sujeitos transexuais na medida da vulnerabilidade deles.

O presente artigo justifica-se porque a hegemonia eurocêntrica desencadeia reflexos nas relações sociais e, por conseguinte, na legislação pátria, que tem como pressupostos categorias de gênero instituídos como universais. Inicialmente, reconhece-se que as circunstâncias sociais influenciam na forma em que o Direito é posto e, a partir daí, torna-se plausível um pensamento de mudança não apenas no campo jurídico, mas também nos aspectos sociais que tanto refletem na vida dos sujeitos. Nesse cenário, vale dizer que os sujeitos transexuais, por não se enquadrarem em padrões de gênero pré-estabelecidos, são marginalizados e subjugados da normatização. Assim, num segundo momento, e sem olvidar das limitações do Poder Legislativo, faz-se necessário uma nova hermenêutica da Lei 11.340/2006 como maneira de realização da igualdade na diversidade transexual.

O método a ser utilizado no artigo será o jurídico-sociológico, visto que o reconhecimento e a inclusão dos transexuais como sujeitos de direitos na sociedade e no Direito propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. É, pois, necessário a análise das relações na sociedade e dos padrões institucionalizados, bem como a relação do direito e dos aspectos sociais e, ainda, a pesquisa teórica e prática para, após, apresentar outras possibilidades de interpretação da Lei 11.340/2006. Assim, a metodologia será pautada em análise de dados e, posteriormente, em estudo sobre a interpretação constitucional da legislação de violência doméstica e familiar para sujeitos transexuais. Recorrer-se-á ao tipo de raciocínio indutivo-dedutivo, uma vez que tais métodos se complementam e permitem alcançar os fins propostos no artigo. Trata-se, ainda, de artigo teórico-jurídico, em que se busca referências na literatura científica, legislação e decisões judiciais³.

1 DO ESQUECIMENTO SOCIAL BRASILEIRO

A noção que permeia os meios de comunicação e os debates intelectuais perpassa pela ideia de que questões acerca da desigualdade social e do cenário político contemporâneo já se encontram identificados e estruturados. Nesse contexto, a naturalização do profundo contraste social brasileiro como algo tão antigo e, por isso, de improvável solução, compõe o cerne da violência simbólica que açoita, cotidianamente, as minorias brasileiras⁴. Não existe, de fato, um chicote que move os escravos como no passado, ou mesmo coronéis donos de latifúndios que ditam expressamente as leis de uma região. Contudo, a legitimação de uma dominação injusta apoia-se, hoje, em instrumentos novos, modernos e simbólicos rotineiros, os quais viabilizam uma hegemonia constante e velada de determinados sujeitos e grupos em detrimento de outros.

Considerando que os artifícios de dominação transformam-se com o tempo, a falta de conhecimento sob uma aparente compreensão da realidade sustenta a forma em que a sociedade no Brasil percebe, ou não, suas adversidades sociais e políticas. Há, pois, uma tendência de redução dos problemas contemporâneos à sistemática da acumulação econômica. E, a oposição entre o setor público, o Estado, então demonizado e responsável pela corrupção e ausência de serviços de qualidade; e o setor privado, isto é, o mercado, dotado de todas as virtudes e traduzindo verdadeiro reino paradisíaco, é o que autoriza a manutenção de privilégios econômicos a um grupo pequeno e “seleto” de sujeitos em prejuízo de tantos outros brasileiros que são completamente invisibilizados.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁴ Entende-se por minorias brasileiras todos os grupos que, dentro da comunidade nacional, são rechaçados para um campo de subalternidade, inferioridade e marginalidade, como ocorre com os negros, índios, homossexuais, transexuais, entre outros.

As circunstâncias em que alguns sujeitos são criados e formados para o sucesso, enquanto outros permanecem reféns de um provável fracasso, revelam que a modernidade brasileira é construída em classes sociais, as quais dividem-se significadamente em sujeitos desprovidos de capital cultural e econômico e em outra parcela, bem menor, de sujeitos capazes de se apropriarem da cultura e integrarem a economia por possuírem bases sociais, morais e intelectuais para tanto. O abandono social e político de sujeitos precarizados e esquecidos passa a refletir nos debates públicos, na medida em que tais sujeitos são compreendidos como aqueles carentes, perigosos, entrelaçados à violência e ao mal da sociedade. Tal compreensão os mantém na condição de sujeitos de não direitos, de forma que a ausência de pré-requisitos para discutir, refletir e gozar efetivamente de garantias fundamentais não conduz a uma verdadeira democracia.

Na modernidade, os privilégios continuam por meio da herança cultural e econômica, bem como são legitimados em decorrência do mérito e do desempenho individual do sujeito. Nesse sentido, a meritocracia legitima as “desigualdades justas”⁵, haja vista que, esquecendo-se do fato de que os sujeitos compõem classes sociais distintas e não partem do mesmo ponto de partida, isto é, não são dotados de oportunidades iniciais equânimes, antes mesmo de ingressarem nas escolas; assegura, pautada em pressupostos modernos de liberdade e igualdade, que seja preservada a recompensa àqueles sujeitos mais esforçados e, então, de maior desempenho.

Para que a ideologia moderna, e nada democrática, funcione, é fundamental afastar a construção social que determina os sujeitos de sucesso e os sujeitos fadados ao fracasso. Nesse ponto, o esquecimento social brasileiro é o que sustenta o mérito individual nas condições em que se observa na modernidade e, igualmente, culpabiliza os sujeitos supostamente inertes e preguiçosos que constituem âmbitos familiares “errados” e que, tão somente, vão reproduzir a precariedade na qual nasceram⁶ e viveram.

O esquecimento social pressupõe uma distinção entre as classes econômica e familiar que existe na sociedade brasileira. Isso porque, enquanto a primeira diz respeito à renda dos sujeitos, aquela engloba as heranças simbólicas, morais e existenciais que são transmitidas dos pais aos seus filhos. A partir daí, é possível constatar ensinamentos

⁵ Expressão utilizada por Jessé de Souza, no livro “A ralé brasileira”, para demonstrar que há uma racionalidade em se pensar nas desigualdades sociais modernas. Segundo o autor, existe uma justificativa racional e permeada por um sentimento equivocado de justiça para aqueles que, ao empreenderem maior esforço, devem ser recompensados pelo sucesso, enquanto aqueles que não se esforçaram o bastante, devem estar adstritos ao fracasso. A questão que deve ser esclarecida inicialmente, nesse ponto, é que nem todos iniciam a vida no mesmo patamar, ou seja, com as mesmas oportunidades.

⁶ No que tange à loteria genética e social, cumpre dizer que não há mérito nenhum em nascer nas condições sociais em que se nasce. Ou seja, a distribuição feita dentro da estrutura social por nascimento não é natural, haja vista que não há escolha do indivíduo. Assim, inexistem culpados sobre nascer pertencendo à determinada família ou condição financeira e econômica; no entanto, é possível se pensar sobre o que fazer frente às distorções oriundas da loteria genética e social.

“silenciosos” nos lares, isto é, que são compartilhados socialmente, mas aprendidos em casa, como valores éticos e afetivos que, embora configurem condições anteriores à escola, por vezes são desconsiderados na construção do campo social e desigual moderno. Noutras palavras, a composição da sociedade e suas classes, apesar de intensamente influenciada pelo âmbito familiar e também econômico – na medida em que sujeitos de renda parecida possuem e reproduzem um capital cultural e intelectual similar, via de regra, na ideologia da meritocracia –, torna invisível e irrelevante tais influências⁷.

A repercussão do esquecimento social brasileiro incide numa atuação inadequada da política, ou seja, num formato seletivo de assuntos públicos e, portanto, na articulação restrita das regras sociais e normativas que interessa apenas, ou em sua maioria, a determinados grupos dentro da comunidade nacional. Jessé de Souza, sobre o tema, assevera que

A política não é feita, como muitos imaginam, pelos burocratas da política, pelos jornalistas da política ou, menos ainda, pelos políticos profissionais da política. A atenção a esse elemento homezinho do dia a dia das lutas políticas nos cega em relação ao principal: o conjunto de ideias (e de valores e interesses ligados a essas ideias) e dos consensos sociais que se criam a partir delas, que são o estímulo e o limite de qualquer ação política. Essas ideias são, no contexto de sociedades modernas secularizadas, obras de indivíduos ou de grupos de pessoas que possuem a “autoridade científica” para falar sobre os assuntos públicos. Como essa ligação entre ideias e prática política é quase sempre tornada invisível, por bons motivos para todos que precisam esquecer a gênese de suas práticas cotidianas, ela só “aparece” aos nossos olhos nos seus “efeitos”, ou seja, como mera “prática sem autor”, no cotidiano dos rituais da vida política. É por conta disso que, para compreender os dilemas da vida coletiva de uma sociedade, tem-se que reconstruir, desde sua gênese, o fio condutor que esclarece por que certas “interpretações do mundo” ganharam vida e outras não⁸.

Com efeito, a composição das leis e do âmbito jurídico em geral também sofre inaceitável influência do mencionado esquecimento social, eis que a ciência, mormente as ciências sociais aplicadas, como o Direito, tem funcionado na modernidade como verdadeiro e legítimo “suporte ideológico às relações injustas e desiguais do senso comum”⁹. Dessa forma, ainda que exista um sentimento ingênuo de que bastaria a existência de princípios e garantias fundamentais na Constituição de 1988, o sentimento de passividade do brasileiro e de que os problemas já foram mapeados e, assim, resolvidos, inviabiliza a aplicação efetiva dos preceitos básicos a todos que, pela condição humana, ao invés de segregados, hierarquizados e submetidos a uma justiça seletiva, deveriam ser concebidos indistintivamente como sujeitos de direitos.

⁷ SOUZA, Jessé de. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁹ *Ibid.*, p. 52.

2 O DIREITO BRASILEIRO NA MODERNIDADE E OS SUJEITOS TRANSEXUAIS

Tendo em vista que o processo de dominação social e de confirmação da desigualdade é, na modernidade brasileira, amparada pelo Direito, na medida em que regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, embora positivados, sofrem uma relativização na realidade conforme os interesses de determinados grupos, faz-se necessário esmiuçar a questão da transexualidade no Brasil, a fim de que se esclareça como tal minoria compõe o grupo de sujeitos invisibilizados nos âmbitos jurídico e social.

Antes, porém, é preciso esclarecer que a visão limitada de pseudocrítica dos problemas políticos e sociais brasileiros influenciam no papel do Direito na sociedade moderna. Inicialmente, a noção deturpada do processo civilizatório, especialmente de binarismos como colonizado/colonizador, civilizado/civilizador, homem/mulher e, ainda, a perspectiva linear da história, foram pressupostos do nascimento e da reprodução do Direito brasileiro nos moldes em que se tem hoje, isto é, sob uma conjuntura altamente excludente.

Nas palavras de Delze dos Santos Laureano,

As normas que visam a proteção da dignidade da pessoa humana são instrumentalizadas por argumentos jurídicos que têm como parâmetro o homem europeu, branco, proprietário, de educação formal e identificado na heterossexualidade das famílias nucleares construídas em relações estritamente monogâmicas. Surge daí a necessidade de superar esse sistema-mundo fundado em uma razão que elegeu algumas instituições como Estado nacional e a ciência como expressão do desenvolvimento humano. Esse mesmo Estado que mantém o sistema capitalista, baseado numa economia que privilegia o lucro em detrimento das pessoas e o mito do desenvolvimento tecnológico como capaz de criar melhores condições de vida e felicidade para as pessoas. A razão individual, descompromissada com qualquer comunidade ética, foi eleita como o meio mais adequado para legitimar as ações no campo da justiça¹⁰.

Dessa forma, desde a substituição da religião, como fonte da verdade absoluta, pela ciência¹¹, em que se privilegiam o conhecimento científico, a razão e o indivíduo,

¹⁰ LAUREANO, Delze dos Santos. **Direito das minorias**: desafios epistemológicos. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 3, p. 16 e 17.

¹¹ Sobre a transição, na modernidade, dos saberes religiosos para a ciência, destaca-se: “Costuma caracterizar-se a cultura ocidental dos últimos séculos com o termo genérico de modernidade, não no sentido tradicional de atualidade, mas como processo histórico-cultural complexo de transformação de mentalidades. Uma das características desse processo, desde Hegel, é a quase absorção da teologia pela filosofia [...] A modernidade significa a implosão de uma cosmovisão na qual Deus era o centro. O homem toma consciência da sua autonomia e da sua liberdade [...] As grandes descobertas científicas transformam radicalmente a imagem do universo, que tem o homem como centro [...] Tudo leva a racionalização da

verifica-se que o sujeito é percebido, no Estado moderno, como um ser individualizado e fora de uma realidade social. Tal esquecimento social permanece no século XXI, porém sob um novo formato, qual seja, a valorização do indivíduo por meio da meritocracia. Segundo Laureno¹², em suma, é preciso atravessar os limites estabelecidos pela modernidade, de forma a dar visibilidade ao que não possui mínimo reconhecimento, para que, então, seja viável a criação de oportunidades para o novo.

A visão moderna da sociedade brasileira impõe àqueles que não detêm as condições mínimas de serem recompensados pelo mérito, um *status* de subalternidade e inferioridade. No Brasil, é possível identificar um modelo jurídico racional e excludente, eis que a interpretação das normas restringe-se à tecnicidade. Sendo assim, o Direito vigente, ao atribuir direitos e obrigações apenas para homens e mulheres, por exemplo, acaba por excluir minorias que escapam aos padrões institucionalizados, como acontece no caso dos sujeitos transexuais no Brasil.

Nessa trilha, se determinada Lei brasileira preconiza a prática, a proibição, os direitos e os deveres para homens e mulheres, significa conceitualmente que sujeitos transexuais, por não pertencerem a tais categorias de gênero supostamente universais, são deixados à margem do sistema jurídico positivado. E, a consequência que disso decorre é a ausência de garantias legais, as quais, como já mencionado, deveriam ser inerentes ao ser humano.

Ao longo de muitos anos, a transexualidade foi considerada uma patologia de transtorno de identidade em razão do descompasso entre as características fisiológicas do corpo e o gênero do indivíduo¹³. Todavia, Berenice Bento apresentou importantes avanços sobre a questão transexual, afirmando que se trata de “um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo”¹⁴. Dessa forma, a transexualidade não deve mais ser considerada uma doença mental, devaneio, fantasia ou perversão, mas sim uma incompatibilidade entre construções culturais hegemônicas sobre o sexo e a identidade de gênero.

conduta da vida”. Ver a respeito em: ZILLES, Urbano. **A modernidade e a igreja**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=I3h-cEV-ogC&oi=fnd&pg=PA7&dq=ZILLES,+Urbano.+A+modernidade+e+a+Igreja.+&ots=bn-5T7N3sp&sig=rm0vHEkff7Ps dHDAeYQD_bkc1a8#v=onepage&q=ZILLES%2C%20Urbano.%20A%20modernidade%20e%20a%20Igreja.&f=false>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

¹² LAUREANO, Delze dos Santos. **Direito das minorias...** Op. cit.

¹³ ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

¹⁴ BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 19.

Para Namaste¹⁵, transexuais são sujeitos que nasceram com determinadas características anatômicas, porém não se identificam com tais características, motivo pelo qual se submetem a tratamentos hormonais e, às vezes, passam por intervenções cirúrgicas, como a mastectomia e a transgenitalização, para remodelar o corpo físico. Por sua vez, *transgênero* é um termo mais abrangente que inclui *drag queens*, transexuais, travestis e todos os demais sujeitos que não se ajustam nas relações normativas padronizadas entre sexo e gênero.

Nessa toada, a transexualidade consiste na incompatibilidade do sexo biológico¹⁶ (características morfológicas do corpo físico do sujeito) com a sua identidade de gênero¹⁷. O que ocorre, na prática, é o descompasso entre o corpo e a mente do sujeito transexual¹⁸. Verifica-se, assim, que existe um pressuposto de intenso sofrimento, porque não bastasse o sentimento de não pertencimento ao sexo corporal físico, também “há uma precariedade social proveniente da não aceitação desta condição por parte da normatividade cultural vigente”¹⁹, o que, como será demonstrado, se estende e influencia no campo social e jurídico.

3 DO ÂMBITO FAMILIAR AO MERCADO DE TRABALHO: OS EFEITOS DO ESQUECIMENTO SOCIAL PARA OS SUJEITOS TRANSEXUAIS

Na sociedade ocidental atual, a família é “o núcleo organizador a partir do qual irão estruturar-se e serão transmitidos os valores mais importantes da cultura”²⁰. Há, pois, um

¹⁵ AGUIAR, Ana Rosa Camillo; CARRIERI, Alexandre de Pádua; SOUZA, Eloisio Moulin de. Trabalho, violência e sexualidade: estudo de lésbicas, travestis e transexuais. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 78-95, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/840/84029528006>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

¹⁶ O sexo biológico do indivíduo é definido pela natureza, fundamentado no corpo orgânico, biológico e genético. Ver a respeito em: ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; Zaidhaft, Sérgio. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. **Psicologia & Sociedade**, v. 20, n. 1, p. 70-79, jan. abr. 2008. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwifnJqmwjsjUAhUEQpAKHdE0B2QQFgg0MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fscielo.php%3Fpid%3DS0102-71822008000100008%26script%3Dsci_abstract%26tng%3Dpt&usq=AFQjCNFnNJ3Nz19-lK_csKGVLAaCnjVRLw&sig2=pA7laKB6dSdFcDjgP8IPWg>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁷ O gênero, por sua vez, é adquirido por meio da cultura e se refere a formas de se identificar e ser identificado como homem ou como mulher. Ver a respeito em: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília: Ed. do Autor, 2012. E-book. Disponível em: <https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans>. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁸ BENTO, Berenice Alves de Melo. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).

¹⁹ ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; Zaidhaft, Sérgio. Transexualidade... Op. cit.

²⁰ ZAMBRANO, Elisabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.

caráter de naturalidade e universalidade sobre a instituição familiar, então composta por um homem e uma mulher que, juntos, em regra, são capazes de gerar filhos. A sacralização do conceito de família fundamentado em preceitos religiosos e, especialmente, na estrutura “natural” de envolvimento entre os sexos, impossibilita que sujeitos transexuais, em considerável parcela, tenham acesso adequado aos ensinamentos éticos e afetivos advindos dos lares. Isso porque, primeiramente, a família vai tentar reproduzir, a qualquer custo, os valores culturalmente aceitos e sedimentados na sociedade, impondo, portanto, o que lhes são concebidos como certo e errado, aceitável e não aceitável²¹.

Adiante, o abandono familiar de sujeitos transexuais, seja de forma expressa, com a expulsão dos recintos familiares, ou de maneira velada, no dia a dia, não apenas prejudica a formação afetiva e emocional de referidos sujeitos, mas também inviabiliza o acesso às condições materiais mínimas para a subsistência com dignidade. Ressalta-se que a formação familiar é contínua na vida dos sujeitos, sejam ou não transexuais, e é essencialmente importante no período de formação das identidades, inclusive e, principalmente, daquelas não hegemônicas. Sem o apoio familiar, inúmeros são os casos de suicídio, de doenças mentais graves como a depressão, de limitações para a construção de laços afetivos, entre outros prejuízos pessoais e sociais.

Por sua vez, no âmbito escolar, o despreparo para lidar com a diferença e a pluralidade também torna as escolas uma das principais instituições propagadoras das normas de gênero e da heterossexualidade e, por isso, responsáveis pela falta de oportunidades aos sujeitos transexuais. A imposição das categorias de gênero que abarcam somente as possibilidades menino e menina, prejudica a presença de crianças transexuais em um ambiente escolar saudável. O local que seria de formação e aprendizado, nesse contexto, transforma-se em um espaço hostil e de intenso sofrimento²².

As razões que perfazem o ambiente escolar inapropriado às pluralidades perpassam pela própria organização da sociedade na distribuição de poder e regulação de comportamentos. Como a escola encontra-se inserida na sociedade, há a transmissão de valores sociais hegemônicos que inviabilizam e subjagam as crianças e adolescentes

Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewj5i_7okLPZAhWHQpAKHVuxAlwQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Fha%2Fv12n26%2Fa06v1226.pdf&usg=AOvVaw33m7o-Np8-3ZzgTLHsOFUJ>. Acesso em: 19 fev. 2018.

²¹ Ibid.

²² BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 559-556, maio/ago. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2011000200016/19404>> Acesso em: 14 fev. 2018.

transexuais. As ações das instituições escolares para forçar a adequação aos gêneros tidos como “normais”, a impossibilidade de utilização de banheiros conforme a identidade de gênero, bem como a omissão quanto à utilização do nome social por parte de professores e colegas são fatores que dificultam o reconhecimento e inserção dos transexuais. É preciso, portanto, a criação de novos mecanismos capazes de conter a expulsão velada, a evasão de alunos e alunas transexuais e para que, além disso, haja a desnaturalização das categorias de gênero menino e menina como universais e únicas viáveis.

Nesse diapasão, inúmeros transexuais não conseguem concluir os estudos. O mercado de trabalho para sujeitos transexuais por vezes encontra-se restrito às profissões que exigem pouco ou nenhum estudo, como aquelas ligadas às vendas, aos salões de beleza e à prostituição. O preconceito que impera no ambiente escolar gera consequências na falta de oportunidades de trabalho, uma vez que a ausência de qualificação e educação obstam o alcance de carreiras profissionais e posições ocupacionais valorizadas. E, diante das dificuldades e desafios, os transexuais também se encontram invisibilizados pelo Estado²³ e, assim, à margem das relações de emprego.

Tendo em vista as dificuldades de inserção dos/das transexuais no mercado de trabalho, vale pontuar que

esta é uma experiência altamente limitadora para várias mulheres e homens transexuais, porque embora possam gozar subjetivamente e nas relações cotidianas da satisfação com a própria identidade (a partir das transformações corporais), sem adequação dos documentos permanecem ou acentuam sua clandestinidade, vivendo situações constantes em que são questionados e, eventualmente, discriminados²⁴.

Ainda, estudos concretizados por Berenice Bento²⁵ sobre a vida da população transexual no mercado profissional revelam que

a prostituição continua sendo a profissão mais acessível e mais próxima da realidade de travestis e mulheres transexuais. Segundo estudos da Associação Nacional das Travestis e transexuais (ANTRA), atualmente, 90% delas estão se prostituindo em todo o Brasil. As travestis e mulheres transexuais que não se

²³ No Brasil, ainda não existe nenhum tipo de proteção legislativa federal específica aos/as transexuais, embora exista uma atuação importante do Poder Judiciário e do Poder Executivo para atender demandas básicas de reconhecimento e proteção.

²⁴ ALMEIDA, Guilherme; ANDRESSA, Pilar; GEBRATH, Zélia. As relações de trabalho como um aspecto da assistência à saúde de pessoas trans. In: COELHO, Maria Tereza Ávila Dantas; SAMPAIO, Liliana Lopes Sampaio (Org.). **Transexualidades um olhar multidisciplinar**. Salvador: UFBA, 2014.

²⁵ BENTO, Berenice. Na escola se aprende... Op. cit.

prostituem, trabalham em profissões subalternas, ganhando baixos salários, submetendo-se a conviver com toda a violência imposta por seus patrões e colegas de trabalho, e a terem suas perspectivas de ascensão funcional estagnadas pelo preconceito²⁶

Desta feita, o esquecimento social, que é racionalmente justificado no mundo moderno, impõe aos sujeitos transexuais uma condição completamente desfavorável na sociedade. É notório que, desde a tenra idade, quando ausente ou diminuta a influência positiva e necessária à formação pessoal no âmbito familiar, bem como quando insuficiente a qualificação escolar e, como corolário, profissional, somada, ainda, à discriminação sofrida em razão da aparência física que destoa dos padrões de gênero homem e mulher culturalmente impostos, os sujeitos transexuais encontram-se imersos em obstáculos que praticamente consomem a possibilidade de uma vida digna. Em outros termos, a exclusão familiar, escolar e do mercado de trabalho formal, compelem aos sujeitos transexuais um modo de viver no qual não puderam minimamente preferir uma escolha real. Assim, os pressupostos de liberdade e igualdade, fundamentos da modernidade, são, na verdade, bastantes injustos e altamente questionáveis nos moldes em que estão sendo praticados na contemporaneidade.

4 DO PROCESSO DE INVISIBILIDADE: E QUANDO SUJEITOS TRANSEXUAIS SÃO VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR?

A questão do esquecimento social garante íntima relação com o que Bourdieu²⁷ denomina como *violência simbólica*. Diferentemente da violência interpessoal, configurada pela agressão física ou discursiva, a violência simbólica decorre de uma visão naturalizada do mundo, isto é, de padrões de modos de vida supostamente universais e que acabam por conduzir a sociedade.

Segundo Aguiar, Carrieri e Souza

O poder simbólico erige a realidade através da instituição de uma ordem gnosiológica, isto é, de uma significação imediata para o mundo, em especial para o mundo social, bem como impõe e legitima significações através de

²⁶ MATENDAL, Laura. **Experiência(s) profissional(is)? Relatos de mulheres transexuais**. 2015. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/156667/TCC-%20Laura%20Martendal.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

²⁷ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

esquemas de percepção e disposições incorporados pelos sujeitos. Ademais, o poder simbólico é exercido, unicamente, com a cooperação e a convivência daqueles sujeitos que lhe são subordinados, uma vez que eles o constroem como um poder real, aderindo à lógica discursiva que impulsiona a integração moral e que, conseqüentemente, possibilita a construção e a reprodução do consenso acerca da ordem social instituída²⁸.

Nesse sentido, “há um processo sustentado pela existência e reforço de pensamentos alinhados às estruturas impostas”²⁹. Este sistema de dominação advém de instituições específicas, quais sejam, a família, a escola, a Igreja, o Estado e, inclusive, o Direito. Referidas instituições, que decorrem de construções sociais e históricas, institucionalizam e reproduzem preconceitos, desigualdades, exclusão e violação das minorias³⁰.

Entretanto, exatamente também por ser uma construção social, o Direito deve estar atento às novas relações humanas e, assim, deve procurar formas de se reinventar face às transformações sociais, políticas e culturais que insurgem no processo evolutivo. Se de um lado promove a segurança jurídica, de outro deve ser dotado de dinamicidade para reconhecer o que antes, por exemplo, não era visibilizado. Caso contrário, grupos e sujeitos minoritários, como o caso dos/das transexuais, ficarão à margem até mesmo de direitos e garantias fundamentais, o que não é concebível num Estado Democrático de Direito.

O Brasil, apesar de signatário de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos que se posicionam expressamente contra a discriminação de sujeitos em razão de sua identidade de gênero³¹, não possui nenhum tipo de legislação federal própria para sujeitos transexuais, o que reflete, pois, todo o esquecimento social brasileiro. No âmbito penal, embora haja propostas em defesa da criminalização da transfobia, isto é, da violência

²⁸ AGUIAR, Ana Rosa Camillo; CARRIERI, Alexandre de Pádua; SOUZA, Eloisio Moulin de. Trabalho, violência e sexualidade... Op. cit.

²⁹ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**... Op. cit., p. 7 e 8.

³⁰ AGUIAR, Ana Rosa Camillo; CARRIERI, Alexandre de Pádua; SOUZA, Eloisio Moulin de. Trabalho, violência e sexualidade... Op. cit.

³¹ Durante a 47ª Assembléia Geral da OEA, realizada em junho de 2017, em Cancún, no México, houve a aprovação da Resolução Geral de Direitos Humanos que condena todas as formas de discriminação de violências com base na orientação sexual ou identidade e expressão de gênero. A Resolução solicita aos Estados-Membros da OEA a tomarem medidas eficazes, até mesmo jurídicas, para proteger os direitos humanos da população LGBTI. A coalizão LGBTI e as ações diplomáticas de interlocução entre os Estados-Membros da OEA permitiram a aprovação da Resolução, inclusive, com uma seção específica sobre a orientação sexual e identidade e expressão de gênero. Ver a respeito em: ORGANIZANDO TRANS DIVERSIDADES (OTD). **Assembleia Geral da OEA aprova sobre os direitos das pessoas LGBT**. Cancún, Quintana Roo, 21 jun. 2017. Disponível em: <otdchile.org/assembleia-geral-da-oea-aprova-resolucao-sobre-os-direitos-das-pessoas-lgbtis>. Acesso em: 30 fev. 2018.

praticada contra sujeitos transexuais somente porque são transexuais, as perspectivas de mudança efetiva da legislação passam por grandes obstáculos, especialmente em virtude da “bancada religiosa” e fundamentalista que habita o Congresso Nacional brasileiro na atualidade³².

Se existe um Poder Legislativo omissivo, ou mesmo atuante contra o reconhecimento da população transexual, de outra banda, esta mesma população clama por proteção para conseguir sobreviver. Segundo a organização não governamental *Transgender Europe (TGEU)*, o Brasil, lidera, há seis anos consecutivos, o *ranking* de assassinatos de pessoas transexuais e travestis, sendo 868 mortes registradas entre 2008 e 2016³³.

Diante desse contexto, o Poder Judiciário, por sua vez, exerce um papel importante ao proferir decisões contramajoritárias que, à luz de interpretações de princípios constitucionais fundamentais, buscam reconhecer e alcançar a realidade transexual. A questão da diversidade no Direito brasileiro, contemporaneamente, demonstra que, apesar de um ordenamento jurídico positivado conforme paradigmas modernos hegemônicos europeus, há indícios, ainda que embrionários na prática, de uma nova perspectiva de reconhecimento de pluralidades de saberes culturais e existenciais.

A Constituição da República de 1988 trouxe para a esfera pública diversas questões, antes consideradas do âmbito privado, como demandas relacionadas ao gênero e à sexualidade. Neste ínterim, houve a inclusão da igualdade entre homens e mulheres, o reconhecimento de novas concepções sobre a família, além da expressa proibição de discriminação por motivo racial ou étnico, entre outros avanços³⁴. Contudo, a ausência de dispositivos sobre orientação sexual e identidade e expressão de gênero revela, com a

³² O Projeto de Lei 7551/14, apresentado na Câmara dos Deputados, busca alterar a Lei Maria da Penha (11.340/06), substituindo as referências de “gênero” pela palavra “sexo”. A justificativa do projeto pauta-se no fato de que supostamente a luta contra a discriminação da mulher tem sido substituída pela luta contra a discriminação de gênero, desvirtuando (?) o foco pela luta a favor da mulher. As referências à violência de gênero têm permitido aos juízes a aplicação da lei no caso de violência contra homossexuais e até mesmo contra homens ao considerar a vulnerabilidade dos sujeitos. Ver a respeito em: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7.551, de 2014. Altera os artigos 5º e 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, substituindo o termo gênero por sexo. Brasília, DF, 14 maio 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DABB9303F1AD374D5AD3A8E8CD72CB0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1252820&filename=Tramitacao-PL+7551/2014>. Acesso em: 13 fev. 2018.

³³ CUNHA, Tais; REZENDE, Humberto. Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais. **Correio Braziliense**, Brasília, 28 dez. 2016. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

³⁴ CARRARA, Sérgio; RAMOS, Sílvia. **Política, direitos, violência e homossexualidade**: 9ª Parada do Orgulho GLBT – Rio 2004. Rio de Janeiro: Clam, 2005.

omissão desta diversidade, evidente reprodução da naturalização de relações binárias como as únicas tangíveis. Faz-se, pois, necessária a reinterpretação de princípios constitucionais fundamentais para que a diversidade de gênero e de orientação sexual não permaneçam à margem do ordenamento jurídico pátrio.

No Brasil, em relação à diversidade de gênero e de orientação sexual, há uma busca pela implementação de políticas públicas e pela igualdade de direitos da população LGBTI³⁵. Se de um lado há uma representatividade parlamentar que, nutrida por um viés religioso, pouca escolaridade e evidente política clientelista, embarga toda e qualquer tentativa de se garantir direitos fundamentais a todos os sujeitos sem discriminação; por outro lado, há o Supremo Tribunal Federal que, sensível às temáticas de orientação sexual e identidade e expressão de gênero, busca assegurar o reconhecimento e, igualmente, o acesso aos direitos essenciais às minorias LGTBI. Desta feita, demandas que tratam sobre a diversidade de gênero e de orientação sexual são analisadas especialmente pelo Poder Judiciário brasileiro³⁶.

Por sua vez, especialmente no tocante à diversidade de gênero, o Poder Judiciário, quando busca oferecer garantias mínimas de direitos fundamentais, considera que a igualdade vai além da mera identidade. Assim, embora não haja leis federais que compreendam direitos iguais ou proteção específica pautada na vulnerabilidade da população transexual, existem decisões judiciais casuísticas contra a discriminação por identidade e expressão de gênero. Sobre o assunto, Alexandre Melo Franco Bahia ressalta que

Há, nesses casos, a necessidade da igualdade sob a perspectiva da diversidade, primeiramente reconhecer a existência de identidades de gênero que se reconhecem como “diferentes do padrão” (e já partimos do suposto de que não há padrões), para que se possa falar em políticas de igualdade: tais políticas públicas vão passar tanto pela diversidade – o que demanda que o Direito quebre o código “masculino X feminino” para enxergar que há variações tão válidas como aquelas e procure soluções, por exemplo, para o problema enfrentado por aqueles/aquelas em usar banheiros públicos ou ter documentos que lhes sejam compatíveis [...] Também por reconhecimento primeiro da diversidade (de que há uma variação) e depois em razão a equidade, transexuais queiram adequar seu corpo e seus documentos à sua identidade psíquica devem ter acesso aos instrumentos médicos e legais³⁷.

³⁵ Trata-se da sigla nacionalmente conhecida que abrange lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

³⁶ NARDI, Henrique Caetano; RIOS, Roger Raupp; MACHADO, Paula Sandrine. Diversidade Sexual: políticas públicas e igualdade de direitos. **Athenea Digital**, v. 12, n. 3, p. 255-266, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/537/53724611016>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

³⁷ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85 e 86.

Quanto ao Poder Executivo, existem “Conselhos, Planos Plurianuais de Direitos Humanos, além de Portarias e outros instrumentos normativos pontuais”³⁸ para abranger a diversidade de gênero. Todavia, a atuação casuística do judiciário³⁹ e as ações afirmativas do executivo não são suficientes para garantir o concreto reconhecimento e proteção da minoria transexual que, portanto, acaba permanecendo em situação de extrema vulnerabilidade social e sujeita a todo tipo de violência sem que haja uma resposta efetiva ou ao menos satisfatória do Estado e do Direito brasileiro. Isto posto, outra alternativa não resta senão a propositura de novas interpretações, à luz dos princípios constitucionais, acerca da legislação vigente para que, então, a diversidade de gênero, em especial os/as transexuais, não permaneçam à margem do sistema jurídico contemporâneo⁴⁰.

³⁸ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios... Op. cit.

³⁹ O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro, encampada pela ADI nº 4277-DF, decidiu pela possibilidade das uniões homoafetivas, ressaltando na decisão que: “O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia”. Ver a respeito em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRANSEXUAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7dpqsfid>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁴⁰ Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2017, no acórdão 1626739/RS – Rio Grande do Sul, decidiu pela possibilidade de troca de nome de pessoa transexual ainda que ela não tenha realizado a cirurgia de redesignação, conforme a ementa: “[...] 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade [...] 7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças [...] 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico”. Ver a respeito em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1626739/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1546397&num_registro=201602455869&data=20170801&formato=PDF>. Acesso em: 10 de fev. 2018.

Em relação à violência doméstica e familiar praticada contra sujeitos transexuais, a incidência da Lei 11.340/2006, sob uma ótica interpretativa recente dos tribunais brasileiros, depende, em regra, da identificação do sujeito com o gênero mulher⁴¹. Dessa forma, mulheres transexuais encontram-se, mesmo que com muitos obstáculos, abrangidas pelos instrumentos de proteção da mencionada Lei. Ocorre, contudo, que remanescem, quanto à incidência da legislação especializada, diversas e difíceis lacunas sobre os sujeitos transexuais. Observa-se que, na lógica de identidade de gênero, o homem transexual, embora por vezes vulnerável, não mais atendente ao requisito “mulher”, perdendo, pois, em tese, todos os direitos que estão estabelecidos na Lei 11.340/2006.

Ressalta-se que, em 2006, ano de criação da mencionada Lei, existia um cenário no qual a questão da violência de gênero contra a mulher encontrava-se em voga no Brasil. Todavia, a violência contra a mulher torna-se, na atualidade, uma das inúmeras maneiras de violação e agressão àqueles sujeitos em situação de vulnerabilidade. E, face à demanda dos/das transexuais, é necessária uma nova interpretação constitucional da Lei 11.340/2006, que supere a questão do esquecimento social ao compreender, com efeito, a população transexual. Esta, no que tange à proteção estatal específica contra a violência doméstica e familiar, se devidamente reconhecida na sua diferença, poderá gozar de uma igualdade efetiva⁴².

Noutro giro, as unidades jurisdicionais especializadas de violência doméstica e familiar no Brasil, em geral, não dispõem de uma estrutura adequada para atender, processar e julgar demandas que envolvam sujeitos transexuais. Existe, de fato, uma insegurança difundida daqueles que executam o Direito, dos que defendem o Direito e dos que precisam do Direito acerca da aplicabilidade da referida regra para transexuais e, por conseguinte, da abrangência do conceito de mulher. No entanto, tais deficiências precisam, o quanto antes, ser superadas, eis que inviabilizam a devida proteção e o acesso à justiça dos sujeitos transexuais.

⁴¹ Segue uma parte da decisão monocrática proferida nos autos de n. 0018790-25.2017.8.19.0004, pelo d. juízo de direito da vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Afirma a vítima, mulher assumidamente transexual desde janeiro de 2016, que sua genitora se opõe à identidade de gênero que a mesma se atribui, sustentando que tal não passa de uma doença mental, adquirida em razão de más influências. [...] No caso em tela, verifica-se que a genitora da vítima desrespeitou gravemente a identidade de gênero assumida por sua filha, internando-a em clínica de outro Estado, privando-a do convívio com sua companheira e afastando-a dos demais entes familiares e de seus amigos. [...] Diante de tais argumentos, não vislumbramos razão para excluir da requerente, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Ver a respeito em: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. I Juizado Especial Criminal de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. **Decisão**, Nilópolis, 02 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-rj-autoriza-medida-protetiva.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

⁴² BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios... Op. cit.

Vale esclarecer que, uma nova interpretação da legislação especializada de violência doméstica e familiar, não coaduna com o ânimo de conformidade desse sistema jurídico positivado. Ao contrário: a proposta de uma nova compreensão da Lei 11.340/2006, pautada em preceitos constitucionais fundamentais, demonstra a insuficiência do modelo binário vigente e a premência de guarida a transexuais que são constantemente violentados no ambiente doméstico e familiar. Ademais, sugerindo-se outra aplicabilidade da legislação contra a violência doméstica e familiar, reconhece-se, também, a imprescindibilidade de uma nova perspectiva do Direito fundamentada no reconhecimento da diferença como pressuposto para realização da igualdade⁴³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A naturalização de padrões hegemônicos sustenta a violência simbólica na sociedade brasileira, especialmente no que diz respeito à invisibilidade e exclusão das minorias. A conjuntura na modernidade de fundamentar-se numa “desigualdade justa” revela-se, na verdade, duplamente injusta. Isso porque, além de desconsiderar a estrutura de classes que a comunidade nacional se sustenta e se reproduz, também se apoia na concepção equivocada de que os sujeitos, sozinhos, por mérito unicamente próprio, é que são aqueles capazes de vencer na vida. Esse grave engano de se desconsiderar o apoio familiar é o que o presente artigo busca sinalizar e combater. Na realidade, o esquecimento social consubstanciado na ausência dos valores éticos e afetivos transmitidos nos lares e na parca qualificação escolar e profissional, que se torna o real divisor de águas na vida dos sujeitos, isto é, daqueles que terão sucesso e daqueles fadados ao fracasso. A partir desse esclarecimento, é possível se pensar em avanços para uma sociedade efetivamente democrática.

Exatamente por ser uma construção social, o Direito também deve estar atento às novas relações humanas e, assim, deve procurar formas de se reinventar face às transformações sociais, políticas e culturais que insurgem no processo evolutivo. A dinamicidade que se exige, na verdade, não vai de encontro à segurança jurídica. Ao contrário. A busca por meios interpretativos aptos a superar os obstáculos de cunho religioso, políticos e regras morais e sociais que rechaçam, diariamente, minorias para um campo de subalternidade e marginalidade, deve ser introduzida na sociedade e na

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: <http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

normatividade como um instrumento complementar e fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito. Somente assim é possível reconhecer o que antes não era visibilizado e adequadamente protegido.

Indo adiante, verifica-se que a violência doméstica e familiar praticada contra sujeitos transexuais não ensejou, até hoje, uma legislação específica de proteção a essa minoria, embora alarmantes os casos de agressões e diversas mortes. O viés adotado pelos tribunais brasileiros é interpretativo, determinando-se a incidência da Lei 11.340/06, conquanto haja a identificação do sujeito com o gênero mulher. Dessa forma, apenas mulheres transexuais encontram-se, mesmo que com muitas barreiras, abrangidas pelos instrumentos de proteção da Lei 11.340/06. Nessa lógica, todavia, o homem transexual, embora por vezes vulnerável, não mais atende ao requisito “mulher”, perdendo, pois, a princípio, todos os direitos que estão estabelecidos na legislação especializada.

Considera-se, assim, imprescindível uma nova perspectiva interpretativa com bases constitucionais que supere a questão do esquecimento social dos sujeitos transexuais e, com efeito, pretenda compreender toda a população transexual. Apenas diante da possibilidade de gozar de uma efetiva proteção estatal específica, sem marginalização e exclusão, é que os sujeitos transexuais serão efetivamente sujeitos de direitos quando vítimas contra a violência doméstica e familiar.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ana Rosa Camillo; CARRIERI, Alexandre de Pádua; SOUZA, Eloisio Moulin de. Trabalho, Violência e Sexualidade: estudo de lésbicas, travestis e transexuais. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 78-95, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/840/84029528006>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- ALMEIDA, Guilherme; ANDRESSA, Pilar; GEBRATH, Zélia. As relações de trabalho como um aspecto da assistência à saúde de pessoas trans. In: COELHO, Maria Tereza Ávila Dantas; SAMPAIO, Liliana Lopes Sampaio (Org.). **Transexualidades um olhar multidisciplinar**. Salvador: UFBA, 2014. p. 187-200.
- ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ agora/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.
- ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; Zaidhaft, Sérgio. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. **Psicologia & Sociedade**, v. 20, n. 1, p. 70-79, jan. abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73-98.
- BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 559-556, maio/ago. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2011000200016/19404>>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006. (Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade).
- _____. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- _____. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Contemporânea**, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 165-182, jan./jun. 2014.
- BERTOLDI, Maria Eugênia et al. Lei Maria da Penha. **JICEX**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 1-2, 2014. Disponível em: <<http://ojs.santacruz.br/index.php/JICEX/article/view/681>>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. p. 11-25. Disponível em: <http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/pensamento_pos_e_descolonial_e_o_noco_constitucionalismo_latinoamericano.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- ORGANIZANDO TRANS DIVERSIDADES (OTD). **Assembleia Geral da OEA aprova sobre os direitos das pessoas LGBT**. Cancún, Quintana Roo, 21 jun. 2017. Disponível em: <otdchile.org/assembleia-geral-da-oea-aprova-resolucao-sobre-os-direitos-das-pessoas-lgbtis>. Acesso em: 30 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **O que é a CIDH**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Decreto n. 8.272, de 26 de junho de 2014. Altera o Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e revoga o art. 11 do Decreto nº 4.562, de 31 de dezembro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Decreto/D8272.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7.551, de 2014. Altera os artigos 5º e 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, substituindo o termo gênero por sexo. Brasília, DF, 14 maio 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DABB9303F1AD374D5AD3A8E8CD72CB0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1252820&filenome=Tramitacao-PL+7551/2014>. Acesso em 13 de fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1626738/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1546397&num_registro=201602455869&data=20170801&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Rio de Janeiro, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRANSEXUAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7dpqsf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. I Juizado Especial Criminal de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. **Decisão**. Nilópolis, 02 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-rj-autoriza-medida-protetiva.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2316/1749>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

CARRARA, Sérgio; RAMOS, Sílvia. **Política, direitos, violência e homossexualidade**: 9ª Parada do Orgulho GLBT – Rio – 2004. Rio de Janeiro: Clam, 2005.

CUNHA, Tais; REZENDE, Humberto. Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais. **Correio Braziliense**, Brasília, 28 dez. 2016. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

FERREIRA, Mary. Resenha ŽIŽEK, Slavoj. Violência: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. **Políticas Públicas**, São Luís, v. 18, n. 2, p. 539-542, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v18n2p539-542>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JESSÉ, Souza. **Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília: Ed. do Autor, 2012. E-book. Disponível em: <https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans>. Acesso em: 13 fev. 2018.

LAUREANO, Delze dos Santos. **Direito das minorias: desafios epistemológicos**. Belo Horizonte: a Initia Via, 2015. v. 3.

MATENDAL, Laura. **Experiência(s) profissional(is)? Relatos de mulheres transexuais**. 2015. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/156667/TCC-%20Laura%20Martendal.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

NARDI, Henrique Caetano; RIOS, Roger Raupp; MACHADO, Paula Sandrine. Diversidade sexual: políticas públicas e igualdade de direitos. **Athenea Digital**, v. 12, n. 3, p. 255-266, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/537/53724611016>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 63, p. 237-280, out. 2002. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____; MENEZES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: <http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SANTOS, Lohana Morelli Tanure. O que é transexualidade? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paula Rocha (Org.). **Gênero, Sexualidade e Direito uma Introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 108-116. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BzPxU3fyqu75em1mdUx6QzkzLUk/view>>. Acesso em 30 de jan. 2018.

SOUSA, Jahyra Kelly de Oliveira. Lei Maria da Penha: por uma igualização de gênero no e através do direito. In: CONGRESSO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, 2., 2016, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, 2016. v. 3. p. 87. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5595888ae4b0f75fd292e2d6/t/58f803e99f745630b6963608/1492648989227/DSG_V03_00completo.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. Disponível em: <http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/pensamento_pos_e_descolonial_e_o_noco_constitucionalismo_latinoamericano.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

ZAMBRANO, Elisabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj5i_7okLPZAhWHQpAKHVuxAlwQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Fha%2Fv12n26%2Fa06v1226.pdf&usg=AOvVaw33m7o-Np8-3ZzgTLHsOFUJ>. Acesso em: 19 fev. 2018.

ZILLES, Urbano. **A modernidade e a Igreja**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=I3h-cEV-1ogC&oi=fnd&pg=PA7&dq=ZILLES,+Urbano.+A+modernidade+e+a+Igreja.+&ots=bn-5T7N3sp&sig=rm0vHEkff7PsdHDAeYQD_bkc1a8#v=onepage&q=ZILLES%2C%20Urbano.%20A%20modernidade%20e%20a%20Igreja.&f=false>. Acesso em: 30 jan. 2018.

ANÁLISE CRÍTICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DEFENSIVA NO BRASIL

CRITICAL ANALYSIS OF CRIMINAL AND DEFENSIVE INVESTIGATION IN BRAZIL

Pablo Rodrigo França¹

Mário Furlaneto Neto²

José Eduardo Lourenço dos Santos³

RESUMO

Estuda-se o inquérito policial presidido pela Polícia Judiciária no Brasil enquanto modelo prevalente na investigação preliminar brasileira visando identificar indícios de autoria e prova da materialidade de fato definido como ilícito, bem como o instituto da investigação criminal defensiva, com o viés garantista, a partir de sua evolução na Itália e os reflexos contemporâneos no processual penal brasileiro. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, busca-se demonstrar as semelhanças e diferenças estruturais da Itália e do Brasil na abordagem da investigação defensiva no contexto da investigação preliminar almejando discutir os princípios garantistas, conformação das normas e estruturas que atendam ao dinamismo social. Concluiu-se ser possível a adoção da investigação defensiva no Brasil, a ser promovida exclusivamente pelo advogado e Defensor Público, no bojo do inquérito policial, a fim de que referido procedimento seja fomento da investigação criminal garantista.

Palavras-chave: Inquérito Policial; Ampla Defesa; Contraditório; Garantismo.

¹ Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista na área de concentração Direito Constitucional e Administrativo – Escola Paulista de Direito (EPD). Delegado de Polícia do Estado de São Paulo e Professor da Universidade do Oeste Paulista-SP (UNOESTE). *E-mail*: p.r.franca@hotmail.com

² Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor do Mestrado e Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Líder do Grupo de Pesquisa denominado Núcleo de Estudos em Direito e Internet (NEPI), mantido pelo UNIVEM e cadastrado no CNPQ. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. *E-mail*: mariofur@univem.edu.br

³ Pós-Doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Professor do Mestrado e Graduação em Direito do UNIVEM. Líder do Grupo de Pesquisa denominado Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO), mantido pelo UNIVEM e cadastrado no CNPQ. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. *E-mail*: jels@univem.edu.br

ABSTRACT

Study the police investigation presided over by the Brazilian Judicial Police as a prevailing model in the Brazilian preliminary investigation aiming to identify evidence of authorship and proof of materiality defined as illicit, as well as the institute of defensive criminal investigation, with the guarantee bias, from of its evolution in Italy and the contemporary reflexes in Brazilian criminal proceedings. Thus, through a bibliographical and legislative review, it is sought to demonstrate the similarities and structural differences between Italy and Brazil in the approach to defensive research in the context of the preliminary investigation, aiming to discuss the principles of guarantee, the conformation of norms and structures that attend to social dynamism . It was concluded that it is possible to adopt the defensive investigation in Brazil, to be promoted exclusively by the lawyer and Public Defender, within the scope of the Police Inquiry, in order that said procedure is to foment the criminal investigation.

Keywords: Police Inquiry; Wide Defense; Contradictory; Garantismo.

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe novo panorama para a investigação criminal, alterando o paradigma na produção de provas que visam elucidar a materialidade do crime e sua autoria. Adotou-se o modelo garantista de investigação criminal cujos princípios e garantias individuais da pessoa humana passaram a norteá-la.

Por conta disso, passa-se a discutir a interpretação que se deve conferir ao Código de Processo Penal (CPP), no caso, em relação à investigação criminal preliminar, em face da Lei Maior, nomeadamente em virtude dos momentos políticos antagônicos em que foram edificadas.

O modelo de investigação criminal brasileiro segue o sistema inglês, onde a investigação criminal é presidida pelo Delegado de Polícia de carreira. Utiliza-se o emprego do inquérito policial enquanto instrumento para materialização das provas. Ganha força, no entanto, a corrente que visa admitir os princípios do contraditório e a ampla defesa na fase da investigação criminal.

Recentes alterações legislativas e que marcam a nova interpretação do CPP vão ao encontro dessa premissa ao prever, por exemplo, a participação obrigatória do advogado nos atos de colaboração premiada e a obrigatoriedade da participação do advogado constituído em atos de investigação que necessita a participação do investigado, assim como o direito de postular a produção de provas.

O Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010, que disciplina o Novo Código de Processo Penal, confere nova roupagem à Investigação Criminal, assim como estabelece o instituto da Investigação Defensiva.

Diante disso, por meio de revisão doutrinária e legislativa, busca-se enfrentar a investigação criminal preliminar e suas novas perspectivas sob o viés da CF e visão garantista, enquanto referencial teórico para discutir a investigação defensiva.

Traz à colação tanto a investigação defensiva prevista no Código de Processo Penal italiano, sob o manto do sistema de investigação criminal europeu ou promotor-investigador, assim como o instituto previsto no PL 8.045/2010, que mantém o sistema de investigação criminal inglês, tudo com o objetivo de se realizar a análise crítica da viabilidade de implementação ou não do instituto no ordenamento jurídico, quanto sobre o ponto de vista da legitimidade para promovê-la.

Para tanto, é necessário analisar, inicialmente, o Inquérito Policial no Brasil, o que se fará a seguir.

1 O INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Preliminarmente, é importante fixar a premissa de que, em face do móvel do presente trabalho, além da amplitude doutrinária e das controvérsias, a abordagem sobre o tema não se esgotará e será delimitada na essência, de acordo com o referencial e a objetividade eleita.

São inúmeros os pensamentos sobre a origem, mesmo que remota, do inquérito policial, adotando-se a que indica que o ponto mais distante da origem é encontrado em Roma onde o acusador recebia do magistrado o direito a proceder todas as espécies de diligências. Havia a *inquisitio generalis*, apuração do próprio Estado e apontada como a fonte da polícia judiciária, com atuação e investigação da polícia imperial que, ao final, repassava a conclusão daquele inquérito aos órgãos judiciários.⁴

No Brasil sempre houve uma maneira de investigação inicial dos delitos. Durante o tempo colonial, nas Ordenações, havia a *devassa*, forma de inquirição ordinária, sem a indicação de indícios ou autoria, e a *querela*, caracterizada pela inquirição sumária com apontamento prévio da autoria e todos os indícios.⁵ Referidos procedimentos perduraram até a independência do Brasil, em 1822, quando se instituíram os juizados de paz, conferindo-se aos seus membros poderes preventivos e repressivos que foram mantidos, mesmo com o advento do Código Criminal de 1832.

Em 1841, com a Lei nº 261, de 03 de dezembro (regulamentada pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842), surgiu a figura do chefe de polícia para o município da corte e para cada uma das províncias do Império, bem como os cargos do Delegado de Polícia e dos subdelegados. Com estes, também, a tarefa de remessa, quando entendesse pertinente, de tudo que fosse arrecadado para o esclarecimento do delito com a completa exposição do caso aos juízes, visando à formação da culpa.⁶

Apenas em 1871 foi editada a Lei nº 2.033, de 20 de setembro, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, que enalteceu o instituto do inquérito policial como procedimento preliminar da persecução penal. Assim, desde a segunda metade do século XIX, é o instrumento protagonista e legal de apuração dos fatos delinquentes.⁷

⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. Inquérito policial no Brasil: origens. **Carta Forense**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil---origens/415>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵ ALMEIDA, J. Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 195-197.

⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

⁷ Ibid.

Hodiernamente, o inquérito policial está consagrado entre os artigos 4º e 23 do vigente Decreto-Lei nº 3.689⁸. Sofreu inúmeras emendas legislativas, havendo discussões legislferantes atuais para sua substituição total, nos termos do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

Perazzoni⁹ retrata que somente após o Ministério Público passar a sustentar a ideia da implementação do sistema investigativo continental europeu, o qual retrata a figura do promotor-investigador, é que se observam estudos mais aprofundados sobre o inquérito policial e a investigação criminal no contexto da ordem jurídica brasileira.

Ao delimitar pontos específicos sobre o inquérito policial atualmente aplicado no Brasil, enquanto importante modelo investigatório de fatos considerados criminosos, pode-se conceituá-lo como “atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria”¹⁰.

No mesmo sentido, Mirabete¹¹ o enfatiza como “todo procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria [...] uma instrução provisória, preparatória, informativa em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária”.

Salienta-se, pela importância, que não apenas o conceito, mas as características, a finalidade, o valor e tudo que se refere ao regime da investigação preliminar e, respectivamente, do inquérito policial, deve refletir a exegese da norma fundamental, em face da condição superior de nossa Carta Magna.¹²

Em outras palavras, a leitura do inquérito policial deve respeitar todos os princípios constitucionais que apontam para uma elogiável garantia ao indivíduo suspeito e que influenciam toda a persecução criminal e são limitadores do direito de punir do próprio Estado. Assim, para sopesar a balança da justiça, donde de um lado está o indivíduo suspeito e do outro a força pública (Estado), foram consagrados como fundamentais muitos direitos, dentre os quais o ônus da prova ao acusador, a presunção de não culpa, o *in dubio pro reo*, a proteção contra tortura ou excessos (abusos), o direito ao sigilo e à

⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁹ PERAZZONI, Franco. Delegado de polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). **Inquérito policial: doutrina e prática**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

intimidade, o direito a julgamento por juiz competente, a irretroatividade da lei penal *in pejus*, a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, o contraditório, a ampla defesa e o *habeas corpus*. Há, ainda, entre os fundamentos da Carta da República, a dignidade da pessoa humana, bem como entre os objetivos, internos ou internacionais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem estar de todos; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos.

Essas premissas têm força cogente e refletem em todo o sistema criminal, pois, “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e mais imóvel que uma lei comum”, de forma que a Constituição de um País é a lei fundamental da nação e “[...] uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”¹³.

O inquérito policial, apesar de antigo, modificou-se com o dinamismo social, não apenas em sua estrutura objetiva, mas, especialmente, em sua alma que contamina a hermenêutica a ser consumada. Não há dúvidas de que a investigação realizada pela polícia judiciária foi democratizada com a vigente Constituição Cidadã.

Grande equívoco daqueles que insistem em tratar o inquérito policial como uma simplória ferramenta de acusação do Estado. Não! O objetivo de todas as diligências é a busca da verdade real dos fatos, inclusive como instrumento de defesa de falsas ou equivocadas acusações, em busca de justiça. Claro, e não menos verdade, que um procedimento bem realizado acaba por encerrar com o conjunto de provas que fixam a materialidade de um crime cometido e os indícios veementes (não apenas suficientes) de autoria.

Doutrinariamente e de maneira disseminada nas fileiras acadêmicas, pontua-se o inquérito policial por possuir algumas características (dentre outras), como o fato de ser formal, ou seja, escrito, sigiloso; resguardar a intimidade das partes e o sucesso da investigação; ser inquisitivo, sob o argumento da ausência da obrigatoriedade do contraditório amplo, e dispensável, por se admitir formas de investigação extrapoliciais.¹⁴

Por força da Constituição Federal, a atribuição da presidência da investigação criminal, no inquérito policial, compete exclusivamente ao Delegado de Polícia, servidor público pertencente aos quadros da polícia civil ou federal, investido no cargo depois de aprovado em concurso público de provas e títulos, onde se exige do candidato o preenchimento de inúmeros requisitos técnicos, como o bacharelado em Direito, além de

¹³ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8-10.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2015.

reconhecida conduta ilibada e boa reputação. Logo, desde 1988, afasta-se a nomeação política ou sem critério legítimo e meritório de escolha do profissional de carreira jurídica, garantidor da lei e da justiça, sem vínculo obscuro e sim compromissado com a verdade cristalina, e que deve pautar as decisões técnicas em fundamentos jurídicos.

Assim, desde o fato consumado, com todas as diligências empregadas durante o procedimento formal e escrito, fiscalizado pela sociedade, imprensa, corregedoria, Ministério Público e juiz competente, com a adoção de todas as medidas cautelares autorizadas pela justiça, sempre após o parecer do membro do *Parquet*, até o deslinde com o indiciamento e o relatório final, constata-se que o inquérito policial é procedimento preliminar de investigação altamente revistado, titularizado por servidor independente e comprometido exclusivamente com a verdade.

Com o advento da CF de 1988, nomeadamente em face da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da corrente majoritária de adoção do sistema acusatório no Brasil, passa-se a vislumbrar uma maior participação da defesa na investigação criminal, motivo pelo qual se impõe analisar a investigação criminal defensiva na Itália e, posteriormente, as alterações legislativas brasileiras que, aos poucos, vão permitindo nova roupagem à investigação criminal preliminar, o que se fará a seguir.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

A Itália modificou, nas últimas décadas, o modelo e a estrutura de sua legislação processual penal, passando do sistema misto para o acusatório. No primeiro, a atividade investigativa preliminar estava nas mãos do juiz, sem a participação das partes e nem mesmo do Ministério Público. O contraditório assegurado era apenas postergado ou diferido, ocorrendo na fase dos debates das provas, ou seja, em momento posterior.¹⁵

Com a mudança ocorrida e a promulgação do novo Código de Processo Penal, em 1988, instaurou-se um novo sistema, de característica acusatória.

Leciona Amodio¹⁶ que os juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo Penal, com o propósito de suprimir os aspectos inquisitórios antes vigentes, pautaram-se por três objetivos primordiais: (1) superar toda manifestação residual e o autoritarismo do Código Rocco; (2) efetivar os princípios constitucionais que tutelam os

¹⁵ VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005.

¹⁶ AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, jan./mar. 1999. p. 16.

direitos de liberdade e de defesa no processo penal; (3) construir um sistema normativo livre de contradições decorrentes de um ordenamento marcado por um “garantismo inquisitório”, isto é, uma estrutura essencialmente autoritária, incrementada superficialmente pela concessão de algumas garantias.

Exalta-se a adoção do princípio do contraditório na formação da prova, com a decisão judicial na fase dos debates. O magistrado passou a ter função que garantia a sua imparcialidade, fiscalizando (o que está sendo produzido) e decidindo (a matéria de mérito), com iniciativa probante complementar e de caráter absolutamente excepcional, com vista à preservação da atividade reta.¹⁷

Assim, a investigação preliminar passou a ser responsabilidade direta do Ministério Público (que integra o Poder Judiciário, mas sem funções judiciais), ou através da Polícia Judiciária (a quem requestra a intervenção, ministrando o mote do ato a ser investigado), intitulada *indangini preliminari*. O juiz deixa de ser instrutor e passa a ser eminentemente garantista.

No contexto dos sistemas de investigação criminal, adota-se o sistema do promotor-investigador ou sistema continental europeu, em contraposição ao sistema inglês, em que as investigações “são conduzidas pela Polícia, a qual age em virtude de um poder que lhe é próprio”¹⁸.

Percebe-se que a Polícia Judiciária, no sistema adotado pelo Código de Processo Penal italiano, possui atribuição delegada e complementar ao Ministério Público, no cumprimento estrito da norma, e encarregado de dar ciência de todos os atos ao *Parquet*, que mantém tudo registrado, em forma escrita, junto ao cartório (não em delegacias). Atenta-se para a ausência do contraditório nesta fase em que os atos são de investigação e não tratados como provas, salvo nos casos de risco de desaparecimento, quando se instaura incidente específico com a participação da defesa.

Aliás, o defensor do investigado pode se manifestar junto ao Ministério Público, diretamente e de maneira escrita, participando de atos da investigação, a exceção das cautelares que possam colocar em risco o cumprimento da medida.

Findo o procedimento, caso o Ministério Público, com a dupla função, não verifique indícios de autoria ou prova de materialidade, ou mesmo constate a atipicidade do fato, poderá postular o arquivamento ao *Giudice Per le Indangini Preliminari* (GIP), que se trata de um magistrado especial para a fase de investigação, diferente do magistrado do

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PERAZZONI, Franco. Op. cit., p. 28.

juízo, que resguarda os direitos e garantias e analisa todas as medidas restritivas e cautelares. Contudo, se existirem os pressupostos necessários, o Ministério Público oferecerá a ação penal, comunicando ao investigado e ao seu defensor sobre o fim da *indagini preliminari* e designando a audiência preliminar.¹⁹

Este alerta ao sujeito passivo se justifica para garantir a absoluta defesa do investigado e também para demonstrar a amplitude exata da investigação preliminar.²⁰

Anotada esta análise precedente, em aprimoramento, surgiu na Itália, com a reforma processual e com total respaldo da carta constitucional, a investigação criminal defensiva (*investigazioni difensive* ou *indagini difensive*), possibilitando que todas as partes possam gerir a elaboração de prova, especialmente a defesa, que antes era exclusivamente estática e espectadora.

Assim, a defesa passou, de maneira ativa, a participar da investigação, seja através do procedimento conduzido pelo Ministério Público, seja em investigação independente.²¹ A intenção de alteração do procedimento foi equalizar o sistema de justiça em uma atuação equilibrada do Estado e da parte investigada.

Sobre o assunto, Souza²² enfatiza que

o pensamento da conveniência da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservara uma tendência natural de parte, posto que devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa.

O instituto da investigação defensiva pelo Código de Processo Penal italiano repercutiu nas reflexões apontadas por processualistas penais brasileiros. Nesse sentido, Fernandes²³ enfatiza que “a experiência está evidenciando que este órgão [o Ministério Público], apesar de instado a agir também em favor do investigado, atua, em regra, no sentido de evidenciar a acusação que pretende formular”. O autor concluiu que “Há, por isso, prejuízo ao suspeito, devendo-se abrir, então, oportunidade para que também ele possa investigar, como sucedeu recentemente na Itália”²⁴.

¹⁹ Ibid.

²⁰ STEFANI, Eraldo. **Codice dell'indagine difensiva penale commentato ed annotato com la giurisprudenza e la deontologia**. Milano: Giuffrè, 2005.

²¹ VENTURA, Pasquale. Op. cit.

²² SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+n+a+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

²³ FERNANDES, Antonio S. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 148.

²⁴ Ibid., p. 148.

O fato é que no sistema processual penal italiano, depois de diversas exegeses e hermenêuticas restritivas, a investigação defensiva encontra-se regulamentada e detalhada pela lei processual penal vigente. Depois de convergências e divergências, naquele País, há uma busca incessante pelo equilíbrio de posições e atribuições das partes na investigação preliminar, com a fixação de poderes ao defensor semelhantes aos aplicados ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Sob o título *Investigazione difensiva*, permite-se ao advogado entrevistar informalmente e coletar declarações de pessoas capazes de relatar circunstâncias úteis para fins de atividade investigativa, salvo se responsável civil, pessoa civilmente obrigada por sentença pecuniária, pessoas que no mesmo processo tenham atuado como juízes, procuradores ou seus auxiliares, defensor que tenha realizado investigação defensiva ou compuseram a tomada de declarações ou coleta de informações de interesse da defesa.

Para tanto, o advogado de defesa, seu substituto, os investigadores privados autorizados ou os consultores técnicos estão autorizados a agir sobre certas premissas legais: a) alertar as pessoas entrevistadas de sua qualidade e propósito da entrevista; b) o dever de esclarecer os métodos e a forma de documentação; c) o dever de esclarecer se a pessoa entrevistada é investigada ou acusada no mesmo processo, em um processo relacionado ou por infração análoga; d) garantir o direito ao silêncio; e) a proibição de divulgar quaisquer questões levantadas pela polícia ou o Ministério Público e as respostas dadas; f) da responsabilidade criminal resultante da declaração falsa (ITÁLIA, 2014a).

Em caso de coleta de declarações ou entrevista para obter informações de pessoa investigada ou acusada no mesmo processo, em um processo relacionado ou por infração análoga, deve-se notificar, com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, o advogado constituído, cuja presença ao ato é obrigatória. Se a pessoa estiver sem advogado de defesa, a pedido do defensor investigador, o juiz nomeará um defensor para acompanhar o ato.

Na hipótese de entrevistas e coletas de declarações de menores, quando relativos aos crimes de maus tratos contra familiares e conviventes (art. 572), redução ou manutenção à escravidão ou servidão (art. 600), prostituição infantil (art. 600-bis), pornografia infantil (art. 600-ter), posse de material pornográfico (art. 600-quater), pornografia virtual (art. 600-quater.1), iniciativas turísticas voltadas à prostituição infantil (art. 600-quinquies), tráfico de pessoas (art. 601), compra e venda de escravos (art. 602), violência sexual (art. 609-bis), atos sexuais com menores (art. 609-quater), corrupção de menores (art. 609-quinquies), violência sexual em grupo (art. 609-octies), aliciamento de menores (art. 609-undecies) e atos de perseguição (art. 612-bis), previstos no Código Penal italiano, o advogado deverá se valer da ajuda de um especialista em psicologia ou psiquiatria infantil (ITÁLIA, 2014b).

As declarações recebidas, bem como as informações tomadas com violação a uma das obrigações ou condições impostas pela lei, geram vício e inviabilizam a produção da prova defensiva, impondo ao juiz comunicar o órgão governamental com poder disciplinar.

No caso de pessoa presa, o advogado deve obter autorização específica do juiz competente, o que pode ser tanto o que atua na fase da investigação preliminar, quanto o da ação penal ou o da execução da pena, depois de ouvido o advogado de defesa do preso e o Ministério Público.

Estipula-se ainda que a coleta de informações não possa ser presenciada pela vítima ou partes privadas.

Impõe-se o dever de o advogado interromper a coleta de informações de pessoa não sujeita à investigação, quando esta referendar dados que possam caracterizar autoacusação, impedindo-se que tais declarações possam ser utilizadas contra ela.

Quando a pessoa capaz de relatar circunstâncias úteis para os fins da atividade investigativa tenha exercido a faculdade de não responder ou de não prestar declarações, o promotor público, a pedido do advogado, postula audiência que será realizada dentro de sete dias a contar do pedido. Esta disposição não se aplica às pessoas submetidas a investigações ou acusadas no mesmo processo e a pessoas submetidas a investigações ou acusadas em um procedimento diferente, mas em caso relacionados. A audiência ocorre na presença do defensor, encarregado de primeiro formular as perguntas.

Em relação ao levantamento de informações por parte do Ministério Público em referida audiência, vale frisar que as pessoas já ouvidas pelo advogado ou seu substituto não podem receber informações sobre as perguntas feitas e as respostas dadas. Ademais, a testemunha deverá ser cientificada de que se compromete a dizer a verdade e não poderão figurar como testemunhas as pessoas impedidas, as que não estão obrigadas a depor por conta de seu parentesco com o acusado, salvo se na qualidade de ofendida. Obriga-se, também, que o Ministério Público se valha do auxílio de um especialista em psicologia ou psiquiatria infantil no caso de oitiva de menor ou no caso de adulto em condição de vulnerabilidade, vedando-se o contato desta com a pessoa investigada, exceto quando a medida for indispensável ao esclarecimento dos fatos.

Como alternativa à referida audiência, o advogado pode solicitar que seja feito incidente probatório para a coleta do testemunho ou exame da pessoa que exerceu a faculdade de permanecer em silêncio, em especial quando haja urgência em sua oitiva, como no caso de enfermidade, testemunha sob coação ou até mesmo em caso de depoimentos divergentes entre a versão apresentada à defesa e ao Ministério Público.

Conforme exarado por Machado²⁵, a Investigação Criminal Defensiva é tema que na Itália sempre foi profundamente estudado e aperfeiçoado. A prova é a existência, ainda hoje, de portal jurídico italiano específico sobre o assunto (no endereço www.indaginidifensive.it), onde são lançadas jurisprudências e doutrinas, além de modelos a serem executados e de dúvidas sanadas.

Levando em conta que o modelo de investigação preliminar brasileiro estabelece que, em regra, esta será presidida por delegado de polícia de carreira e se valendo do inquérito policial, é necessário realizar apontamentos da participação da defesa na etapa preliminar da persecução criminal.

3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

O modelo de investigação criminal no Brasil, até a vigência da Constituição Federal de 1988, era eminentemente presidencialista e inquisitivo.

Assim, a participação da defesa em sede de investigação criminal se limitava ao disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal (CPP), ao prever que o “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”²⁶ (BRASIL, 2018).

Com a vigência da Constituição Cidadã, passou-se a discutir a possibilidade de uma atuação mais efetiva da defesa em sede de investigação preliminar.

Um passo importante nesse processo foi materializado pela Lei 12.850/2013, denominada de a Nova Lei do Crime Organizado, ao disciplinar a obrigatoriedade da presença do defensor do colaborador em todos os atos da colaboração premiada, ou seja, desde a celebração do acordo às oitivas posteriores do colaborador.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 13.245/2016 alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados, em especial o inciso XXI do artigo 7º, ao estipular ser direito do advogado

assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente²⁷

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/De13689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 13.245/2016. Altera o Art. 7º da Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da

de forma que no exercício do referido mister, poderá apresentar, inclusive, razões e quesitos.

Paralelamente às alterações pontuais positivadas na legislação pátria, encontra-se em discussão na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 8.045/2010, do Senado Federal, que tem por objetivo editar o novo Código de Processo Penal. Interessante consignar que o artigo 3º do referido PL prevê a adoção do contraditório e ampla defesa em todo o processo penal, garantindo, portanto, a manifestação do defensor técnico em todas as fases da persecução criminal, dando ênfase, portanto, ao sistema acusatório e direcionando o processo penal ao encontro do art. 5º, LV, da CF.

Inova a investigação criminal, cujo objetivo passa a ser a busca por fontes de prova e não mais a produção de provas, tornando-a mais célere e, sob o enfoque da investigação defensiva, estipula no artigo 13 a faculdade do investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fonte de prova em favor de sua defesa, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, sempre com o prévio esclarecimento dos objetivos do ato e desde que haja consentimento formal da pessoa a ser entrevistada.

Veda-se que a vítima seja interpelada para fins de investigação defensiva, salvo por autorização do juízo de garantias, que poderá estabelecer os limites da entrevista, reservado o consentimento formal da vítima para a realização do ato.

Prevê-se que as entrevistas sejam realizadas com reserva e discrição, sempre em dias úteis e horário comercial, de forma que o material produzido enquanto resultado das entrevistas poderá ser juntado ou não aos autos do inquérito ao critério da autoridade policial.

Isso não impede, logicamente, a defesa fazer uso do material produzido em prol de sua defesa em juízo, caso a autoridade policial indeferida sua juntada aos autos do inquérito policial.

Ressalva-se que o PL em questão prevê a responsabilidade civil, criminal e disciplinar por excessos praticados pelo advogado, Defensor Público e pelo mandatário com poderes expressos.

Preocupa a definição de quem poderia figurar enquanto mandatário do investigado, em especial por eventualmente se permitir que a investigação defensiva pudesse ser realizada por pessoa externa aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e da

Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Defensoria Pública, instituições sérias e que possuem seus órgãos correicionais, a viabilizar a apuração disciplinar decorrente do excesso.

O que se observa dos argumentos dos defensores da investigação criminal defensiva no Brasil é o fato de que o Ministério Público, quando investiga, o faz sem a doutrina principiológica da imparcialidade, ou seja, aqui (bem verdade que em quase todos os países), os membros do *Parquet* investigam para acusar posteriormente, sem o concreto compromisso com a defesa e, em resultado, contaminam o próprio julgamento crítico, a justiça e o seu equilíbrio.

Fato diverso se verifica no inquérito policial, ao se garantir à defesa o requerimento de diligências ou a juntada de provas, visando exclusivamente à verdade concreta dos fatos.

Contudo, se fosse dada a atribuição à mesma polícia para também iniciar e conduzir posteriormente a ação penal, certamente tudo o que fosse elaborado na fase preliminar estaria comprometido com julgamento de validade. Não há como acreditar que o servidor, caso apontasse a autoria indiciária a alguém, pudesse logo depois, analisando os mesmos documentos, deixar de proceder à ação penal. Haveria indubitavelmente quebra do equilíbrio da justiça e da isonomia no tratamento da defesa. Este é um forte argumento que justifica o apego pela igualdade de condutas na fundamentada investigação defensiva típica.

Decorrentes do devido processo legal são enaltecidos três princípios norteadores do fundamento para a adoção da investigação defensiva no Brasil:

1. *Princípio da igualdade*, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Não é apenas a igualdade perante a lei, mas a igualdade material. Trata-se de direito fundamental que deve ser respeitado pelo legislador e essencialmente pelos aplicadores da norma. Essa é a essência, também, da busca pela justiça penal. É a garantia do tratamento igual aos que estão em posições jurídicas diversas, mas idênticas no processo, com as mesmas oportunidades para prova dos argumentos.

Acerca da defendida igualdade de oportunidades ou chances, sem o desnivelamento das relações, Bobbio salienta que:

[...] em uma totalidade ordenada, a injustiça pode ser introduzida tanto pela alteração das relações de igualdade quanto pela não observância das leis: a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio da igualdade no qual a lei se inspira.²⁸

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 15.

Assim, levando em conta que o investigado é a parte mais fraca da relação, possibilitar a ele que na fase da investigação preliminar possa apontar fontes de prova minimiza essa circunstância.

2. *Princípio do contraditório*, estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. O princípio que surgiu no Brasil na Constituição da República de 1937 (artigo 122, nº 11, segunda parte) e foi mantido em todos os demais textos, abrange o direito de ciência (prévia) e de participação (ativa no convencimento do magistrado). Deve ser garantido em todos os momentos da atividade probante (postulação, admissão, produção e valoração). No processo penal

o contraditório deve ser pleno e efetivo: pleno, porque deve ser observado durante toda a relação jurídico-processual, até o seu final; efetivo, porque devem ser proporcionados à parte meios reais de contrariar os atos de seu oponente.²⁹

3. *Princípio da Ampla Defesa*, também estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Tal princípio sempre foi previsto nos diplomas constitucionais. Trata-se de uma garantia, mais que direito, tanto do acusado como do processo justo. Divide-se em defesa técnica (assistência jurídica indispensável) e em autodefesa (disponível, mas garantindo-se, contudo, a resistência pessoal no direito de audiência e de presença).

Salienta-se, pela demasiada importância, a íntima relação entre os dois últimos princípios, os quais, no entanto, são autônomos (independentes). No contraditório, há necessariamente partes em litígio, em sentido diverso, com a atuação de terceiro imparcial. A ampla defesa, que sempre precede, existe independentemente do conflito. Essa diferença, para muitos, é o que sustenta que o direito de defesa é garantido no inquérito policial, e não o contraditório (o que reafirma a independência desta espécie de investigação).

No entanto, a pejeja jurídica aumentou com a edição da vigente Carta da República que fez previsão expressa no artigo 5º, inciso LV, *verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De um lado, a utilização dos termos “processo administrativo” e “aos acusados em geral” tornou indubitosa a aplicação destes dois princípios no inquérito policial que, por natureza, é definido como procedimento administrativo investigatório. Nega-se a

²⁹ FERNANDES, Antonio S. Op. cit., p. 58.

possibilidade do contraditório no inquérito policial, porque seria uma forçosa e demasiada extensiva interpretação do precitado artigo, tanto por incluir este procedimento prévio na categoria de processo, quanto pelo fato de que no inquérito policial não há acusados e nem mesmo conflitos, apenas meras suspeições genéricas e abstratas, com o objetivo de buscar a verdade real, livre da essencial existência de averiguados.

De outro, em defesa diametralmente oposta, demanda ser incontestável que o resultado da investigação preliminar, em muito forma o convencimento do julgador. Logo, indispensável que sejam tais princípios garantidos.

Cabe esclarecer e ressaltar que, objetivando afastar danos irreparáveis e constrangimentos desnecessários a inocentes, independentemente da doutrina adotada, a ampla defesa já permite por si só que o suspeito possa requerer diligências à Autoridade Policial, além de acompanhar os termos do inquérito policial, desde que não se trate de termo revestido pelo sigilo necessário para evitar o comprometimento da investigação (a exemplo da interceptação telefônica).

Discute-se se a investigação defesa em sede de inquérito policial, que visa à descoberta da verdade dos fatos (não a indevida e despropositada imputação de culpados), pode se amoldar ao contraditório, mesmo que diferido ou restrito, ou se apenas trata da adequação e consagração do direito a ampla defesa.

Entretanto, a despeito de tal discussão, caso não exista qualquer prejuízo à elucidação dos fatos ou à celeridade necessária, especialmente nas demandas sem conotação organizada ou de sujeitos ativos profissionais, não parece haver dano na consagração, mesmo que não expressa, do contraditório relativizado. Se a busca do inquérito policial é a verdade real e se há qualquer dúvida ou resquício de que eventual injustiça possa ser cometida, desde que não exista tumulto ou má-fé da defesa, não se vê motivos para rechaçar prematuramente o direito de ciência ou participação daquele que é investigado.

Sobre a mudança ou alteração dos procedimentos, dos sistemas, das interpretações e dos órgãos estatais, estes devem acompanhar o dinamismo das sociedades. Nesse sentido Reale³⁰ enfatiza que:

Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensíveis a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, a sua natureza dialética.

³⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003. p. 108.

Em semelhante sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco salientam que:

[...] a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.³¹

Nessa linha de raciocínio, é possível democratizar, dentro do possível e das premissas éticas e principiológicas, a investigação penal preliminar. A consagração do princípio da ampla defesa, além do contraditório mitigado (ou quando possível) conduz a necessária adaptação de aspectos da investigação defensiva ao tradicional inquérito policial, tendo em vista que o objetivo final deste é a verdade real e não simples acusações infundadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O moderno direito, ante o complicado dinamismo social, busca acrescentar ferramentas e exegeses, visando direcionar o movimento popular em convergência ao garantismo essencial defendido internacionalmente.

Na seara penal, há infinita preocupação com a investigação preliminar que, apesar de não se tratar de processo judicial e ter, em regra, todos os seus atos refeitos após a instalação da ação penal, reforça ao investigado a possibilidade de maximar a ampla defesa e o contraditório diferido, fomentando a paridade de armas.

Para isso, é plenamente reconhecida e não rara é a utilização de conceitos e doutrinas alienígenas, cuja importância na formação do conhecimento e aprimoramento no estudo dos métodos, sempre almeja à evolução jurídica. Contudo, inegável também ressaltar que tais conceitos e doutrinas estrangeiras não podem ser importadas literalmente, como se fossem adequadas totalmente à realidade pátria, já que são oriundos de civilizações com origem, cultura, padrões e órgãos diferentes.

Nesse sentido, o estudo da investigação defensiva adotado pelo código de processo penal italiano, que se filia ao sistema de investigação criminal continental europeu ou promotor-investigador, difere-se do que está sendo tratado no PL 8.045/2010, que pretende alterar substancialmente o Código de Processo Penal brasileiro e prevê instituto análogo,

³¹ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

porém, no contexto do sistema de investigação inglês, com a permanência da investigação criminal preliminar presidida pelo Delegado de Polícia de carreira e do inquérito policial, enquanto ferramenta para apurar o crime e sua autoria com todas as circunstâncias.

Muda-se o panorama da investigação criminal preliminar, cujo principal objetivo passa a ser apontar fontes de provas, concretiza-se a investigação defensiva, com a atuação do advogado e da Defensoria Pública, porém o PL prevê ainda que tal atividade, também, pode ser realizada por outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fonte de prova em favor de sua defesa, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, sempre com o prévio esclarecimento dos objetivos do ato e desde que haja consentimento formal da pessoa a ser entrevistada. Vale frisar que a investigação criminal é presidida por delegado de polícia, bacharel em Direito e que, portanto, apresenta-se preparado para juridicamente analisar as fontes e meios de provas, impelido pela motivação do esclarecimento da verdade real.

Nesse sentido, a investigação defensiva é uma conquista sublime para a consagração do sistema acusatório em sede da investigação criminal, porém permitir que qualquer pessoa possa promovê-la, bastante procuração com poderes específicos, pode gerar sérias ofensas a direitos fundamentais, tanto do investigado quanto das pessoas relacionadas com o fato em investigação, como testemunhas e a própria vítima.

Legitimar o advogado e o defensor público, de acordo com o caso concreto, a promovê-la parece a solução mais plausível para uma investigação defensiva garantista. Assim, envolvidos na investigação criminal preliminar, existiriam atores pertencentes a instituições que representam o Estado ou auxiliares da Justiça, comprometidos com a concretização dos princípios constitucionais que são o alicerce e referencial teórico do Estado Democrático de Direitos, fomentando a investigação criminal cada vez mais garantista.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p.16, jan./mar. 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEi/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BRASIL. Lei Federal nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o Art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Milano, 2014a. Disponível em: <www.altalex.com/2014/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. **Codice Penale**. Milano, 2014b. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. Inquérito policial no Brasil: origens. **Carta Forense**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil--origens/415>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2015.
- PERAZZONI, Franco. Delegado de polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). **Inquérito policial: doutrina e prática**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 84-107.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, p. 2, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

STEFANI, Eraldo. **Codice dell'indagine difensiva penale commentato ed annotato con la giurisprudenza e la deontologia**. Milano: Giuffrè, 2005.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA APLICADA AO INCIDENTE RADIOATIVO DE GOIÂNIA

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY APPLIED TO THE RADIOACTIVE INCIDENT OF GOIANIA, IN BRAZIL

Thayse Cristine Pozzobon¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar e discutir a responsabilidade penal das empresas IPASGO, IGR e da Santa Casa quanto ao acidente ocorrido no ano de 1987 na cidade de Goiânia, onde um equipamento contendo uma cápsula de Césio-137 (material radioativo) foi aberto, causando a contaminação e óbito de várias vítimas. Busca-se, ainda, discutir brevemente a legislação ambiental e penal existente à época do incidente, dando enfoque à responsabilidade penal da pessoa jurídica, passando-se à análise da sentença condenatória e as consequências da inexistência de efetiva punição estatal das empresas. Discutiu-se brevemente, ainda, o novo projeto de reforma do Código Penal no tocante à responsabilização penal da pessoa jurídica. A pesquisa é descritiva, vez que relata o acontecimento da tragédia no Brasil, e documental, pois utiliza fontes e documentos jurídicos no que consiste à responsabilidade penal das empresas mencionadas. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, na medida em que busca relatar a situação das vítimas que foram contaminadas pelo Césio 137.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Crimes Ambientais; Material radioativo; Césio 137.

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora Universitária. Pesquisadora-adjunta integrante do Núcleo de Pesquisas – Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná - PPGD/UFPR. *E-mail*: tcozzobon@gmail.com

ABSTRACT

The article provides and discuss criminal liability of IPASGO, IGR and Santa Casa, companies of the accident occurred in 1987, in the city of Goiania, Brazil, where equipment containing a Cesium 137 capsule (radioactive material) was open, causing the contamination and death of several victims. It also seeks to discuss briefly the environmental and criminal legislation that existed at the time of the incident, focusing on the corporate criminal liability, passing to the analysis of the conviction and the consequences of the absence of effective state punishment of the companies. A new draft of the reform of the Criminal Code was also briefly discussed with regard to corporate criminal liability. The research is descriptive, since it reports the event of the tragedy in Brazil, and documentary, since it uses sources and legal documents in what consists of criminal responsibility of the companies mentioned. The research method used is qualitative, in that it seeks to report the situation of the victims who were contaminated by Cesium 137.

Keywords: Corporate Criminal Liability; Environmental Crimes; Radioactive Material; Cesium 137.

INTRODUÇÃO

Em 13 de setembro de 1987, na cidade de Goiânia/GO, ocorreu o maior acidente radioativo do mundo em área urbana², o que ocasionou incalculáveis danos ambientais, contaminação de diversas pessoas e, inclusive, óbitos.

Após o não cumprimento de acordo firmado entre a Santa Casa de Misericórdia, que cedia o terreno para o Instituto Goiano de Radioterapia, somado à intervenção do Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás no processo, iniciou-se uma longa disputa judicial. No entanto, antes mesmo da ação ter sido julgada, o Instituto Goiano de Radioterapia decidiu por sair do imóvel, alterando a localização da sede e deixando para trás seus equipamentos.

Posteriormente, quando foi estipulado pela justiça que o terreno pertenceria ao Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás, este tentou demolir a construção, sendo interrompido por liminar que proibia o ato.

Ao que consta, durante os anos de disputa judicial, as empresas, os órgãos fiscalizadores de energia nuclear e a Vigilância Sanitária deixaram de fiscalizar a segurança dos equipamentos que permaneciam no interior do imóvel.³

O acidente ocorreu quando sucateiros encontraram o equipamento abandonado no imóvel e, ao retirar partes de seu material para vender e repassar, abriram uma cápsula de Césio-137, que continha material radioativo. Os sucateiros foram contaminados e acabaram também por contaminar seus familiares e diversos moradores da região. Ressalta-se que do material radioativo saía uma espécie de pó azul translúcido, o que chamou a atenção de diversas pessoas, inclusive crianças, que, encantados com a cor, jogaram em seus rostos e corpo.

As vítimas sentem os efeitos da contaminação até os dias atuais, os que não têm sequelas físicas sofrem psicologicamente com o receio da população de manter contato físico com um indivíduo contaminado, ou até mesmo pela falta de informação fornecida para a população.

² NASCIMENTO, Elisângela; VELASCO, Murillo; Césio 30 anos: Série do G1 Goiás reconta o maior acidente radiológico do mundo. **G1**, set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/goias/noticia/cesio-30-anos-serie-do-g1-goias-reconta-o-maior-acidente-radiologico-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

³ OLIVEIRA JUNIOR, Eurípedes Monteiro de. **O grande medo de 1987**: uma releitura do acidente com o Césio-137 em Goiânia. 2016 f. 217. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Página 36. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21508/1/2016_Eur%C3%A9pedesMonteirodeOliveiraJunior.pdf> Acesso em 09.01.2018

O número de vítimas ao longo dos anos é grande, sendo o motivo pelo qual esta tragédia é considerada o maior acidente radioativo em área urbana do planeta. No entanto, há controvérsias no que consiste ao número de mortes em razão da contaminação. O Governo goiano contabiliza oficialmente 17 óbitos, enquanto associações e Ministério Público de Goiás afirmam que este número gira em torno de 66 falecimentos.

As pessoas contaminadas foram divididas em três grupos, no primeiro e no segundo estão as vítimas diretas e indiretas da contaminação, já no terceiro, estão funcionários que foram contratados para trabalhar na limpeza, segurança e isolamento do local contaminado. No entanto, apenas os indivíduos dos grupos 1 e 2 recebem assistência do governo, já que no grupo 3 estão inseridos trabalhadores e não vítimas da contaminação, ainda que tenham eles entrado em contato direto com o Césio-137 e contabilizem 417 indivíduos.⁴

Após esta breve introdução, será feita uma contextualização histórica do caso Césio 137, passando-se para o debate quanto à responsabilização individual dos envolvidos no incidente, discutindo-se o desenvolvimento do processo judicial, a sentença penal condenatória e ação civil pública. Logo após, a presente pesquisa abordará a responsabilidade penal da pessoa jurídica no mundo, no Brasil, a reforma do novo Código Penal, finalizando-se com as considerações necessárias.

1 CASO CÉSIO 137

O Instituto Goiano de Radioterapia (IGR) funcionava nas avenidas Paranaíba e Tocantins, nos limites do Aeroporto de Goiana, em um terreno que pertencia à Sociedade São Vicente de Paula, que era administradora da Santa Casa de Misericórdia de Goiânia. O referido imóvel foi cedido para os proprietários do Instituto Goiano de Radioterapia (IGR) para a implementação da clínica com a condição de que o Instituto realizasse periodicamente e de maneira gratuita, exames radiológicos nos pacientes da Santa Casa de Misericórdia. No entanto, em 1984, a Santa Casa entrou judicialmente com uma ação de despejo contra o IGR, alegando que o último não estava cumprindo o acordo; e antes mesmo de a ação ser julgada, a Santa Casa vendeu o terreno para o Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás (IPASGO).

⁴ GOULART, Guilherme; LAMBERT, Natália. Césio 137: 30 anos de um inimigo invisível. **Correio Braziliense**, Brasília, set. 2017. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.net.br/cesio137>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Posteriormente, ainda sem o julgado da ação de despejo, o IGR abandonou o edifício juntamente com todo o equipamento e mobiliário antigo – inclusive um aparelho de radioterapia contendo uma cápsula de Césio-137.

Em 1986, o IPASGO foi declarado pela justiça o novo proprietário do imóvel, iniciando a demolição do edifício em 1987, que foi interrompida pela concessão de uma liminar obrigando a paralisação imediata dos trabalhos.

Ressalta-se que durante os três anos que o aparelho e a cápsula ficaram esquecidos dentro do IGR, os órgãos fiscalizadores de energia nuclear e a Vigilância Sanitária deixaram de efetuar qualquer tipo de fiscalização ou controle do equipamento.⁵

Em 1985, o noticiário de imprensa divulgou que os proprietários do IGR informaram à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) que iriam efetuar a mudança de suas instalações, mantendo a permanência do aparelho de teleterapia, que continha a cápsula de Césio 137. A CNEN, no entanto, nega a existência do comunicado.⁶

Em 13 de setembro de 1987, os sucateiros Roberto Santos Alves e Wagner Mota Pereira se deslocaram até o prédio abandonado com o objetivo de recolher o equipamento, que era revestido de chumbo, para posterior repasse a um ferro velho da cidade. Assim, com um carrinho de mão, levaram o equipamento para a moradia de Roberto, no Setor Central. No quintal da casa, com o auxílio de ferramentas comuns, separaram a parte de chumbo do restante do equipamento, ocasião na qual romperam a janela de irídio que protegia a cápsula de Césio 137, liberando sua radioatividade para o meio ambiente.⁷

O Césio 137 também foi liberado dentro do ferro-velho de Devair Ferreira, que abriu a cápsula, buscando reaproveitar o chumbo. Sendo o Césio um pó luminoso que emite um brilho azul, Devair ficou extasiado, mostrando sua descoberta para sua esposa, familiares e amigos, chegando a distribuir dezenove gramas do pó químico, o que fez com que se tornasse o maior protagonista do acidente. Os familiares e amigos que entraram em contato com o Césio 137, passaram a ter náuseas, tonturas, lesões no corpo entre outros desconfortos, ocasião na qual Maria Gabriela – esposa de Devair – suspeitou que o motivo para o mal-estar poderia ser consequência do equipamento e

⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Eurípedes Monteiro de. Op. cit.

⁶ HELOU, Suzana; COSTA NETO, Sebastião Benício da. **Césio-137**: consequências psicossociais do acidente de Goiânia. Goiânia: CEGRAF, 1995. n. 250. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/cesio-137-consequencias-psicossociais-do-acidente-de-goiania.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

⁷ CHAVES, Elza Guedes. Goiânia é azul: o acidente com Césio-137. **Revista UFG**, Goiânia, v. 9, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.proec.ufg.br/up/694/o/03_dossieGoianiaAzul.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

prontamente levou um pedaço dentro de um saco plástico até o Centro de Vigilância Sanitária. Dessa forma, em 29 de setembro de 1987, emitiu-se o alerta de contaminação por material radioativo.⁸

A contaminação foi disseminada através das relações pessoais, isto é, entre o contato físico entre as pessoas que manusearam o produto químico e como consequência da circulação de mercadorias contaminadas.

As primeiras vítimas foram Maria Gabriela (37 anos de idade), seguida de Leide das Neves Ferreira (06 anos de idade), no dia 23 de outubro de 1987. Posteriormente, nos dias 27 e 28 de outubro, faleceram Israel Batista dos Santos (22 anos de idade) e Admilson Alves de Souza (18 anos de idade), ambos funcionários do ferro-velho.⁹

Segundo o Governo do Estado de Goiás:

Foram monitoradas no total 112.800 pessoas, das quais 249 apresentaram significativa contaminação intensa e/ou extensa, sendo que em 120 delas a contaminação era apenas em roupas e calçados, sendo as mesmas liberadas após a descontaminação. Os 129 que constituíam o grupo com contaminação interna e/ou externa passaram a receber acompanhamento médico regular. Destes, 79 com contaminação externa receberam tratamento ambulatorial; dos outros 50 radioacidentados e com contaminação interna, 30 foram assistidos em albergues, em semi-isolamento e 20 foram encaminhados ao Hospital Geral de Goiânia; destes últimos, 14 em estado grave foram transferidos para o Hospital Naval Marcílio dias, no Rio de Janeiro, onde 4 deles foram a óbito, 8 desenvolveram a Síndrome Aguda da Radiação – SAR –, 14 apresentaram falência da medula óssea e 01 sofreu amputação do antebraço. No total, 28 pessoas desenvolveram em maior ou menor intensidade a Síndrome Cutânea da Radiação. [...] Os casos de óbito ocorreram cerca de 04 a 05 semanas após a exposição ao material radioativo, devido a complicações esperadas da SAR – hemorragia (02 pacientes) e infecção generalizada (02 pacientes).¹⁰

Os contaminados foram divididos em três grupos, sendo que no primeiro e segundo integram os indivíduos contaminados direta e indiretamente com o Césio 137, e, ao grupo três, pertencem os funcionários do Estado de Goiás que participaram do processo de descontaminação, limpeza, isolamento e segurança do local.

⁸ PESSOA, Alysson Eduardo Ferreira et al. Acidente Radioativo de Goiânia Césio-137. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 2, n. 13. p. 434-440, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/acidente-radioativo-de-goiania-cesio>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

⁹ Ibidem.

¹⁰ GOIÁS. Secretaria do Estado de Saúde. **História do acidente radioativo de Goiânia**. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_254_historiadoacident.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Segundo o Governo de Goiás, houve 16 mortes oficiais, quatro delas diretamente causadas pela contaminação e 12 relacionadas a membros pertencentes aos grupos 1 e 2, mas sem ligação direta com a radiação. No entanto, de acordo com Associações e o Ministério Público de Goiás, o número de óbitos chegou a 66. As quatro vítimas que morreram durante o período mais crítico foram enterradas em caixões lacrados de fibra de vidro revestidos com chumbo, chegando a pesar mais de 700 (setecentos) quilos, cobertos por uma grande quantidade de concreto para prevenir que a radiação não contaminasse os lençóis freáticos e o solo.¹¹

Além da dor física causada pelas feridas e machucados resultantes da contaminação, ainda há o imenso abalo emocional causado pelo isolamento dos indivíduos contaminados. Isto porque, em razão do medo da contaminação, nem mesmo os parentes das vítimas os visitavam; somado a isto, havia ainda a negligência e o preconceito advindos da falta de informação, mesmo com o grande esforço por parte do Governo em demonstrar que a tragédia estava sob controle.¹²

Como resposta eficiente ao acidente, era necessário o desenvolvimento de um gerenciamento de riscos, através de um processo que articula dimensões técnicas, políticas, sociais e econômicas.

Para Tânia Maria Barbosa:

O planejamento ocorre em duas etapas: na primeira etapa, são formulados mecanismos de prevenção de acidentes, através de ações prévias que possibilitam a identificação de problemas que possam vir a estar na origem de acidentes. A segunda etapa trata da elaboração e preparação do plano de emergências, enquanto resposta organizada à ocorrência efetiva de acidentes. O plano de emergências constitui, de fato, a resposta a uma eventual falha dos mecanismos de prevenção. O planejamento e a gestão são indissociáveis e interdependentes. A eficácia de um e de outra dependem da sua estreita articulação¹³

Desta forma, após a notificação do acidente, à Comissão Nacional de Energia Nuclear e à Agência Internacional de Energia Atômica, originou-se a implantação de um plano de emergência que teve como principais atores a própria CNEN, juntamente com

¹¹ GOULART, Guilherme; LAMBERT, Natália. Op. cit.

¹² Ibidem.

¹³ BARBOSA, Tania Mara Alves. **A resposta a acidentes tecnológicos**: o caso do acidente radioativo de Goiânia. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 152. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13311/1/2-%20A%20RESPOSTA%20A%20ACIDENTES%20TECNOL%C3%93GICOS%20O%20CASO%20DO%20ACIDENTE%20RA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Furnas Centrais Elétricas S/A, Empresas Nucleares Brasileiras (Nuclebras), Hospital Naval Marcílio Dias (HNMD), Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES-GO), Hospital Geral de Goiás (HGG), além de outras instituições e profissionais que voluntariamente se apresentaram para auxiliar na “Operação Césio 137”, bem como a Polícia Militar do Estado de Goiás.¹⁴

A Secretaria do Estado de Goiânia divulgou ainda, que o acidente gerou 3.500m³ de lixo radioativo, que foram colocados em contêineres concretados, sendo que o repositório final fica localizado na cidade de Abadia de Goiás, onde a CNEN instalou o Centro Regional de Ciências Nucleares do Centro-Oeste (CRCN-CO) que monitora os rejeitos radioativos.¹⁵

Atualmente, calcula-se que as taxas de exposição nos locais atingidos em Goiânia são inferiores às de Guarapari ou de Poços de Caldas. E decorridos cinco meses do acidente, a população retornou a sua vida normal. No entanto, a CNEN manteve 11 técnicos para acompanhar os rejeitos radioativos, as vítimas e o meio ambiente, sendo que seis pessoas ainda apresentam sequelas consideradas graves e recebem tratamento diário.¹⁶

2 RESPONSABILIZAÇÃO DOS ENVOLVIDOS NO CASO CÉSIO 137

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO BRASIL

Após este relato do incidente radiológico ocorrido em Goiânia, faz-se importante situar brevemente os leitores quanto ao contexto que o Brasil vivia no tocante à responsabilidade penal em crimes ambientais.

Em 1987, ano do incidente e pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o país passava por relevantes mudanças políticas. Veja-se que, após mais de 20 anos de ditadura militar, José Sarney assumia definitivamente a presidência do Brasil. Consequentemente, o Brasil estava atrasado se comparado com outros países, que já contavam com suas constituições novinhas, repletas de ideias de dignidade da pessoa humana, liberdade, livre economia e até mesmo preservação ambiental.

¹⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Eurípedes Monteiro de. Op. cit.

¹⁵ GOIÁS. Secretaria do Estado de Saúde.

¹⁶ CANUTO, Daniela Silvia de Oliveira et al. Acidente radioativo de Goiânia e acidente nuclear de Chernobyl. Disponível em: <<http://aems.edu.br/iniciacao-cientifica/download/10d6de138b.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Na época do incidente, o País contava com o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) – ainda vigente, e com alguns textos legislativos ambientais esparsos, como o Estatuto da Terra ou Lei nº 4.504/64, o Código Florestal ou Lei nº 4.771/65, a Lei de Proteção à Fauna ou Lei nº 5.197/67, o Código de Pesca ou Decreto-Lei nº 221/67 e o Código de Mineração ou Decreto-Lei nº 227/67.

Ressalte-se, outrora, que à época do incidente não existia a previsão legal do crime de abandono de substância radioativa ou algo similar, eis que a Lei de Crimes Ambientais somente foi sancionada em 2010. No entanto, esclareça-se que diversas resoluções baixadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (Resoluções nº 06/73, 09/84 e 19/85), determinavam os requisitos para a manipulação da bomba Césio 137.

Dentre os requisitos determinados previamente pela CNEN encontravam-se: autorização prévia para o uso do material radioativo, efetivo controle administrativo, descrição de sistemas de controle, plano de proteção física, plano de treinamento do pessoal e controle das operações, destino a ser dado ao material radioativo e as demais fontes de radiação. Ainda, a CNEN determinava que a direção do estabelecimento seria responsável pelo funcionamento de um sistema de controle físico que determinasse a natureza das precauções a serem tomadas e o cumprimento das normas¹⁷.

O que se pretende abordar, a partir deste momento, é a forma com que o incidente foi investigado e processado pelo Judiciário, as condenações dos responsáveis e principalmente a inexistência de responsabilização penal das pessoas jurídicas envolvidas e como o assunto vem sendo tratado, até os dias atuais, no Brasil.

2.2 PROCESSO E SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

O inquérito policial foi instaurado em 07 de outubro de 1987 e finalizado em 20 de novembro do mesmo ano.

A denúncia foi oferecida em 30 de novembro de 1987 pelo Ministério Público Federal, que detinha competência para tanto.

¹⁷ BRASIL. Procuradoria da República em Goiás. Processo: 157/87-SR/DPP/GO. Procurador da República Wagner Natal Batista. Páginas 06/11. **Diário de Justiça**, Goiânia, 30 nov. 1987. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/30-11-1987-DENUNCIA-MPF.PDF>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Da denúncia oferecida pelo Ministério Público¹⁸ podem se extrair algumas informações relevantes, como a de que o Instituto Goiano de Radioterapia, que à época dos fatos contava com os proprietários Carlos de Figueiredo Bezerril, Orlando Alves Teixeira e Crizeide de Castro Dourado, deixou de comunicar a CNEN quanto à mudança da empresa para uma nova sede e principalmente quanto à desativação e abandono da bomba de Césio 137 no antigo local.

Consta da denúncia que, em meio à disputa judicial e com a mudança de sede do Instituto Goiano de Radioterapia (IGR), o médico Amaurillo Monteiro de Oliveira, proprietário do prédio, contratou pedreiros para retirar do prédio telhas, janelas, e outros materiais de construção, deixando o local totalmente desprotegido e aberto para o público. Conseqüentemente, como levantado nos tópicos prévios, dois catadores adentraram no local e pegaram a bomba de césio.

Depreende-se da denúncia ainda que os médicos e proprietários da empresa, Carlos Figueiredo Bezerril e Orlando Alves Teixeira, bem como o físico Flamarion Barbosa Goulart conheciam o alto grau de perigo da bomba e sabiam que a sua desativação somente poderia se dar na forma preconizada pela CNEN, mesmo assim optaram por abandonar e sonegar as informações do órgão próprio.

Ao que consta, a contaminação atingiu cerca de 2.500 metros quadrados de área urbana no centro de Goiânia.

Ao final, Carlos de Figueiredo Bezerril, Orlando Alves Teixeira, Crizeide de Castro Dourado, Flamarion Barbosa Goulart e Amaurillo Monteiro de Oliveira foram denunciados pela prática dos delitos previstos no artigo 121, § 3º e 4º, artigo 129, § 6º e 7º, c/c artigos 29 e 70, todos do Código Penal.

A sentença foi prolatada em 29 de julho de 1992. Amaurillo Monteiro de Oliveira foi absolvido, sob o fundamento de que à época dos fatos não mais integrava o IGR. Os demais réus foram condenados à pena de três anos de detenção pela prática de quatro homicídios culposos e 16 lesões corporais culposas. As penas restritivas de liberdade foram substituídas por penas restritivas de direitos¹⁹.

Ambas as partes apelaram e a sentença foi reformada pelo TRF1ª Região, em 16 de setembro de 1995. Em primeiro lugar, reconheceu-se a prescrição dos delitos de lesão corporal culposa. Ainda, acolheu-se a apelação do Ministério Público e Amaurillo Monteiro

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ BRASIL. Poder Judiciário. Processo: 00.7046-0/VII. Juiz Federal Gilson Barbosa dos Santos. **Diário de Justiça**, Goiânia, 29 jul. 1992. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/29-07-1992-sentenca.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

de Oliveira foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 121, § 3º, c/c artigo 70, do Código Penal à pena de um ano e dois meses de detenção, em regime aberto. No tocante aos demais réus, a pena foi aumentada para três anos e dois meses de detenção. A pena restritiva de direitos foi afastada, ocasião em que se determinou o cumprimento sem substituição, em regime aberto²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em 17 de dezembro de 1996, reestabeleceu a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas de multa e prestação de serviços à comunidade, medida estendida a todos os réus, com a exceção de Amaurillo, que foi condenado em segundo grau²¹.

Consta ainda a informação de que os condenados Orlando, Criseide, Carlos e Flamarion foram beneficiados pelo indulto/97, no ano de 1998.

2.3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Federal em 27 de setembro de 1995, em face da União, Estado de Goiás, Comissão Nacional de Energia (CNEN), Instituto de Previdência e Assistência Social do Estado de Goiás (Ipasgo), Carlos de Figueiredo Bezerril, Orlando Alves Teixeira, Crizeide de Castro Dourado, Flamarion Barbosa Goulart e Amaurillo Monteiro de Oliveira.

Da sentença da ação civil pública²² extraiu-se que foram excluídos do polo passivo a União, Carlos, Criseide e Orlando, por ilegitimidade passiva.

A CNEN foi condenada ao pagamento de um milhão de reais ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Determinou-se, ainda, a garantia de atendimento médico-hospitalar e psicológico às vítimas diretas e indiretas até a 3ª geração; a viabilização de transporte das vítimas em estado mais grave (grupo 1), para a realização de exames; o acompanhamento médico da população de Abadia, Goiânia, vizinha do depósito provisório dos rejeitos

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal 93-01-03115-9/GO. Relator Olindo Menezes. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 jun. 1995. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/19-06-1995-decisao-trf1.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo 0000020460 Habeas Corpus 74148-7. Relator Carlos Velloso. **Diário Oficial**, Brasília, 17 dez. 1996. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/17-12-1996-decisao-stf.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²² BRASIL. Poder Judiciário. Processo 95-8505-4. Juiz Federal Juliano Taceira Bernardes. **Diário Oficial**, Goiânia, 17 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/132/114>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

radioativos; a obrigatória notificação epidemiológica sobre câncer e manutenção de Centro de Atendimento para as vítimas do Césio 137, com a assistência permanente de médicos e físicos especializados.

Os réus Ipasgo, Flamarion e Amaurillo foram condenados ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e foi reconhecida a prescrição quanto ao pedido de condenação ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo Estado de Goiás.

Após a análise destas sentenças e acórdãos, constata-se, portanto, que, os réus denunciados foram condenados, e que, salvo Amaurillo, logo receberam o benefício do indulto, não tendo sofrido a repressão necessária aos crimes perpetrados.

Conclui-se, também, que a condenação advinda da ação civil pública se mostrou irrisória e insuficiente para as consequências e proporção do incidente. No mais, as pessoas jurídicas Instituto Goiano de Radioterapia (IGR), CNEN, União, Estado de Goiás, Ipasgo, Santa Casa sequer foram investigadas, quiçá responsabilizadas penalmente pela prática dos delitos.

Inclusive, após breve pesquisa em *site* de mecanismo de busca, é possível verificar que o Instituto Goiano de Radioterapia sequer foi prejudicado com o incidente; a empresa expandiu no mercado e conta com quatro unidades e aparelhagem de última geração²³; o mesmo ocorreu com o Hospital Santa Casa.

Levanta-se, portanto, o seguinte questionamento: como consequência do maior incidente radiológico em área urbana do mundo, a condenação criminal, seguida do indulto de cinco pessoas físicas e o pagamento irrisório de um milhão de reais ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos pela CNEN e Ipasgo, foi uma resposta estatal adequada aos delitos e danos sociais, físicos e ambientais causados à população? A responsabilização penal das empresas envolvidas não se mostraria mais eficaz e adequada?

3 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

3.1 NO MUNDO

A França e Bélgica introduziram em seu ordenamento jurídico a responsabilidade penal da pessoa jurídica na primeira metade da década de 90. A Itália e a maioria dos membros da União Europeia introduziram o mesmo sistema sem lhe dar esse nome; a

²³ INSTITUTO GOIÂNICO DE RADIOLOGIA (IGR). Disponível em: <<http://www.igr.com.br/paciente/instituto>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Espanha, por sua vez, foi um dos últimos países europeus a inserir em seu ordenamento jurídico penal a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Espanha aproveitou as experiências dos demais países, como a Holanda, uma das primeiras a optar pelo entendimento de que as pessoas jurídicas poderiam praticar delitos e ser processadas/punidas penalmente. Assim, abandonou-se a ideia de que somente os órgãos e pessoas físicas poderiam ser acusados em matéria penal.

O autor John A. E. Vervaele²⁴ aborda brevemente a tradição anglo-saxã e comenta que os Estados Unidos seguiram a doutrina inglesa que reconheceu a possibilidade de condenar a pessoa jurídica em matéria penal por infrações que não exigiam a demonstração do dolo. Essa doutrina foi modificada com a introdução do *mens rea* e o abandono da teoria do órgão, implicando nos atos e omissões de qualquer pessoa singular.

Desde a entrada do Código Penal de 1994, a França reconhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na França, as penas podem ter natureza pecuniária e não pecuniária e o legislador francês estabeleceu regras específicas relativas à pessoa jurídica. As sanções aplicadas aos crimes, delitos e contravenções, podem ser pecuniárias, como a multa, ou não pecuniárias, das quais destacam-se a proibição de realizar pagamentos por meio de cheques e cartão de crédito; a dissolução da empresa; proibição temporária ou permanente para o exercício de atividade profissional ou social de forma direta ou indireta; monitoramento judicial da empresa, aplicável a significativo número de crimes e delitos; fechamento de estabelecimentos; impossibilidade de contratar com o Poder Público; proibição de oferta de títulos no mercado regulado; publicação da sentença; confisco de bens, dentre outras.

3.2 NO BRASIL

Conforme brevemente discutido nos tópicos anteriores, à época do incidente, o Brasil não contava com legislação penal vigente quanto aos delitos envolvendo substâncias radiológicas e também não previa a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Ao que consta, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal, não havia a previsão de responsabilidade da pessoa jurídica. Há quem diga, no entanto, que no período Imperial havia essa possibilidade.

²⁴ CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Del derecho penal economico y financiero a um derecho penal federal**. Cidade: Fecomércio, 2006; CHOUCKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Cidade: FecomércioSP, 2006. v. 2. Fls. 10/31.

De acordo com Manuel Carpena Amorim²⁵:

Há quem entenda que no Código Criminal do Império de 1831, no seu art. 80, e no Código Penal de 1890, no art. 103, parágrafo único, havia a responsabilidade das corporações. No entanto, há aqueles que concebem que tal responsabilidade só foi admitida com a Carta Magna de 1988, pois os dispositivos citados possuíam má redação e falta de elaboração técnica.

Foi somente no ano de 1998, com o decreto da Lei 9.605 e a tipificação de crimes ambientais, que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, com a condição de que a infração tenha sido praticada por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

No entanto, ainda se fazia necessária a inclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Código Penal. Nas palavras de Paulo Cesar Busato²⁶, que cita o Ministro Gilson Dipp, um dos defensores da inovação legal:

[...] a adoção de tal instituto pela legislação de muitos países, inclusive Portugal, fazia com que o Brasil figurasse como atrasado em tal agenda e atrelado a uma doutrina ainda muito retrógrada. Teria afirmado ainda sua Excelência que na persecução e na sanção penal existiria um peso, um estigma, um caráter único e maior, diferente do civil que repercutiria bem junto às empresas e aos seus dirigentes pelas consequências que tem.

Assim, após muita discussão entre a Comissão designada, chegou-se a adoção do instituto de responsabilidade penal da pessoa jurídica junto ao projeto do novo Código Penal (PLS 2012).

Paulo Cesar Busato criticou duramente a proposta, afirmando que o texto do projeto não deixa uma diretriz clara quanto à teoria da base que o inspira, bem como que o projeto deixa obscura a opção adotada no tocante a autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, o que seria essencial para qualquer discussão técnica sobre responsabilidade da pessoa jurídica.

Também na opinião do autor, o artigo 41 da proposta do novo Código Penal apresenta quatro exigências específicas para a delimitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, das quais apresenta e tece críticas.

²⁵ AMORIM, Manuel Carpena. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, 2012. p. 23-37.

²⁶ BUSATO, Paulo César, GUARAGNI, Fabio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmático e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2014. (Coleção Temas Polêmicos de Direito Penal). fls. 15/92.

1. Delimitação de autoria a pessoas jurídicas de direito privado, que, por sua vez, já excluiria as entidades de direito público, entidades estrangeiras com atuação no Brasil e aquelas empresas que estariam atuando na informalidade.
2. Limitação de ordem material, sobre a qual o texto admitiria a incriminação das pessoas jurídicas por delitos praticados somente contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, impedindo a responsabilização penal em casos que estejam fora dessa previsão legal.
3. Exigência de que a infração seja cometida por decisão de representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado (previsão igual à Lei de Crimes Ambientais), onde estaria se admitindo, portanto, a inexistência de vontade própria da pessoa jurídica e não caberia nem mesmo imputar a condição de autor à pessoa jurídica.
4. Exigência de que o crime tenha sido praticado no interesse ou benefício da entidade, que, por sua vez, estaria exigindo o exaurimento de uma conduta típica para o reconhecimento da consumação.

Conclui-se, portanto, que, muito embora a proposta de reforma do Código Penal no que toca à responsabilidade penal da pessoa jurídica apresente falhas, referida aprovação – com as modificações necessárias –, se mostrará relevante para a evolução do país. A sua adoção, conforme já explanado, prevenirá delitos e trará repercussão e consequências às empresas e aos seus dirigentes pelas consequências de seus atos.

No mais, muito embora não se trate de um modelo ideal e inovador de projeto de reforma do Código Penal no que tange à responsabilização penal da pessoa jurídica, como bem explanado por Paulo César Busato²⁷, referida iniciativa legislativa obrigará que a doutrina e os operadores de direito se debrucem sobre o tema, buscando também “um controle social do intolerável que provém, também, das pessoas jurídicas”.

²⁷ Ibid.; fls. 15/92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente estudo, destacar a importância da responsabilização penal da pessoa jurídica, especialmente nos delitos ambientais.

O incidente ocorrido em Goiânia foi utilizado e explorado neste trabalho com o objetivo de exemplificar que a impunidade das empresas envolvidas, naquele caso, ficou plenamente demonstrada. Ressalta-se que referidas empresas, além de não sofrerem as consequências penais pelos atos praticados em face de toda uma população, sequer sofreram desagravo popular. Acrescenta-se que as empresas envolvidas não experienciaram desvalorização econômica, imobiliária e que, inclusive, expandiram e ganharam destaque positivo no mercado.

O incidente Césio 137, suas consequências – que, como vimos, perduram até os dias atuais –, bem como a impunidade das empresas envolvidas, são exemplos de como a pessoa jurídica pode, de fato, agir com dolo e/ou culpa e que deve receber uma resposta Estatal e sofrer uma consequência pelos seus atos.

Destacou-se, portanto, a possibilidade de investigação, processamento e responsabilização da pessoa jurídica e demonstrou-se que o Brasil pode aprender com as experiências positivas e negativas de diversos países como a Espanha, Inglaterra e Estados Unidos, sempre com a finalidade de assegurar a proteção dos bens jurídicos dos indivíduos e da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Manuel Carpena. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n.10, p. 23-37, 2012.

BARBOSA, Tania Mara Alves. **A resposta a acidentes tecnológicos**: o caso do acidente radioativo de Goiânia. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13311/1/2-%20A%20RESPOSTA%20A%20ACIDENTES%20TECNOL%C3%93GICOS%20O%20CASO%20DO%20ACIDENTE%20RA.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Processo 00.7046-0/VII. Juiz Federal Gilson Barbosa dos Santos. **Diário de Justiça**, Goiânia, 29 jul. 1992. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/29-07-1992-sentenca.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Processo 95-8505-4. Juiz Federal Juliano Taceira Bernardes. **Diário Oficial**, Goiânia, 17 mar. 2000. Disponível em <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/132/114>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Procuradoria da República em Goiás. Processo: 157/87-SR/DPP/GO. Procurador da República Wagner Natal Batista. Páginas 06/11. **Diário de Justiça**, Goiânia, 30 nov. 1987. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/30-11-1987-DENUNCIA-MPF.PDF>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Processo 0000020460 Habeas Corpus 74148-7; Relator Carlos Velloso. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 17 dez. 1996. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/17-12-1996-decisao-stf.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal 93-01-03115-9/GO, Relator Olindo Menezes. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 jun. 1995. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/cesio137/pecas-processuais/acoes-penais/docs/19-06-1995-decisao-trf1.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fabio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmático e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2014. (Coleção Temas polêmicos de Direito penal).

CHAVES, Elza Guedes. Goiânia é azul: o acidente com Césio-137. **Revista UFG**, Goiânia, v. 9, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.proec.ufg.br/up/694/o/03_dossieGoianiaAzul.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018.

CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Del derecho penal economico y financiero a um derecho penal federal**. Curitiba: Fecomércio, 2006.

GOIÁS. Secretaria do Estado da Saúde. **História do acidente radioativo de Goiânia**. 2007. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_254_historiadoacident.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GOULART, Guilherme; LAMBERT, Natália. Césio 137: 30 anos de um inimigo invisível. **Correio Braziliense**, Brasília, set. 2017. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.net.br/cesio137>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

HELOU, Suzana; NETO, Sebastião Benício da Costa (Org.). **Césio-137**: consequências psicossociais do acidente de Goiânia. Goiânia: CEGRAF, 1995. n. 250. Disponível em <http://www.saude.go.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/cesio-137-consequencias-psicossociais-do-acidente-de-goiania.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

INSTITUTO GOIÂNICO DE RADIOLOGIA (IGR). Disponível em: <<http://www.igr.com.br/paciente/instituto>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

NASCIMENTO, Elisângela; VELASCO, Murillo. Césio 30 anos: Série do G1 Goiás reconta o maior acidente radiológico do mundo. **G1**, set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/goias/noticia/cesio-30-anos-serie-do-g1-goias-reconta-o-maior-acidente-radiologico-do-mundo.gh.html>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Eurípedes Monteiro de. **O grande medo de 1987**: uma releitura do acidente com o Césio-137 em Goiânia. 2016. 217 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21508/1/2016_Eur%C3%ADpedesMonteirodeOliveiraJunior.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

PESSOA, Alysson Eduardo Ferreira et al. Acidente radioativo de Goiânia Césio-137. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 2, n. 13, p. 434-440, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/acidente-radioativo-de-goiania-cesio>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

Orientações aos colaboradores da Revista Justiça e Sistema Criminal

Histórico e missão

A Revista Justiça e Sistema Criminal é um espaço para divulgação da produção científica e acadêmica de temas relativos ao sistema criminal, compreendendo aspectos relacionados tanto ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, à Política Criminal, à Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito Penal, visando principalmente difundir modernas tendências das áreas referidas, em sentido crítico e evolutivo.

Os temas principais estão vinculados ao desenvolvimento dos trabalhos do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, que reúne pesquisadores de diversas universidades e acadêmicos de graduação e pós-graduação da FAE Centro Universitário. Entre nossos leitores, encontram-se professores, alunos de graduação e pós-graduação, profissionais da área jurídica e consultores de empresas públicas e privadas.

Objetivo

O objetivo da Revista Justiça e Sistema Criminal é promover a publicação de temas relacionados ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, à Política Criminal, à Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito Penal.

Pretende-se contribuir para o desenvolvimento teórico do modelo de controle social criminal a partir da difusão de ideias modernas e críticas que ajudem na construção de um perfil humanista do sistema criminal.

Assim, será dada prioridade à publicação de artigos que, além de inéditos, nacional e internacionalmente, tratem de temas contemporâneos relacionados com a matéria criminal e que tenham perfil preferencialmente crítico.

Orientação editorial

Os trabalhos selecionados pela Revista Justiça e Sistema Criminal serão aqueles que melhor se adequem às linhas de pesquisa desenvolvidas pelo Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, acessíveis pela plataforma de grupos de pesquisa do CNPq.

Os trabalhos podem versar tanto sobre análises teóricas quanto experiências da práxis jurídica, resultantes de estudos de casos ou pesquisas direcionadas que exemplifiquem ou tragam experiências, fundamentadas teoricamente e que contribuam com o debate estimulado pelo objetivo da revista.

Enfatiza-se a necessidade de os autores respeitarem as normas estabelecidas nas Notas para Colaboradores. Os trabalhos serão publicados de acordo com a ordem de aprovação.

Focos

O principal requisito para publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal consiste em que o artigo represente, de fato, contribuição científica. Tal requisito pode ser desdobrado nos seguintes tópicos:

- O tema tratado deve ser relevante e pertinente ao contexto e ao momento e, preferencialmente, pertencer à orientação editorial.
- O referencial teórico-conceitual deve refletir o estado da arte do conhecimento na área.
- O desenvolvimento do artigo deve ser consistente, com princípios de construção científica do conhecimento.
- A conclusão deve ser clara e concisa e apontar implicações do trabalho para a teoria e/ou para a prática jurídico-penal. Espera-se, também, que os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal desafiem o conhecimento e as práticas estabelecidas com perspectivas provocativas e inovadoras.

Escopo

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem interesse na publicação de artigos de desenvolvimento teórico e prático forense.

Os artigos de desenvolvimento teórico devem ser sustentados por ampla pesquisa bibliográfica e devem propor novos modelos e interpretações para aspectos relacionados ao sistema criminal.

Os trabalhos empíricos devem fazer avançar o conhecimento na área, por meio de pesquisas metodologicamente bem fundamentadas, criteriosamente conduzidas e adequadamente analisadas.

Normas de publicação para os autores

- **Os artigos publicados são de inteira responsabilidade dos autores. A FAE não se responsabiliza pelas opiniões emitidas.**
- Os autores devem enviar os artigos indicando sua afiliação acadêmica, isto é, apontando a universidade, a faculdade, o departamento, a cidade, o estado e o país a que estão vinculados.
- O envio dos artigos para submissão à análise, com vistas à publicação, implica que o autor abre mão de seus direitos autorais, ainda que a publicação em questão não tenha fins lucrativos.
- Caso os artigos tenham sido derivados de pesquisa subsidiada, é obrigatória a indicação da entidade de fomento participante.
- Os trabalhos encaminhados para publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal serão considerados licenciados a esta pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, mas a responsabilidade referente aos direitos de autoria, em face da publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal, serão de responsabilidade exclusiva do autor.
- Os trabalhos devem ser enviados pelo correio eletrônico, para o endereço revistajsc@sistemacriminal.org. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF, que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
- Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar Arial, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual deverá constar, impreterivelmente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, *fax* e *e-mail*, além da autorização de publicação do artigo.
- As referências bibliográficas deverão ser de acordo com a NRB 6023/2002 da ABNT. Deverão constar nas referências: SOBRENOME, Nome do autor. Título da obra em negrito. Tradução. Edição. Local: Editora, data.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em outra língua estrangeira, e de um Sumário, no qual deverão constar os títulos com até três dígitos. (1, 1.1, 1.1.1).

- Deverão ser destacadas as palavras-chave, limitadas ao número de 5 (cinco), também em português e em outra língua estrangeira. Devem ser palavras ou termos que expressem as ideias centrais do texto, que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.
- Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico. A introdução e a bibliografia, no sumário, não deverão ser numeradas.
- Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos. Em contrapartida, o colaborador receberá 2 (dois) exemplares do periódico, em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, ou do produto digital, quando contido em suporte físico.
- Os trabalhos que não se ativerem a essas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
- A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelos coordenadores da Revista, que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros ou ainda para pesquisadores que não sejam conselheiros da Revista, mas tenham reconhecida produção científica na área. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso o autor as aceite, ele poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise dos trabalhos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Permuta

A Revista Justiça e Sistema Criminal faz permuta com as principais faculdades e universidades do Brasil, da Espanha, da Argentina e da Nicarágua.

Envio de artigos

Os artigos deverão ser encaminhados para:

FAE Centro Universitário - Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal

Rua 24 de Maio, 135

80230-080 Curitiba -PR

E-mail: revistajsc@sistemacriminal.org

Site: www.sistemacriminal.org

Fone: (41) 2105-4098 - *Fax:* (41) 2105-4195

Agradecemos o seu interesse pela Revista Justiça e Sistema Criminal e esperamos tê-lo(a) como colaborador(a) frequente.

F A E